

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Luiz Egon Richter

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA A PARTIR DE
INSTRUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA ACESSO, PROTEÇÃO, USO E O
SEU CONCEITO: diretrizes a partir da teoria sistêmica.**

Santa Cruz do Sul

2019

Luiz Egon Richter

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA A PARTIR DE
INSTRUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA ACESSO, PROTEÇÃO, USO E O
SEU CONCEITO: diretrizes a partir da teoria sistêmica.**

Doutorado,
Santa Cruz

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito –
Área de Concentração em Políticas Públicas, Universidade de
do Sul – UNISC.

Linha de Pesquisa: Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor Janriê Rodrigues Reck

Doutor Janriê Rodrigues Reck
Professor Orientador - UNISC

Doutor Carlos Ignacio Aymerich Caño
Professor Examinador – Universidad da Coruña-Espanha

Doutor Leonel Severo Rocha
Professor Examinador – Unisinos

Doutor Rogério Gesta Leal
Professor Examinador – UNISC

Doutora Suzéte da Silva Reis
Professora Examinadora – UNISC

CIP - Catalogação na Publicação

RICHTER, Luiz Egon

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA A PARTIR DE INSTRUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA ACESSO, PROTEÇÃO, USO E O SEU CONCEITO: diretrizes a partir da teoria sistêmica. / Luiz Egon RICHTER. – 2019.

311 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2019.

Orientação: Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck.

1. Propriedade privada. 2. Políticas públicas. 3. Teoria dos sistemas. 4. Segurança jurídica. 5. Direitos fundamentais. I. Reck, Janriê Rodrigues. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Dedicatória

Às minhas filhas, Aline e Ana Paula e aos meus netos Enzo e Theo, que me proporcionaram múltiplas experiências e vivências e me tornaram um homem melhor.

À Bernatede pelo amor, apoio incondicional e cumplicidade!

À minha mãe Leonídia e ao meu pai Luiz Elmo (in memorian), pelos ensinamentos alicerçais que me conduziram ao longo da vida e, também, aos meus irmãos, Carlos, João, Hilário, José (in memorian) e Paulo.

Ao Dr. Carlos Fernando Westphalen Santos (in memorian), pelos ensinamentos e pelo estímulo que me levou também à Academia.

Aos meus colegas de trabalho do Registro de Imóveis de Lajeado e às colegas do Serviço Notarial e de Registros Públicos de Monte Alverne, pelo indispensável apoio.

Aos meus alunos de todos os tempos e de todos os lugares, pelos ensinamentos e pelos desafios, que me tornaram um professor que faz do magistério uma profissão de amor.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Janriê Rodrigues Reck, meu reconhecimento do seu altíssimo nível intelectual e o compromisso que tens com o seu magistério, pelos seus inestimáveis ensinamentos e pelo indispensável apoio no desenvolvimento da tese.

À Coordenação, Professores e Funcionários do Programa de Pós-Graduação *Strictu Senso* em Direito, pela gestão, conhecimento e apoio recebidos durante o doutorado.

À Chefia do Departamento e à Coordenação do Curso de Direito, da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC, pelo apoio.

À todas as pessoas que, mesmo sem saber, contribuíram para que concluisse esta etapa tão importante da minha vida.

Epígrafe

“Não importa quão abstratamente formuladas sejam uma teoria geral dos sistemas, uma teoria geral da evolução e uma teoria geral da comunicação, todos os três componentes teóricos são necessários para a teoria especificamente sociológica da sociedade. Eles são mutuamente interdependentes”. **Niklas Luhmann.**

“Humanos não podem se comunicar; nem mesmo seus cérebros conseguem se comunicar; nem mesmo suas mentes conscientes podem se comunicar. Apenas a comunicação pode se comunicar”. **Niklas Luhmann.**

Los sistemas sociales emergen siempre que se establezca una relación comunicativa autopoietica, que limita su comunicación y se diferencie así de un medio ambiente. Por lo tanto, los sistemas sociales no están conformados por hombres ni por acciones, sino por comunicaciones”. **Niklas Luhmann.**

“La teoría de sistemas, en sociología, consiste en una técnica, un instrumento, un modo de proceder. Decidirse en favor del empleo de la teoría de sistemas para observar la sociedad, lleva implícito un momento de arbitrariedad. Con esto se asienta que la teoría de sistemas aunque ‘acaricia el ensueño’ de ser universal en el sentido de abarcar todo lo concerniente a lo social, con todo no reclama exclusividad”. **Javier Torres Nafarrate.**

RESUMO

A presente tese tem como tema: a propriedade privada imobiliária a partir de instrumentos de política pública para o acesso, proteção e uso observados a partir da teoria sistêmica, como premissa para a compreensão dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos e a revisão dessas políticas públicas e do próprio conceito de propriedade. O problema da tese é: quais diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar as políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, assim como o seu conceito? A hipótese lançada foi estruturada em duas ordens; primeira: que a matriz sistêmica é capaz de dar diretrizes a políticas públicas de acesso, proteção e uso ao direito fundamental da propriedade privada; segunda: antecipam-se três diretrizes, a partir da teoria sistêmica, que podem contribuir para a contribuir para revisar as políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, que são: governança, regulação e segurança jurídica. O objetivo geral, visa construir conceitos-diretrizes, a partir da teoria sistêmica, para a revisão das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária no Brasil e a revisão do próprio conceito de propriedade. Adotou-se como referencial teórico a teoria dos sistemas e a teoria da evolução de Niklas Luhmann. Para a concretização do objetivo, o presente texto foi estruturado em quatro capítulos; primeiro: da definição de políticas públicas a partir da teoria sistêmica, como premissas para a compreensão do que vem a ser os programas comunicativos relacionados ao acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil; segundo: os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Estado Democrático de Direito; terceiro: da evolução do direito de propriedade e dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, gerada pela teoria dos direitos fundamentais; e, quarto: das diretrizes, a partir da teoria sistêmica, para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada. Para realizar a investigação, que é de natureza bibliográfica, foi adotada a seguinte metodologia: método de abordagem, o sistêmico; método de procedimento, o funcionalista. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, baseada na documentação indireta, ou seja, com consulta em fontes primárias e secundárias. Ao final, contribui-se com proposições teóricas de natureza acadêmica, confirmando que a teoria dos sistemas pode contribuir para a reconstrução

de conceitos e a extração de diretrizes para a revisão das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada.

Palavras-chave: 1. Niklas Luhmann; 2. Direitos Fundamentais; 3. Teoria dos Sistemas; 4. Teoria da Evolução; 5. Políticas Públicas; 6. Propriedade Privada; 7. Segurança jurídica.

RESUMEN

La presente tesis tiene como tema, la propiedad privada inmobiliaria a partir de instrumentos de política pública para el acceso, protección y uso, observados a partir de la teoría sistémica, como premisa para la comprensión de los programas comunicativos, condicionales y finales y la revisión de esas políticas públicas y del propio concepto de propiedad. El problema de la tesis es: ¿cuáles directrices, a partir de la teoría sistémica, pueden contribuir para revisar las políticas públicas para acceso, protección y uso del derecho fundamental de la propiedad inmobiliaria privada en Brasil, así como su concepto? La hipótesis lanzada fue estructurada en dos órdenes; primera: que la matriz sistémica es capaz de dar directrices a las políticas públicas de acceso, protección y uso al derecho fundamental de la propiedad privada; segunda: se anticipan tres directrices, a partir de la teoría sistémica, que pueden contribuir para revisar las políticas públicas para acceso, protección y uso del derecho fundamental de la propiedad inmobiliaria privada en Brasil, que son: gobernabilidad, regulación y seguridad jurídica. El objetivo general, visa construir conceptos-directrices, a partir de la teoría sistémica, para la revisión de las políticas públicas de acceso, protección y uso del derecho fundamental a la propiedad inmobiliaria en Brasil y la revisión del propio concepto de propiedad. Se adoptó como referencial teórico la teoría de los sistemas y la teoría de la evolución de Niklas Luhmann. Para la concretización del objetivo, el presente texto fue estructurado en cuatro capítulos; primero: de la definición de políticas públicas a partir de la teoría sistémica, como premisas para la comprensión del que viene a ser los programas comunicativos relacionados al acceso, protección y uso del derecho fundamental a la propiedad inmobiliaria privada en Brasil; segundo: los modelos tradicionales de realización de los derechos fundamentales de acceso, protección y uso del derecho fundamental a la propiedad privada en Estado Democrático de Derecho; tercero: de la evolución del derecho de propiedad y de los modelos tradicionales de acceso, protección y uso del derecho fundamental a la propiedad inmobiliaria privada, generada por la teoría de los derechos fundamentales; y, cuarto: de las directrices, a partir de la teoría sistémica, para revisar las políticas públicas de acceso, protección y uso del derecho fundamental a la propiedad inmobiliaria privada. Para realizar la investigación, que es de naturaleza bibliográfica, fue adoptada la siguiente metodología: método de abordaje, o sistémico; método de procedimiento, o funcionalista. La técnica de pesquisa fue la bibliográfica, basada en la documentación indirecta, o sea, con consulta en fuentes primarias y secundarias. Al final, se aporta con proposiciones teóricas de naturaleza académica, confirmando que

la teoría de los sistemas puede contribuir para la reconstrucción de conceptos y la extracción de directrices para la revisión de las políticas públicas de acceso, protección y uso del derecho fundamental a la propiedad inmobiliaria privada.

Palabras clave: 1. Niklas Luhmann; 2. Derechos Fundamentales; 3. Teoría de los Sistemas; 4. Teoría de la Evolución; 5. Políticas Públicas; 6. Propiedad Privada; 7. Seguridad jurídica.

ABSTRACT

The following thesis has as main subject The private property from the public policy tool to the access protection and use, seen from a systemic theory, as a premise to the communicational programs comprehension, conditional and the review of these public policies e the own property concept. The problem in this thesis is: which guidelines, from the systemic theory, can contribute to the review of the public policies to access, protection and fundamental private property right in Brazil, as well as its concept? The actual hypothesis was structured in two ways; first: that the systemic matrix is able to provide guidelines to the access, protection and usage to the fundamental private property public policies; second: it anticipates three guidelines, it starts from the systemic theory, which may contribute to review the access, protection and usage of the fundamental private property public policies in Brazil, which are: governance, regulation and legal safety. The main objective aims to build a guideline concept, from the systemic theory, to the review of the access public policies, protection and use of the fundamental right to the private property in Brazil, and the review in the property concept itself. The theoretical framework adopted was the systems theory and Niklas Luhmann's evolution theory. To achieve the main goal, the text was structured in four chapters; first: the public policies definition according to the systemic theory, as premises to the comprehension of what are the communicational programs related to the access, protection and usage of the fundamental private property public policies in Brazil; second: the traditional model to perform the law of access, protection and usage of the fundamental right to the private property in the Democratic State based on the rule of law; third: from the evolution of the property right and the traditional model of access, protection and usage of the fundamental right to the private property public policies generated by the fundamental rights theory; and fourth: the guidelines, from the systemic theory, to review the access, protection and usage of the fundamental private property right to the in the public policies. To make the investigations, which is a bibliography, some methodologies were adopted: the approach method was the systematic; the procedure method was the functional. The research technique was bibliographic based in indirect data, in other words, consulting in primary and secondary sources. At last it was contributed with theoretical propositions in academic nature, confirming that the system's theory can contribute to the concepts restoration and the guidelines extraction to review the access, protection and fundamental usage to the private property public policies.

Key-words: 1. Niklas Luhmann; 2. Fundamental rights; 3. System's theory; 4. Evolution Theory; 5. Public Policies; 6. Private Property; 7. Legal Safety.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	15
2	DA DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA, COMO PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO QUE VEM A SER OS PROGRAMAS COMUNICATIVOS RELACIONADOS AO ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO BRASIL.....	28
2.1	Da noção geral de política pública e o seu caráter multidisciplinar.....	30
2.2	Do estado da arte das políticas públicas no Brasil: um resumo.....	43
2.3	Da política pública na perspectiva sistêmica.....	48
2.4	Do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e suas finalidades constitucionais, sob o prisma dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos, como estabilizadores de expectativas.....	62
2.5	Da necessária intersecção entre direitos fundamentais e políticas públicas....	71
3	OS MODELOS TRADICIONAIS DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	81
3.1	Do modelo tradicional de realização de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil Colônia até o advento da República.....	82
3.2	Dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada, com fundamento nas constituições republicanas de 1891 a 1988.....	98

3.3	Das funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica em face dos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais....	113
3.4	Da crítica aos modelos tradicionais de realização do direito fundamental ao acesso, proteção e uso do direito de propriedade imobiliária no Brasil.....	128
4	A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, GERADA PELA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NOS MODELOS TRADICIONAIS DE ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA.....	141
4.1	Da evolução do direito de propriedade imobiliária provada e seu conceito dogmático.....	143
4.2	Da evolução dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, gerada pela teoria dos direitos fundamentais, até o advento da Constituição de 1988.....	156
4.3	Da observação das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade à luz da teoria dos direitos fundamentais e das políticas públicas, com fundamento na Constituição de 1988 e a insuficiência do conceito dogmático de propriedade.....	171
4.4	Da função administrativa e a segurança jurídica em face da teoria dos direitos fundamentais: silêncio eloquente no conceito de propriedade.....	188
5	DAS DIRETRIZES DE REVISÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA NO BRASIL, A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA.....	204
5.1	Das diretrizes reconstrutivas das políticas públicas para a realização do acesso, proteção e uso do direito de propriedade, numa perspectiva processual.....	206

5.2 Das diretrizes reconstitutivas, de governança e regulação, para o acesso, proteção e uso do direito de propriedade.....	217
5.3 Das diretrizes reconstitutivas para a segurança jurídica de acesso, proteção e uso do direito de propriedade.....	233
5.4 Das diretrizes reconstitutivas das funções administrativas de poder de polícia, serviço público, infraestrutura e fomento para o acesso, proteção e uso do direito de propriedade.....	243
5.5 Das diretrizes reconstitutivas para a formulação de um novo conceito sistêmico do direito de propriedade.....	262
6 CONCLUSÕES.....	274
REFERÊNCIAS.....	290

1 INTRODUÇÃO

O tema desta tese é a propriedade privada imobiliária a partir de instrumentos de política pública para o acesso, proteção e uso observados a partir da teoria sistêmica, como premissa para a compreensão dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos e a revisão dessas políticas públicas e do próprio conceito de propriedade. A premissa é de que propriedade privada é uma aquisição evolutiva da sociedade, pois surgiu no momento em que existiram as condições necessárias para isto acontecer – a complexidade suficiente e a comunicação improvável existente – o que de pronto, afasta qualquer conotação relacionada com o direito natural, dado que é na diferenciação funcional, identificada nos sistemas sociais parciais, que se encontram no ambiente e possuem funções distintas. Portanto, a propriedade não possui uma gênese antológica capaz de explicar o instituto, que significa aquilo que foi socialmente instituído e por isso pode ser identificada, via diferenciação, por meio de uma metalinguagem através do conceito dogmático.

Ao se recuperar o contexto evolutivo da propriedade privada, observa-se que na Antiga Grécia ainda não haviam surgido as condições necessárias para a concepção da propriedade individual, visto que para eles era coletiva e conectada aos deuses, o que revela uma justificativa divina, ainda que ligada à noção de cidadania. Os romanos, por sua vez, instituíram desde logo a noção de propriedade, quase absoluta: o *dominium ex iure Quiritium*, que se caracterizava pelo poder praticamente absoluto de uma pessoa sobre a coisa que lhe pertencia, assegurando-lhe o direito de usá-la de acordo com o seu interesse, além de desfrutar e de receber os frutos e dispor livremente dela. Dando um salto histórico sobre a Idade Média, chega-se ao Século XIX, em especial a Revolução Francesa, quando a concepção romana da propriedade individual é recuperada e reinstaurada formalmente, marcando e demarcando a cultura jurídica Ocidental, que foi transposta além-mar, batendo nas terras de Santa Cruz do Brasil e influenciando a organização política e jurídica da terra “descoberta” pelos Portugueses.

Todavia, junto com a concepção jurídica do direito de propriedade privada foi implantado um modelo de direito de propriedade focado no individualismo possessivo, que acabou permeando as relações sociais e contribuindo para moldar um modelo de sociedade de mercado possessivo. Nesse contexto, a propriedade privada é a expressão normativa do Direito o qual assegura ao proprietário prerrogativas, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente encargos ao restante da

sociedade ao estabelecer obrigações de não fazer, garantindo o direito de propriedade por meio de mecanismos legais, administrativos e jurisdicionais, forjando um conceito dogmático de direito de propriedade, que repelia a função social da propriedade, o que somente veio a acontecer a partir dos anos de 1930.

A função social da propriedade também é uma aquisição evolutiva, porque a complexidade social estabeleceu as condições para que no plano jurídico fossem criados mecanismos de mitigação da concepção individualista, abrindo espaço para a intervenção do Estado na propriedade privada em função do interesse social. Se por um lado, o sistema jurídico assegurou o direito de propriedade, por se tratar de um direito fundamental, por outro, disciplinou o exercício do direito de propriedade, diferenciando a função individual da social, com repercussão no acesso, na proteção e no uso desse direito. Esse contexto criou as condições para a instauração de políticas públicas, consideradas como ações estatais, através de programas, para a consecução do interesse público de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Diante disso, modificou, também, o regime jurídico da função administrativa, visto que a moldura originária do direito administrativo, que até então tinha como foco a organização da Administração Pública e a execução do serviço público, passou a assumir a função de formulador e implementador de políticas públicas, atribuindo à função administrativa o *status* de função administrativa das políticas públicas. Sempre tendo presente a noção da permanente evolução, por força do aumento da complexidade social e, conseqüentemente, o incremento de possibilidades, os sistemas sociais vão estabelecendo comunicações com o ambiente ou entorno e selecionam contingencialmente as informações que lhe fazem sentido para efeitos de processamento e estabilização de expectativas.

Assim a Constituição Federal de 1988, ao instaurar o Estado Democrático de Direito, adota um conjunto de princípios fundamentais, com destaque para a cidadania e a dignidade da pessoa humana e assume compromissos para com a sociedade, baseados nos objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, assim como a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação e, ainda, os direitos fundamentais, de cuja centralidade, além da proteção dos direitos na sua dimensão subjetiva, possuem um ângulo objetivo que consagram a ordem objetiva de valores essenciais à sociedade, de sorte que deste tríduo se irradiam efeitos objetivos para todo o ordenamento jurídico.

A garantia constitucional do direito de propriedade é uma garantia fundamental a um direito fundamental, que é o direito de propriedade, que não pode ser observado de forma isolada, mas no contexto dos efeitos objetivos que se irradiam dos princípios, objetivos e direitos fundamentais e se projetam para o restante da Constituição, notadamente a ordem econômica e social. Nesse sentido, a Constituição afasta a concepção individualista possessiva, democratiza o direito de propriedade, pois, não apenas assegura o direito de propriedade constituído, mas também assegura o direito de o cidadão ser proprietário, notadamente quando isto contribuir para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e, além disso, impõe múltiplas funções: econômica, social e ambiental, o que, de outra banda, impõe ao Estado a formulação de políticas públicas.

Diante da atualização constitucional, entende-se que a concepção dogmática tradicional do direito de propriedade é insuficiente para dar conta e explicar o direito de propriedade numa sociedade altamente complexa como é a brasileira, baseado na estrutura civilista, como um direito que outorga ao titular as prerrogativas de usar, gozar, dispor e reaver de quem a injustamente detenha. Ademais, os modelos de política pública também não conseguem ser eficientes e eficazes o suficiente para concretizar os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, visto que se caracterizam pela setorialidade, linearidade e defasadas no aspecto democrático.

Considerando que o foco principal da tese é o direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil, a tese tem como delimitação temporal, o período que compreende desde o Brasil Colônia, no século XVI, até os dias atuais sob a vigência da Constituição de 1988. Com isso foi possível fazer uma aproximação com o processo evolutivo do direito de propriedade, que inicialmente estava fortemente arraigado na noção do individualismo possessivo e aos poucos vai sofrendo mutações de acordo com a evolução dos textos constitucionais até alcançar o estágio atual em que é considerado um direito fundamental, cujos contornos e conteúdo estão condicionados pelos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

A delimitação espacial compreende o direito fundamental à propriedade imobiliária privada brasileiro, visto que a investigação recai apenas sobre o nosso regime jurídico, sem qualquer incidência sobre direitos de propriedade alienígenas. A delimitação disciplinar da tese compreende um conjunto de saberes, que tem como referencial teórico a Teoria dos Sistemas e Teoria da Evolução, na perspectiva de Niklas Luhmann, o que permite trafegar de forma transdisciplinar, para além das disciplinas específicas do Direito, como o Direito Constitucional, Direito Administrativo,

Direito Civil, a Teoria do Direito, Segurança Jurídica, Registros Públicos, entre outros, mas também em outras searas, como por exemplo, a filosofia, a política, a economia e a sociologia.

O problema da tese é: quais diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar as políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, assim como o seu conceito? Entende-se que a propriedade e as políticas públicas, ao longo do tempo, sempre foram observados e realizados de acordo com os modelos tradicionais, num cenário dicotômico, hierarquizado, piramidal, fragmentado e deficiente, o que pode ser superado pela utilização das diretrizes, a partir da teoria sistêmica, com a finalidade de propiciar a revisão dos programas comunicativos para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, aproximando-os com os princípios, objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição. Ao elaborar o projeto, conjecturava-se que as diretrizes construídas a partir da teoria sistêmica, poderiam acarretar maior integração entre os diferentes mecanismos administrativos, com repercussão no regime jurídico da propriedade.

Por isso, a hipótese que responde ao problema proposto foi dividido em duas ordens: primeira, que a matriz sistêmica é capaz de dar diretrizes a políticas públicas de acesso, proteção e uso ao direito fundamental da propriedade privada; segunda, anteciparam-se três diretrizes, que a partir da teoria sistêmica, poderiam contribuir para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, que são: governança, regulação e segurança jurídica. Um modelo de governança das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária, como instrumento de integração das esferas administrativas competentes, visto que são comunicações circulares e podem ser instrumentalizadas em favor do princípio da dignidade da pessoa humana; um modelo de regulação que supere a divisão entre direito público e direito privado e que permita maior integração entre os diferentes mecanismos administrativos, numa perspectiva de um regime jurídico plural da propriedade e um modelo de segurança jurídica amplo, com instrumentos que permitam a garantia da concretização dos princípios e objetivos fundamentais no plano geral e, o direito fundamental à propriedade privada na perspectiva do acesso, proteção e uso, em particular.

O objetivo geral a ser alcançado com a investigação é construir programas comunicativos para acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária no Brasil, enquanto políticas públicas. Para alcançar o desiderato, a

pesquisa foi norteada pelos seguintes objetivos específicos: a) explicar as políticas públicas a partir da teoria sistêmica, como premissas para a compreensão do que vem a ser os programas comunicativos relacionados ao acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária no Brasil; b) identificar os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Estado Democrático de Direito brasileiro; c) demonstrar a evolução dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, gerada pela Teoria dos direitos fundamentais; e, d) propor novas diretrizes, a partir de contribuições da teoria sistêmica, para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil.

As justificativas da investigação do problema da tese se sustentam em seis pilares, que são: a) a justificação do tema; b) do ineditismo da tese; c) da linha de pesquisa; d) conexão com a atuação acadêmica do orientador; e) da importância social; e, f) a justificativa na perspectiva pessoal. Justifica-se a investigação porquanto o tema possui relevância, pois tem como núcleo central o Direito fundamental à propriedade imobiliária privada e os direitos fundamentais implícitos de acesso, proteção, uso e as respectivas políticas públicas para a concretização desses direitos fundamentais, com fundamento nos princípios, objetivos e direitos fundamentais, baseado no constitucionalismo contemporâneo.

Ademais, justifica-se também o tema, pelas contribuições que trará para futuras pesquisas, nos seguintes níveis: (a) como referência bibliográfica para futuros trabalhos relacionados ao tema; (b) como contribuição teórica pela pesquisa de como as diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar os programas comunicativos para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil; (c) pela contribuição específica para gerar proposições teóricas de natureza acadêmica, visando a formação de agentes públicos, notadamente os executores de políticas públicas relacionadas com a segurança jurídica, pelo Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas-CIEPP.

A segunda justificativa é a relacionada com o ineditismo da tese, que restou comprovada pelas buscas feitas no banco de teses e dissertações da CAPES e não ter sido encontrada outra tese com o mesmo foco, que são as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada na perspectiva sistêmica. A terceira justificativa é no plano institucional, porquanto se justifica porque está em sintonia com a linha de pesquisa – Dimensões Instrumentais

das Políticas Públicas – que tem por finalidade investigar as diretrizes, a partir da teoria sistêmica, que podem contribuir para revisar os programas comunicativos para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil. Ainda no plano institucional, justifica-se porque a linha de pesquisa permite proposições teóricas, de natureza acadêmica, com vistas à formação de agentes públicos, notadamente os executores de políticas públicas relacionadas com a segurança jurídica, pelo Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas-CIEPP.

A quarta justificativa é a conexão com a atuação acadêmica do orientador, Professor Doutor Janriê Rodrigues Reck, que desenvolve estudos sobre a necessária refundação e resgate do Direito Administrativo, superando a noção clássica via reconstrução conceitual, baseado no referencial pragmático-sistêmico, observado então como instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais. Além disso, a disciplina ministrada no Programa de Doutorado em Direito, da Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC – Competências públicas federativas em nível de políticas públicas – também mantém liame com a investigação, pois a reconstrução dos conceitos dos instrumentos de gestão pública, que servirem de diretrizes para a reconstrução do conceito sistêmico do direito fundamental à propriedade, conectam-se com os entes competentes para a política pública sistêmica da propriedade.

A quinta, relevância social, justifica-se porque trata de temas relevantes para a sociedade, que compreendem o direito fundamental à propriedade imobiliária privada e a concretização das políticas públicas de acesso, proteção e uso no Brasil. A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, principal núcleo de irradiação dos direitos fundamentais, no âmbito dos quais está compreendido o direito de propriedade, que apesar de ser um direito fundamental de natureza patrimonial, pode em determinadas situações, contribuir para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, além da relevância das políticas públicas como instrumentos de viabilização da concretização dos direitos fundamentais.

E por último, na perspectiva pessoal, justifica-se a investigação, por duas razões básicas, que possuem relação direta com a dogmática jurídica e a forma do ensino jurídico, assim como a práxis jurídica diária. A primeira: sempre me causou estranheza o fato de o Direito, nos cursos jurídicos, ser observado e enunciado de uma linear, hierarquizada, por disciplinas, dificultando a observação do Direito como um sistema social autopoietico, cuja evolução se processa de acordo com seus próprios

mecanismos de variação, seleção e estabilização; a segunda, é pelo fato de que sempre tive uma preocupação em observar o Direito como um sistema gerador de segurança jurídica, principalmente com relação ao direito fundamental da propriedade imobiliária privada, visto que além da atividade docente também exercia a função de registrador imobiliário.

Para alcançar o objetivo geral da investigação e em sintonia com os objetivos específicos, a tese está estruturada em quatro capítulos. Adianta-se que cada capítulo tem uma função sistêmica na estrutura da tese, sobre os quais a partir de agora se apresenta uma síntese. No primeiro capítulo examinaremos a definição de políticas públicas a partir da teoria sistêmica, como premissa para a compreensão do que vem a ser os programas comunicativos relacionados ao acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil. Tem a função de apresentar embasamento teórico sobre política pública e teoria sistêmica, pois ambas são consideradas premissas importantes para a compreensão de um modelo sistêmico de política pública e, além disso, elaborar elementos teóricos que serão utilizados no quarto capítulo para a construção de diretrizes que podem contribuir para a revisão das políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil.

Para tanto, no primeiro eixo, trataremos das políticas públicas numa perspectiva de caráter geral multidisciplinar e histórica, descrevendo os motivos que originaram as políticas públicas, referências aos principais autores de estudos das políticas públicas e uma ideia de suas teorias, modelos de políticas públicas, noção conceitual e tipologia das políticas públicas; na sequência uma breve abordagem sobre o estado da arte, a sua origem, evolução, sentido e finalidade que possuem no Estado Democrático de Direito contemporâneo, nomeadamente no Brasil. No segundo eixo, abordaremos as políticas públicas na perspectiva da Teoria dos Sistemas, buscando uma definição sistêmica de política pública e uma aproximação com os direitos fundamentais. No contexto da Teoria dos Sistemas, a política pública é uma comunicação que evolui por meio da variação, seleção e estabilização, com o propósito de construir a base teórica para demonstrar que a matriz sistêmica é capaz de dar diretrizes às políticas públicas de acesso, proteção e uso ao Direito fundamental da propriedade privada.

No terceiro eixo, faremos a aproximação do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e suas finalidades constitucionais, sob o prisma dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos, como estabilizadores de expectativas, com

base das disposições constitucionais, preconizando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O exercício do direito fundamental à propriedade, gera expectativas sociais, notadamente nos aspectos relacionados com o acesso, proteção e uso, que entendidas como finalidades constitucionais, necessitam de programas para efeitos de estabilização das expectativas sociais, que são os programas condicionais e finalísticos.

E por fim, no último eixo investigaremos a necessária intersecção entre políticas públicas e direitos fundamentais, visto que se conectam no contexto das prestações protetivas de direitos fundamentais que incumbem ao Estado. Isso, pois, os direitos fundamentais funcionam como vetores de acoplamentos estruturais entre os sistemas da política, do direito e da economia entre outros, delimitando e condicionando a organização e o funcionamento do Estado brasileiro, na sua dimensão federativa e interna, com repercussões nos direitos fundamentais. Nesse sentido, os direitos fundamentais subjetivos de liberdade, impedem o exercício do poder antidemocrático, pois o cidadão possui instrumentos democráticos para exigir garantias de organização e de processo e, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, impondo ao legislador a incumbência de instrumentalizar democraticamente a materialização desses direitos.

No segundo capítulo examinaremos os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Estado Democrático de Direito. A função deste capítulo, é apresentar os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Brasil, desde a época Colonial até a vigência do atual Estado Democrático de Direito. Também trata das funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica e, por fim, a crítica aos modelos tradicionais, que tem a função específica de demonstrar as deficiências dos modelos tradicionais, servindo de justificativa para a construção de diretrizes que podem contribuir para a revisão dos modelos tradicionais. Destarte, o conteúdo deste capítulo é teórico-instrumental, porque tem a função de servir de ponto para o contraponto a ser construído no quarto capítulo, visto que o objetivo da tese é justamente a construção de diretrizes que possam contribuir para revisar as políticas públicas tradicionais de acesso, proteção e uso.

Assim, no primeiro eixo, abordaremos a teoria dos modelos tradicionais de realização de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil Colônia até o advento da República, iniciando pelo processo distributivo e ocupacional das terras no Brasil, o que acabou por formatar um ideário cultural acerca do acesso e uso do direito de propriedade imobiliária. No segundo eixo faremos uma aproximação dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada e as constituições republicanas de 1891 a 1988. No terceiro eixo, trataremos das funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica, com o propósito de superar as concepções atreladas aos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais, como por exemplo, a função administrativa que é observada como a atividade em torno da qual o direito administrativo busca a sua identidade, pois ambas possuem funções instrumentais de realização dos direitos fundamentais

E, por fim, no quarto eixo faremos a crítica aos modelos tradicionais de realização do direito fundamental ao acesso, proteção e uso do direito de propriedade imobiliária no Brasil, por sugestão da Professora Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, quando da qualificação do projeto e incorporada na tese. A crítica é feita aos modelos tradicionais que tem como pano de fundo a propriedade na perspectiva do individualismo possessivo, concebido pelos contratualistas, Hobbes e Locke e como referencial a teoria do individualismo possessivo de Macpherson e o modelo de sociedade de mercado possessivo. A propriedade privada no contexto do individualismo possessivo é expressão normativa do Direito, que assegura ao proprietário prerrogativas, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente encargos ao restante da sociedade ao estabelecer obrigações de não fazer, garantindo o direito de propriedade por meio de mecanismos legais, administrativos e jurisdicionais.

No terceiro capítulo examinaremos a evolução do direito de propriedade e dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária, gerada pela teoria dos direitos fundamentais. O direito de propriedade, os modelos tradicionais de acesso, proteção e uso do direito de propriedade e os direitos fundamentais, são aquisições evolutivas, ou seja, passaram a ter identidade, estrutura e programas próprios a partir do momento em que se diferenciaram no ambiente. Esse capítulo tem a função de demonstrar a evolução do conceito dogmático do direito de propriedade e suas deficiências, a evolução dos modelos tradicionais de acesso,

proteção e uso em função da teoria dos direitos fundamentais e, por fim, o silêncio eloquente da função administrativa e segurança jurídica no direito de propriedade.

Dessarte, no primeiro eixo abordaremos a evolução do direito de propriedade imobiliária e o seu conceito dogmático, o processo evolutivo da propriedade privada desde os gregos e a sua noção de propriedade coletiva, conectada aos deuses, passando pelos romanos e sua noção de propriedade individual, que perde força durante a idade média, mas é recuperada e reinstaurada formalmente a partir da Revolução Francesa, cuja estrutura conceitual se mantém até hoje, embora os contornos e conteúdo tenha se modificado por conta da evolução. No segundo eixo, investigaremos a evolução dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e a conexão com a teoria dos direitos fundamentais e, no terceiro eixo, observaremos a teoria das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade à luz da teoria dos direitos fundamentais e das políticas públicas, com fundamento na Constituição de 1988 e a insuficiência do conceito dogmático de propriedade.

Por último, no quarto eixo trataremos da função administrativa e segurança jurídica em face da teoria dos direitos fundamentais e o silêncio eloquente dessas funções no conceito de propriedade, notadamente em razão das mutações geradas pela evolução da função administrativa, da segurança jurídica e a relação com o direito de propriedade. Apesar das mutações, mantém-se a dicotomia entre o direito público e o direito privado, visto que o Código Civil não faz a devida conexão do direito de propriedade com a função administrativa e a segurança jurídica e assim, a relação é apenas implícita e limitadora, não como instrumento que possibilita de direitos. Diferentemente, através da abordagem sistêmica é possível verificar que a evolução do direito de propriedade ao acompanhar a evolução da própria organização social, política e econômica, contribuiu para a criação das condições necessárias para a evolução da função administrativa e a segurança jurídica.

O quarto capítulo disporá sobre as diretrizes, a partir da teoria sistêmica, para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil. Diferentemente dos capítulos antecedentes, que tinham funções teórico-instrumentais, para a reconstrução de conceitos dogmáticos, com vistas a extração de diretrizes para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade, neste capítulo abordaremos justamente a reconstrução desses conceitos, com o propósito de contribuir para a elaboração de conceitos socialmente mais adequados, demonstrando

que a matriz sistêmica propicia a formulação de diretrizes para maior integração entre os diferentes mecanismos administrativos, na perspectiva de um regime jurídico sistêmico da propriedade.

O regime jurídico da propriedade imobiliária privada é um *script* altamente complexo, mas que na dimensão dogmática, não revela toda a rede de conexões, políticas, jurídicas, econômicas, administrativas, entre outras, presentes no seu contexto. O regime jurídico do direito fundamental à propriedade imobiliária privada não é apenas um ponto singular, mas um processo que pode ser dividido em ciclos, que se observados na perspectiva sistêmica, ampliam a percepção acerca do conjunto de conexões existentes e isso pode contribuir para a construção de um conceito de propriedade socialmente mais ajustado, com repercussão nas políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso. Por isso, em razão da perspectiva processual do direito de propriedade, neste capítulo o direito de propriedade, está dividido em ciclos: pré-aquisitivo, aquisitivo e extintivo, considerados como elementos temporais para a reconstrução das diretrizes que vão servir de suporte para a construção de um conceito sistêmico de propriedade.

Nos quatro eixos iniciais serão reconstruídos os conceitos de políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, poder de polícia, serviço público, infraestrutura e fomento, a partir da Teoria dos Sistemas e da evolução, com a função de extração de diretrizes para a formulação de um novo conceito sistêmico do direito de propriedade, no último eixo do capítulo. A construção do conceito sistêmico do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, tem a função de demonstrar que o seu regime jurídico, no sentido teórico-dogmático, encobre uma multiplicidade de discursos exarados por atores públicos e privados viabilizadores do engajamento das ações relacionadas com o direito de propriedade e, também, as conexões que o sistema estabelece com o ambiente ao selecionar, processar e emitir comunicações, com repercussão na definição de seu regime jurídico.

Para o desenvolvimento da investigação, adotou-se o método de abordagem sistêmico, porque a Teoria dos Sistemas tem postura dominante em ciências sociais imersas na prática administrativa, dentro de governo, em grandes empresas, em organizações relevantes, nos quais são chamados a colaborar com propostas de instrumentalização com a finalidade de dirimir conflitos, oposições, contestações, o que qualifica as ciências sociais sistêmicas como “úteis”. (DEMO, 1995, 203). Além disso, “[...] o pensamento sistêmico substitui a “ciência objetiva para uma ‘epistêmica’, para um arcabouço no qual a epistemologia – ‘o método de questionamento’ – torna-se

parte integral das teorias científicas”. (CAPRA, 2006, p.49). O desenvolvimento do pensamento sistêmico, de acordo com vários autores do movimento sistêmico, compreende “um conjunto de noções e princípios doutrinários gerais que fundamentam o desenvolvimento de teorias e abordagens nas diversas áreas e em diferentes níveis de complexidade e conhecimento” (KASPER, 2000, p.59).

Na perspectiva do pensamento sistêmico, a complexidade é um de seus pressupostos e pode-se dizer que ela existe no âmbito de um emaranhado de ações, interações, de retroações, que às vezes nem um computador poderia captar todos os processos, mas existe outra complexidade oriunda dos fenômenos aleatórios, indeterminados que agregam incerteza ao nosso pensamento. (MORIN, 1996, p.275). A epistemologia da complexidade nos leva a entender, o seguinte: (i) que existem limites para o conhecimento e isso é um progresso; (ii) que não há mais privilégios, tronos e soberanias epistemológicas. Por isso, o problema da epistemologia complexa não está em que cada um perca a sua competência, mas que desenvolva o suficiente para estabelecer uma articulação com outras competências, que ligadas em cadeia, formariam o anel epistemológico, ou seja, o anel do conhecimento do conhecimento. (MORIN, 2002, p. 32-33).

O paradigma do pensamento complexo se irradiou para diversas áreas do conhecimento, destacando-se aqui, a sociologia e o direito. Uma das bases teóricas do pensamento sistêmico é a Teoria dos Sistemas desenvolvida por Ludwig Von Bertalanffy na década de 1940, para o qual sistema pode ser “definido como um complexo de elementos em interação”. (BERTALANFFY, 2008, p.84). A interação proposta por Bertalanffy foi acolhida em parte por Luhmann, o que ficou patente ao renovar a Teoria dos Sistemas, utilizando a Teoria dos Sistemas de Bertalanffy, mais a vertente parsoniana do estrutural-funcionalismo somados ao referencial teórico dos neurocientistas Humberto Maturana e Francisco Varela – de sistemas auto-referenciais –, tendo como referência o conceito de complexidade em duas perspectivas: uma, como sinônimo de modernidade e, a outra, como categoria analítica que serviu de suporte para a diferenciação entre sistema e entorno e, também, a diferenciação funcional entre os subsistemas sociais, o que resultou na Teoria dos Sistemas autopoieticos social e do direito.

O método sistêmico tem como pressuposto a reunião de elementos em um conjunto que obedece a mesma lógica de organização, como por exemplo: objetos tangíveis, materialmente observáveis; ideias ou conceitos, teorias; normas jurídicas de um instituto jurídico ou mesmo de um país, o que requer do investigador conhecimento

dos conceitos e categorias necessárias para operar a investigação, destacando-se os seguintes termos: sistema, interação, sistema aberto, sistema fechado, estado de sistema, ambiente, *input* (entrada) *output* (saída), *feedback* (realimentação), complexidade, totalidade, finalidade, equilíbrio e regulação. (MEZZARROBA e MONTEIRO, 2009, p. 76-82).

Esclarece-se que a utilização da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann tem a função de servir como referencial teórico, portanto a intenção não é replicar a sua teoria, mas utilizá-la como base para observar o direito fundamental à propriedade imobiliária privada, especialmente a partir de instrumentos de política pública de acesso, proteção e uso. Portanto, a tese tratará do tema numa perspectiva sistêmica própria, o que ficará demonstrado com a formulação dos conceitos-diretrizes para a revisão das políticas públicas e a construção dos conceitos sistêmicos do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada.

Ademais, a tese tem como proposta a construção teórica de conceitos sistêmicos, que podem contribuir para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade e não as políticas públicas de acesso, proteção e uso. Trata-se, portanto, de uma investigação teórica, com resultado teórico e não prático. Não se trata de afastar a importância da abordagem fática das políticas públicas, mas o objetivo da tese é produzir suporte teórico capaz de contribuir para a crítica das políticas públicas tradicionais, assim como a construção de um conceito sistêmico do direito de propriedade imobiliária privada.

O método de procedimento adotado é o funcionalista, utilizado por Malinowski, que leva em consideração a sociedade e o seu funcionamento, visto que formada por partes componentes, diferenciadas, inter-relacionadas e interdependentes, satisfazendo cada uma, funções essenciais da vida social e que as partes são melhor entendidas se compreendidas as funções que cada unidade tem. (MARCONI e LAKATOS, 2010, p.92). Esse método tem como ideia nuclear a função e essa, na perspectiva social, como um conjunto de operações comunicativas por meio das quais, os sistemas psíquicos e sociais fazem as interações que alavancam as comunicações entre os sistemas funcionalmente diferenciados, o que conforma a sociedade.

A técnica de pesquisa empregada para a execução da investigação foi realizada através do acesso em fontes secundárias, via pesquisa bibliográfica, por meio de consultas a livros, revistas, teses, jornais, páginas na internet e legislações as quais tivessem relação com o tema e o problema de investigação.

2 DA DEFINIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA, COMO PREMISSAS PARA A COMPREENSÃO DO QUE VEM A SER OS PROGRAMAS COMUNICATIVOS RELACIONADOS AO ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NO BRASIL.

O problema da tese ao perquirir sobre quais diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar as políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, assim como seu conceito?, lança o desafio de buscar esclarecimentos acerca da política pública e as possíveis tramas que poderão advir da conexão entre os vários sistemas sociais que estabelecem relações comunicativas com ela, visto que o foco é a observação da política pública na perspectiva da Teoria dos Sistemas, de Niklas Luhmann. Para tanto, as abordagens preliminares possuem o propósito de contribuir para clarificar noções conceituais e teóricas as quais servirão de suporte para a construção da confirmação ou não das hipóteses. No seu conjunto a hipótese é a de que as diretrizes, a partir da Teoria dos Sistemas, permitem maior integração entre os diferentes mecanismos administrativos, com vistas a um regime jurídico sistêmico da propriedade, para efeitos de superação dos modelos tradicionais de implementação de políticas públicas relacionadas com o direito fundamental à propriedade imobiliária privada, notadamente em relação ao acesso, proteção e uso. Tudo isto como uma forma de superação da observação dicotômica entre direito público e direito privado.

Por essas razões, o conteúdo deste primeiro capítulo tem o propósito de apresentar embasamento teórico sobre política pública e teoria sistêmica, pois ambas são consideradas premissas importantes para a compreensão de um modelo sistêmico de política pública e, além disso, elaborar elementos teóricos que serão utilizados no quarto capítulo para a construção de diretrizes que podem contribuir para a revisão das políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil. A noção dogmática de política pública é indispensável para a reconstrução conceitual na perspectiva sistêmica, o que será feito no quarto

capítulo e por extensão, servirá de diretriz para a construção de um conceito sistêmico de propriedade. A noção geral sobre a Teoria dos Sistemas de Luhmann, por sua vez, oferece o referencial teórico para a reconstrução da concepção de política pública e assim, ambas têm uma função instrumental para a resolução do problema da tese.

O primeiro eixo trata da política pública numa perspectiva de caráter geral multidisciplinar e histórica, descrevendo os motivos que originaram a política pública, referências aos principais autores de estudos da política pública e uma ideia de suas teorias, modelos de políticas públicas, noção conceitual e tipologia da política pública; no segundo, uma breve abordagem sobre o estado da arte, a sua origem, evolução, sentido e finalidade que possuem no Estado Democrático de Direito contemporâneo, nomeadamente no Brasil. No terceiro eixo a abordagem diz respeito à política pública na perspectiva da Teoria dos Sistemas, buscando uma definição sistêmica dela e uma aproximação com os direitos fundamentais. No contexto da Teoria dos Sistemas, a política pública é uma comunicação que evolui por meio da variação, seleção e estabilização, com o propósito de construir a base teórica para demonstrar que a matriz sistêmica é capaz de contribuir para a construção de diretrizes a políticas públicas de acesso, proteção e uso ao Direito fundamental da propriedade privada.

No quarto eixo abordar-se-á a política pública na perspectiva sistêmica e no quarto, o direito fundamental à propriedade imobiliária privada e suas finalidades constitucionais, sob o prisma dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos e sua função estabilizadora de expectativas, com base das disposições constitucionais, notadamente no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, preconizando a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O exercício do direito fundamental à propriedade, classificado como de primeira dimensão, pois marcadamente como um direito do indivíduo frente ao Estado (SARLET, 2009), gera expectativas sociais, notadamente nos aspectos relacionados com o acesso, proteção e uso, que entendidas como finalidades constitucionais, necessitam de programas para efeitos de estabilização das expectativas sociais, que são os condicionais e finalísticos, a serem trabalhados no decorrer deste capítulo.

E por fim, no último eixo, a abordagem está focada na necessária intersecção entre políticas públicas e Direitos fundamentais, conectando os direitos fundamentais e as políticas públicas, no contexto das prestações protetivas de direitos fundamentais

que incumbem ao Estado. Isto porque os direitos fundamentais funcionam como vetores de acoplamentos estruturais entre os sistemas da política, do direito e da economia entre outros, delimitando e condicionando a organização e o funcionamento do Estado brasileiro, na sua dimensão federativa e interna. Nesse sentido, os direitos fundamentais subjetivos de liberdade, impedem o exercício do poder antidemocrático, pois o cidadão possui instrumentos democráticos para exigir garantias de organização e de processo e, como direitos subjetivos a prestações sociais, econômicas e culturais, impondo ao legislador a incumbência de instrumentalizar democraticamente a materialização desses direitos.

2.1 Da noção geral de política pública e o seu caráter multidisciplinar.

Um dos traços do constitucionalismo contemporâneo é o caráter marcadamente normativo, superior hierarquicamente, além de ser o centro do sistema, incorporando “[...] valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais.” (BARCELOS, 2005, p.89). Destacam-se, no contexto constitucional, os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais, os quais vinculam os Poderes Públicos no sentido de observar os princípios e os objetivos e proteger os direitos fundamentais, exigindo ações estatais, dentre as quais, destaca-se a política pública. Por isso, a ideia central que permeia a noção de política pública é a de que se trata de uma ação estatal, que tem por finalidade a resolução de problemas os quais não podem ser enfrentados individualmente ou pelo mercado, com vistas à dignificação da vida humana, afirmando o nexos operativo entre política pública e direitos fundamentais e, por consequência, o seu caráter obrigatoriamente multidisciplinar.

Este compromisso constitucional revela uma dimensão congênita entre política e público, sintetizada na afirmação de Dewey “lo público y sus problemas.” (PARSONS, 2007, p.31). Todavia, a responsabilidade pública se limita na formulação, elaboração e implementação, porque execução das política pública podem ser através de entidades privadas, como por exemplo, a política pública de acesso a casa própria é formulada, elaborada e implementada pela União, através de recursos públicos e a execução dos empreendimentos através da iniciativa privada. A política habitacional no Brasil é orientada pelo modelo tradicional em que a esfera governamental toma as decisões e a

Administração Pública efetiva os comandos gerais contidos na ordem jurídica, implementando ações e programas, garantindo a concretização da política pública, com vistas a realização das finalidades constitucionais. (BARCELOS, 2005).

Ainda, são os fins constitucionais que determinam a atribuição das competências e responsabilidades, além da descentralização político-administrativa, com o propósito de concretizar as demandas sociais, que integram a agenda pública global e, no específico, a agenda das políticas públicas, o que requer de cada esfera estatal o desenvolvimento das ações necessárias com vistas à implementação das políticas públicas. Isto, pois, a Constituição estabelece como uma de suas finalidades, a concretização dos direitos fundamentais e, para tanto, as políticas públicas são instrumentais para a realização sistemática e abrangente dos direitos fundamentais e, por serem custeadas por recursos públicos, ordinariamente limitados, sugerem escolhas contingenciais, (BARCELOS, 2005), de acordo com a disponibilidade orçamentária e orientado pelos princípios, objetivos e os direitos fundamentais constitucionais.

A noção de política pública tem como cenário embrionário, a segunda guerra mundial, quando a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América desenvolveram investigações de operações e sobre técnicas de análise econômica, não por outra razão, as primeiras análises de políticas públicas centraram-se na formulação de políticas públicas econômicas e de defesa. (PARSONS, 2007). Era o início de um processo de racionalização do Estado e da política, no âmbito dos quais, passaram a ser desenvolvidas atividades formuladoras de políticas públicas, com o intuito de “resolver” problemas, porque “[...] el mundo estaba plagado de enigmas y problemas” por meio da razão e do conhecimento humano, tendo como inspiração os métodos das ciências naturais, que serviram de marco para o desenvolvimento de estudos das ciências políticas e da Administração Pública. (PARSONS, 2007).

A racionalidade administrativa, em boa parte, se caracteriza pela burocracia e, neste sentido, de acordo com Weber, a despeito de exceções, o certo é que com o início do período moderno a exigência de uma administração racional se impôs e, com isso, estabeleceu-se um vínculo de dependência entre o Estado moderno e a burocracia. O aumento da velocidade das comunicações públicas e dos fatos econômicos e políticos, exerceram forte pressão que intensificaram o ritmo de reação da administração, especializando suas tarefas e atuando com neutralidade, para atender as demandas que se apresentava. (WEBER, 1982). A complexidade da sociedade e a conseqüente burocratização da Administração Pública, estabeleceram

diferenciação entre a função política e a função burocrática, cabendo à primeira a formulação de políticas públicas e à segunda, a execução delas, por meio de ações de caráter administrativo, orientado pela racionalidade, num processo evolutivo revelador de uma nova relação entre a política e o governo, como sinônimo de gestor público, tendo como pressuposto a resolução de problemas. (PARSONS, 2007).

Assim a teoria weberiana, que tinha como premissa a ideia de que o funcionalismo é neutro, portanto “descontaminado” da política, visto que atua de forma racional e objetiva, executando as orientações recebidas dos políticos, quase como um autômato, executor de ordens, vem sofrendo fortes críticas, dado que a percepção da artificialidade da separação entre a política e a administração é cada vez maior, pois existe uma tendência recíproca da politização da elite burocrática e a burocratização dos políticos, formando uma simbiose entre a política e a Administração Pública. Nessa perspectiva pode-se dizer que cada vez mais se forma uma intersecção entre a política e a administração em que o administrador deixa de ser um mero executor, para se converter num administrador político (SCHMIDT, 2008), cabendo à política e a administração a responsabilidade pela resolução dos problemas públicos.

E assim tem-se dois termos os quais se inter-relacionam: política e público. Poder-se-ia perguntar: o que vem a ser política? – O ponto de partida é a sua derivação do adjetivo pólis (politikós), significando tudo aquilo que se refere à cidade, contudo, a expansão do termo se deu em razão da obra de Aristóteles, “Política”, como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado. Modernamente o termo foi sendo substituído por outras expressões como “ciência do Estado”, “doutrina do Estado”, “ciência política”, “filosofia política”, entre outras e passou a ser utilizado ordinariamente para indicar as atividades relacionadas com o Estado e, neste contexto, a política está estreitamente ligada à definição de poder, portanto o poder político, que se caracteriza pela monopolização da posse e do uso dos meios para exercer a coação física. O poder político somente se justifica caso esteja em sintonia com aquilo que uma sociedade organizada politicamente quer alcançar por meio de ações políticas. (BOBBIO,1995).

É a política institucionalizada e a sua concretização por meio de políticas públicas, com intencionalidade finalística de atender às finalidades constitucionais, que move a Administração Pública, porque as políticas públicas têm como instrumento de concretização a Administração Pública. O termo política, em alguns idiomas, como por exemplo o inglês, é visto sob três perspectivas: *polity*, *policy* e *politics*. *Polity*, compreende a dimensão institucional, que se refere ao ordenamento do sistema

político-jurídico, tendo como núcleo central a estrutura do sistema político-administrativo (FREY, 2000), que na Constituição brasileira está densificado no Capítulo III, que trata da organização do Estado brasileiro. *Policy* é considerada a dimensão material das ações políticas, que são as políticas públicas (FREY, 2000), expressando uma racionalidade política. *Politics* se refere ao processo político, que traz implícita a ideia de competição política pelo poder, “[...] no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição” (FREY, 2000), que se caracteriza pela organização político-partidária, eleições e o seu regramento.

Neste contexto, o poder político nas suas três dimensões, influencia-se mutuamente, conformando o sistema político, de sorte que os programas de ação do governo resultam da confluência delas, com repercussão nas políticas públicas. Os programas de ações podem ser observados como o “[...]campo em que se desenvolvem ações homogêneas que visam ao mesmo fim” (GIACOMINI, 2010) e a “política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público” (SECCHI, 2016, p.5), cuja formulação traduz os objetivos que o governo quer alcançar, por meio da política, no mundo real. Assim, a *polity* contribui com a estrutura institucional do sistema político-administrativo, divisão organizacional e a distribuição das competências; a *politics*, contribui com os processos de competição pelo poder e, a *policy*, com as políticas públicas. A política pública, portanto, é o Estado em ação, no exercício do poder político, razão pela qual, “[...]as relações entre *polity*, *politics* e *policy* são permanentes e as influências são recíprocas” (SCHMIDT, 2008, p.2310).

Na perspectiva jurídica, as políticas públicas são arranjos institucionais – no âmbito da atividade político-administrativa – produzidos num processo de interação entre a política e o direito, mediados pelos princípios e valores, com vistas à concretização dos Direitos Fundamentais. Por isso Monia Clarissa Hennig Leal entende que as políticas públicas são o *locus* privilegiado para a judicialização da política e do direito, porque “no atual contexto democrático, o âmbito das Políticas Públicas aparece como um foco privilegiado de análise, em virtude de seu objeto e de sua natureza, pois, enquanto instrumentos de atuação – política – voltados à realização dos direitos fundamentais (jurídicos), tem-se configurado, nelas, um lugar de atuação da Política sobre o Direito ou, pelo menos, em que a realização do Direito se dá por meio de opções/escolhas políticas” (LEAL, 2014, p.200).

Mas afinal, o que são políticas públicas? – Antes de se trabalhar na construção de uma noção conceitual de política pública, convém ratificar o que foi referido

anteriormente, que toda política pública tem como antecedente um problema de natureza pública. “La génesis de una política pública implica el reconocimiento de un problema.” (PARSONS, 2007). Contudo, não é tarefa fácil definir o problema genético de uma política pública, assim como não está disponível uma definição de política pública *a priori*, o que é revelador da dificuldade de se construir uma noção de caráter universal, visto que um problema público para um país, pode não ser problema para outro ou, ainda, a solução encontrada para a resolução do problema num país, pode não servir para resolver o problema noutro.

Todavia é possível partir de algumas premissas as quais podem contribuir para a construção da noção de política pública, ainda que concebida sob um olhar parcial de uma realidade singular, como é o caso brasileiro. Inicialmente convém lembrar que uma das dificuldades do estudo das políticas públicas e, por extensão, a sua definição, reside num problema terminológico, visto que os anglo-saxões fazem distinção entre *politics* e *policy*, utilizando a primeira para definir a política, na perspectiva do processo político e a segunda, para identificar as atividades governamentais, enquanto que os países de língua latina utilizam apenas um termo para se referir ao conjunto de atividades, impossibilitando o uso da expressão *policy*, como significado de políticas públicas. Nos países de origem latina geralmente o termo política é utilizado com múltiplos significados, ora para se referir ao campo de atividades relacionadas com a política social ou política exterior, ora utilizado para expressar um propósito político concreto, uma decisão governamental, um programa de ação e, também, para se referir aos resultados alcançados por um programa ou lei. (FERNÁNDEZ, 2006).

Contudo, a despeito da utilização do termo de forma plurívoca, a política e o seu adjetivo público são os elementos estruturais da noção de política pública, porque supõe problemas de interesse público a serem resolvidos na esfera pública; o público é distinto do privado, do particular, do indivíduo e sua intimidade, pois sua dimensão é mais ampla e se desdobra em estatal e não-estatal, visto que existem instâncias e organizações da sociedade que também têm responsabilidades públicas, como por exemplo, as instituições públicas não-estatais. (SCHMIDT, 2008). Portanto, o ponto de partida de uma política pública é um problema público, cuja resolução passa necessariamente pela política, o que revela uma intencionalidade na ação política para efeitos de resolução do problema, pois o Governo e a Administração Pública não possuem a disponibilidade sobre o interesse público, o que afasta a ideia de que política pública “[...] é tudo aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer.” (DYE,

1975, p.1-2). A política pública não resulta da omissão, ou da negligência do gestor prejudicaria o binômio dever-poder, visto que a Administração Pública tem o dever de agir racionalmente diante de um problema público, mesmo quando resolução de problemas públicos não fica adstrita às ações estatais, porque a dimensão das políticas públicas não é exclusivamente estatal, mas também não-estatal, ou seja, uma dimensão pública no âmbito da esfera pública.

Por um lado, autores, como por exemplo: (Heclo, 1972; Dye, 1972; Meny e Theonig, 1991, Bucci, 2002; Howlet, Ramesh e Pearl, 2013 *apud* Secchi, 2017), utilizam o critério subjetivo para definir a natureza estatal da política pública, partindo do princípio de que a política é exclusivamente estatal, sugerindo que “[...] a política é elaborada ou decidida por autoridade formal e legalmente constituída no âmbito de sua competência e é coletivamente vinculante” (SARAVIA, 2007, p.31). Ainda que a responsabilidade primária pelas políticas públicas seja estatal, não se pode desconhecer os (*policy-making*) não estatais, pois a abordagem estatista ou estadocêntrica (*state-centered policy-making*), pode ser compartilhada com uma abordagem multicêntrica ou policêntrica para a solução de problemas públicos. (SECCHI, 2017).

Por outro, autores como (Drohr, 1971; Kooiman, 1993; Rhodes, 1997; Regonini, 2001; Hajer, 2003 *apud* Secchi, 2017), partem do princípio de que o adjetivo público não indica a natureza jurídica do ator resolutor, mas a natureza pública do problema a ser enfrentado, porque o Estado pode instituir formalmente entidades não estatais, como atores investidos de legitimidade para a gestão de demandas públicas, como por exemplo, a Lei a Lei federal de n.º 9.790 de 1999 que dispõe sobre as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip); a Lei federal de n.º 9.637 de 1998, que dispõe sobre as Organizações Sociais (OS) e a Lei federal de n.º 12.881, de 2013, que dispõe sobre a definição, qualificação, prerrogativas e finalidades das Instituições, prerrogativas e finalidades das Instituições Comunitárias de Educação Superior – ICES; Lei federal n.º 13.019, de 31 de julho de 2014, que institui normas gerais para as parcerias entre a Administração Pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

A institucionalização da política pública viabiliza a sistematicidade delas, estabelecendo o nexo de unidade entre os vários elementos que se fazem presente na

ação governamental, sintetizando o paradoxo entre mudança e permanência, porquanto existe um movimento simultâneo no âmbito do governo, que procura dar às transformações caráter de permanência, no qual se consolida em estruturas e na organização jurídica estatal. Existem várias acepções acerca do termo instituição: uma delas, define a instituição como as “regras do jogo” para efeitos da processualização das decisões coletivas, permitindo compreender que elas não podem ser compreendidas como uma mera soma de interesses individuais; outra, define as instituições como o conjunto de regras sociais, compreendendo as organizações formais, os costumes informais e os processos que estruturam as condutas. (BUCCI, 2013).

Os termos instituição e institucionalizar são antônimos, ainda que correlatos, por isso necessitam de mediação para a aplicação da teoria das instituições às políticas públicas, visto que a instituição compreende o “[...] conjunto de estruturas jurídicas, políticas, e sociais” definidoras de uma unidade funcional, que produz a reiteração de determinados comportamentos no ambiente que o cerca. Institucionalizar tem o sentido de ação governamental, objetivando um padrão organizacional, permanente e impessoal, dadas pelo Direito, por meio de arranjos jurídicos, descolado da pessoa do governante ou gestor, desencadeador da ação; enquanto que a institucionalização das políticas públicas apresenta traços caracterizadores que são: a objetivação, no sentido de descolamento em relação ao governante ou gestor que instituiu o programa; um padrão organizacional; a juridificação do padrão organizacional e uma ideia-diretriz que orienta todos os atores e atos envolvidos no arranjo institucional associado ao plano de ação. O arranjo institucional de uma política pública é formado pelo marco geral de ação, no qual são identificadas as autoridades competentes, as decisões e o regramento das condutas comportamentais dos agentes envolvidos, protagonistas ou destinatários. (BUCCI, 2013).

Neste contexto, o Estado Democrático de Direito é o sujeito instituído política e juridicamente, dotado de personalidade jurídica e sujeito de direitos e obrigações, enquanto a segunda, compreende o instrumental jurídico de que o Estado Democrático de Direito dispõe para objetivar os condicionamentos políticos, que se caracterizam como regras, princípios e preceitos que dão forma e conteúdo jurídico às políticas públicas. O direito positivo instituído pelo sistema político possui dois ramos relevantes no âmbito das políticas públicas: o direito constitucional e o direito administrativo. O primeira dispõe sobre os princípios, os objetivos e os Direitos fundamentais em torno dos quais estão dispostas as competências e atribuições dos entes federados

relacionados às políticas públicas. O Direito administrativo organiza o exercício das funções administrativas e, quando se tratar de políticas públicas, oferece o instrumental para a formação dos arranjos institucionais necessários para a formulação, implemento, execução e controle das políticas públicas. Enquanto o Direito constitucional apresenta um aspecto estrutural da organização política e jurídica, o Direito administração tem por finalidade instrumentalizar as ações em favor do interesse público, razão pela qual, a política pública é instrumento que pode viabilizar a concretização da solução do problema que afeta os cidadãos ou pessoas jurídicas.

As políticas públicas possuem uma relação intrínseca com a evolução do capitalismo, por mais paradoxal que seja, como resultado das transformações políticas, econômicas e sociais, provocada pela Revolução Industrial na Inglaterra, no século XVII e meados do século XIX. Contudo, o estudo acadêmico das políticas públicas como área de conhecimento autônomo, surge nos Estados Unidos, no século passado, focado na produção de políticas dos governos, diferenciando-se da tradição europeia que concentrava os estudos e pesquisas na perspectiva do Estado e suas instituições. Os estudos sobre políticas públicas na Europa estavam atrelados às bases teóricas que explicavam o papel do Estado e de suas organizações, governo em sentido amplo e nos Estados Unidos o estudo das políticas públicas não tinha o mesmo embasamento teórico, porque estava centrado nas ações do governo. (SOUZA, 2007).

Como já foi referido anteriormente, a política pública surge no contexto da racionalização do Estado e da política, o que acabou impactando a formulação dela, em face da utilização de parâmetros metodológicos, a partir de questionamentos como: o que são políticas públicas? Quem decide as políticas públicas? Como são decididas as políticas públicas? Por que determinados temas, a despeito da importância, não são agendados como política pública e outros são agendados? Esses e outros questionamentos desafiaram e continuam desafiando a construção e permanente reconstrução da teoria das políticas públicas. Como já foi visto, nos Estados Unidos as políticas públicas estavam centradas nas ações do governo, cujo exercício é intencional no sentido de utilizar o poder para alterar determinada situação de interesse público através de política pública. Essa noção tem como referenciais quatro autores, que teorizaram sobre as políticas públicas no âmbito das ciências políticas, que são: Harold Laswell, Herbert Simon, Charles Edward Lidblom, David Easton. (SOUZA, 2007).

O estudo das políticas públicas pode apresentar vários métodos e abordagens, como a análise política – *policy analysis* – que se concentra na avaliação formal ou apuração dos impactos políticos – *policy impacts* –, também os estudos políticos – *policy studies* –, que possuem um traço comum que é a tentativa de estabelecer uma relação entre alguns tipos singulares de políticas públicas e os seus regimes jurídicos e, também, os modelos de formação das políticas públicas – *policy making*. (HOWLETT, 2013). Isso, pois, a política pública possui um vasto campo de abordagem, no qual transcende o campo da política em sentido estrito, que pode ser objeto de análise de outros ramos do conhecimento, o que naturalmente demanda várias disciplinas, teorias e métodos de abordagem. Contudo, interessa-nos nesse momento fazer alguns apontamentos sobre a *policy analysis*, ou seja, a política pública apenas na perspectiva dos modelos de análise das políticas públicas.

Por isso, na sequência apresentar-se-ão as ideias nucleares que caracterizam os principais modelos de análise das políticas públicas e seus respectivos autores, iniciando com o sequencial ou do ciclo político (*Policy Cycle*), que tem como principal característica a observação das políticas públicas como resultantes de um processo político, desenvolvido em etapas ou ciclos, relacionadas logicamente e sequencialmente entre si. Harold Lasswell, foi um dos pioneiros ao propor, ainda no final da década de 50, o modelo *Policy Cycle* ou modelo das etapas, tendo como ponto de partida a abordagem sistêmica proposta por David Easton, de sorte que a ação pública é analisada como um processo sequencial e inacabado, circular, porque se reconstrói em face do resultado imposto pelas mudanças introduzidas pelas próprias políticas públicas ou pelas alterações produzidas no contexto ou na relação entre os atores e instituições envolvidas no processo. (ARAÚJO e RODRIGUES, 2016).

O modelo, proposto por Lasswell, visa reduzir a complexidade inerente aos problemas públicos, por meio da decomposição do processo de decisório em ciclos, ou etapas sequenciais, que são: informação, promoção, prescrição, invocação, aplicação, conclusão e avaliação. A partir dessa proposição, outros autores desenvolveram estudos e classificações que consolidaram um modelo heurístico de decomposição do processo político em etapas e sequencial, para efeitos analíticos, que a despeito da designação diferente das formas, quatro etapas são comuns em todas as propostas, sintetizadas da seguinte forma: a) definição e agendamento do problema – percepção de um problema como político e a sua inserção na agenda política; b) formulação de medidas políticas resolutivas; c) implementação – provisionamento de recursos institucionais, organizacionais, burocráticos e financeiros para a concretização da

política pública; e, d) avaliação e mudança das políticas públicas. (HOWLETT, 2013; ARAÚJO e RODRIGUES, 2016).

Outro modelo proposto foi o de John Kingdon, denominado de “Metáfora dos fluxos múltiplos (*Multiple Streams Framework*).” (ARAÚJO e RODRIGUES, 2016). O autor parte da premissa que nem todos os problemas existentes no âmbito da sociedade alcançam o *status* de público a tal ponto de sugerir a intervenção estatal, em razão do quê, indaga: porque alguns problemas se tornam importantes para um governo e outros não? Como ocorre e porquê as agendas políticas se alteram ao longo do tempo? Mais, como é que os tomadores de decisões políticas elegem soluções para os problemas, dentre a multiplicidade de alternativas que se apresentam? Como a demanda por decisões é superior à capacidade que os formuladores de políticas públicas possuem, a atenção deles está diretamente vinculada à percepção e à interpretação que possuem em face dos problemas que habitam o ambiente. (CAPELLA, 2007).

O fluxo das políticas públicas compreende o conjunto de alternativas e soluções geradas e disponibilizadas no interior das comunidades políticas e se comportariam como uma “sopa primordial”, pois as ideias fluem e se confrontam entre si e, além disso, combinariam-se nesse processo de seleção natural, sobrevivência, desaparecimento e recombinação. O entorno no qual a “sopa” se encontra está formada pelas comunidades de políticas públicas que apresentam variações, algumas mais fechadas e compactas, outras mais abertas e fragmentadas. É nesse “caldo” que nadam os empresários das políticas públicas, que para Kingdon, são “personas dispuestas a invertir recursos de diversos tipos con la esperanza de obtener algo a cambio em el futuro a partir de las políticas públicas que apoyan directamente.” (PARSONS, 2007).

O terceiro modelo é o do equilíbrio interrompido – *Punctuated Equilibrium Theory* –, desenvolvido por Frank Baumgartner e Bryan Jones, baseado no princípio de que os processos políticos “[...] são geralmente caracterizados por estabilidade e incrementalismo pontuado ou interrompido, ocasionalmente, por mudanças de larga escala”, cuja designação decorre da biologia evolutiva, em oposição “[...] a mudança lenta e progressiva das espécies defendida por Darwin” (ARAÚJO e RODRIGUES, 2006), porque para os autores, a despeito das ocorrência de crises, é a estabilidade que caracteriza a maioria das áreas de política. Portanto, a compreensão do processo político passa pela análise das condições de estabilidade e simultaneamente as potenciais mutações que estão presentes no contexto das políticas públicas.

Esse modelo tem por objetivo permitir a abordagem das discontinuidades, ou interrupções (*punctuations*), assim como das continuidades (*stasis*) das políticas públicas, sob a justificativa de que um mesmo sistema institucional pode gerar mudanças com dimensões variáveis e até mesmo grandes rupturas, por isso os autores propõem uma metodologia que compatibiliza estudos qualitativos, quantitativos e longitudinais sobre a agenda política e que captam as mudanças – interrupções ou discontinuidades – de políticas públicas em curtos espaços de tempos, cuja compreensão se vale de dois conceitos: imagem política (*policy image*) e subsistema político. (SOUZA, 2007; CAPELLA, 2007).

O quarto modelo, denominado de “O quadro teórico das coligações de causa ou interesse (*Advocacy Coalitio Framework – ACF*), foi proposto na década de 1980 por Paul Sabatier e Jenkins-Smith e é considerado como um modelo alternativo de pensar o processo político, cujo objetivo é: a) encontrar uma alternativa que supere o modelo heurístico de etapas; b) sintetizar os melhores contributos das abordagens *top-down* e *bottom-up* que explicam as políticas públicas; e, c) incorporar informação técnica nas teorias do processo político. A base teórica é a tese de Iron Tringle – triângulo de ferro – e os conceitos, de sistema de crenças, de subsistema político e de coligação de causas e mediadores políticos. O primeiro foca no desenvolvimento de ideias, valores ontológicos e normas, observa as causas que originam os problemas e os efeitos, a eficácia das soluções políticas, das instituições envolvidas e dos recursos mobilizados e disponibilizados, de forma compartilhada entre os atores que participam da política pública; o segundo compreende os atores que integram organizações públicas e privadas que influenciam o processo político; e, o terceiro, uma decorrência do compartilhamento de crenças e da coligação de causa ou interesse. (*advocacy coalition*). (ARAÚJO e RODRIGUES, 2006).

O quinto modelo é o marxista, que parte do pressuposto que as relações de classe são relações de poder, que servem de instrumento para análise interpretativa das transformações sociais e políticas e, nessa perspectiva, as políticas estatais são consideradas reflexos dos interesses do capital, sob a proteção do Estado. (ROCHA, 2005). A temática relacionada às políticas públicas, na perspectiva marxista, está diretamente relacionada com as instituições, pois cabe a elas a instrumentalização das transformações sócias e a concretização dos Direitos da cidadania. Não basta a proclamação de constituições, de direitos sociais como desejos generosos sobre o papel, é imprescindível concretizá-los e isso é tarefa das instituições, notadamente as

políticas e sociais que se constituem nos meios “[...] para alcançar a emancipação econômica da classe operária.” (RODRIGUES, 2011).

O sexto modelo é o neoinstitucional e propõe a superação dos modelos pluralista e marxista, ambos com ênfase analítica centrada na sociedade, para dar relevo às instituições, que deixam de ser meros árbitros neutros para se transformarem em atores e estruturas, personificadas no Estado e seu aparelhamento político, administrativo-burocrático e judicial. É na década 80 que o neoinstitucionalismo apresenta inovações ao introduzir um modelo analítico para as pesquisas relacionadas às políticas públicas, de sorte a explicar a natureza das políticas governamentais, partindo da premissa de que a sociedade civil é influenciada pelo Estado – *state-centered* – concebido como “[...] muito mais que um simples foro em que os grupos sociais formulam demandas e compreende lutas políticas ou estabelecem acordos” (SKOCPOL *apud* ROCHA, 2005, p.13).

Por isso, um dos aspectos relevantes do modelo neoinstitucionalista sobre a explicação das políticas governamentais, é o papel que o Estado e seus funcionários desenvolvem, sintetizado no papel da burocracia pública e os fatores que influenciam suas ações. Os “teóricos do Estado” partem de três princípios para explicar o modelo *state-centered*, cujas proposições se baseiam no seguinte: a) a ação estatal tem autonomia com relação às pressões sociais; b) o principal fator que afeta uma política é a política anterior, como efeito de experiências pretéritas; e, c) os especialistas de determinada área do saber, em conexão com os burocratas, têm papel preponderante no aprendizado sobre as políticas públicas, enquanto que o papel das políticas é secundário. O modelo institucionalista é orientado por um sistema próprio de ideias para o processamento de políticas públicas, ora no contexto da autonomia do Estado, portanto internamente por especialistas e burocratas; ora no contexto dos embates dos interesses em jogo, impulsionado por fatores sociais e, neste caso, operando a mudança paradigmática.

Outra categoria importante para o modelo neoinstitucionalista é a instituição e, por isso, Margaret Levi, supera a noção conceitual das instituições, apresentadas como um conjunto de regras regulamentadoras de comportamentos e faz uma distinção entre instituição e normas. Isto porque, no campo das políticas públicas o tipo de instituição que se relaciona aos fenômenos políticos são as instituições formais, definidas por Margaret Levi como um subconjunto particular de instituições, que são arranjos formais que agregam indivíduos e regulam seus comportamentos através de regras explícitas, escritas ou mediante acordos verbais ou costumeiros e processos decisórios,

implementadas por um ou mais atores legitimados pela ordem institucionalizada. As instituições formais, na concepção de Levi, são estruturas de poder, caracterizadas como regras socialmente construídas, refletindo uma particular distribuição de poder funcionando como redutoras de complexidade e, neste sentido, além das hierarquias internas no âmbito das quais se processa a implementação e a tomada de decisão, também possuem potencial para investir determinados atores de poder coercitivo a ser usado em face de outros indivíduos no ambiente social. (LEVI, 1991).

Concluída a abordagem sobre os modelos teóricos de análise das políticas públicas, far-se-ão breves apontamentos sobre a tipologia das políticas públicas, antes da abordagem acerca da noção conceitual de políticas públicas. Entende-se por tipologia de políticas públicas um esquema interpretativo e analítico, baseado em variáveis e categorias analíticas no âmbito das políticas públicas. (SECCHI, 2012). A tipologia da política pública permite definir o lugar em que ela se situa no contexto do conflito político e a estratégia a ser utilizada por aqueles responsáveis pela tomada de decisão acerca do conflito, cujos critérios identificadores são basicamente subjetivos. Para Wilson, citado por Parsons, um dos critérios pode ser o de custos e benefícios que podem concentrar ou desconcentrar uma política pública. Uma política pública que concentra seus benefícios em favor de um pequeno contingente de pessoas, mas custeados por um grande número de contribuintes, estabelece um desequilíbrio no âmbito da “felicidade” que a política pública pode proporcionar, revelando que ganhar e perder formam parte da agenda das políticas públicas. (PARSONS, 2007).

As políticas públicas, como visto anteriormente, podem determinar as políticas (*policy determines politics*), enquanto que a política nem sempre determina a política pública, por isso Lowi afasta sua análise dos enfoques elitista, pluralista e estudo de caso, como o desenvolvido por Dahl em New Haven e procura examinar a formação das coalizões na sua dinâmica de dar ou retirar apoio político no processo de formulação de políticas públicas. Para Lowe a percepção dos atores a respeito do resultado de determinada política pública (outcome), além de transformar o problema numa questão política (*issue*), determina, também as formas de apoio ou rejeição à decisão, considerando as diferentes arenas de poder, as quais classifica como sendo: distributiva, redistributiva e regulatória. (SOUZA, 2007; RODRIGUES, 2011).

Segundo Lowi, a classificação das políticas públicas pode ser definida em função do seu caráter distributivo, normativo, redistributivo e constitutivo, (PARSONS, 2007; SCHMIDT, 2008; FREY, 2005; SOUZA, 2006; FERNÁNDEZ, 2006), caracterizando políticas distributivas, redistributivas, regulatórias e constitutivas. A

política pública distributiva – tem como principal característica a distribuição de recursos que beneficiam alguns grupos, contudo, sem caráter universal, de beneficiários e o custo é difundido para toda a sociedade; enquanto que a política pública redistributiva, tem como principal, característica a concessão de benefícios que se concentram em favor de determinado contingente de beneficiários e o custo delas é desconcentrado sobre determinado contingente de contribuintes; a regulatória, tem como principal característica o estabelecimento de regras padronizadoras de comportamento relacionados com o exercício do poder de polícia, serviços públicos, segurança jurídica e, por fim, a política pública constitutiva, tem como característica a definição das regras que orientam os procedimentos gerais para a formulação de políticas, ou seja, “[...] compreendem as regras sobre os poderes e regras sobre as regras.” (LOWI apud SECCHI, 2017). [...] dizem respeito à dimensão da *polity*, à criação ou modificação das instituições políticas.” (SCHMIDT, 2008).

Escrito isso, encontramos na doutrina noções conceituais de política pública, dentre as quais, apontam-se algumas. Para Cristiane Derani, política pública é um “[...] fenômeno oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade. É fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais.” (DERANI, 2009, p. 131). Para Maria Paula Dallari Bucci, “[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 241). Para Renato Peixoto Dagnino, a política pública pode ser definida como “[...] um conjunto de conhecimentos, proporcionado por diversas disciplinas das ciências humanas, utilizados para buscar resolver ou analisar problemas concretos em política (policy) pública.” (DAGNINO, 2002, p. 160). Adita-se que no âmbito do Estado Democrático de Direito, a política pública pode ser conceituada, também, como o conjunto de programas de ações, políticas e administrativas, com o propósito de elaboração do plano de formulação, implementação e execução, com vista a alcançar metas através de resultados concretos, que o Governo institui para a resolução de interesse público, com provável, porém não exclusivo, foco na concretização de direitos fundamentais.

Essa é uma síntese dos tipos de políticas públicas elaborada por Lowi, esclarecendo, contudo, que existem outras classificações, cada uma com seus critérios e peculiaridades, como por exemplo, a tipologia de Gormley, que utiliza como critérios os níveis de saliência e de complexidade; a tipologia de Gustafsson, que utiliza como

critério a distinção entre o conhecimento e a intenção do *policymaker*; a tipologia de Bozeman e Pandey, que adotam como critérios a distinção entre conteúdo técnico e conteúdo jurídico, além da existência de outras formas de classificar as políticas públicas. Fez-se até aqui uma abordagem de caráter geral sobre as políticas públicas na perspectiva histórica, descrevendo os motivos que originaram as políticas públicas, referências aos principais autores de estudos das políticas públicas e uma ideia de suas teorias, modelos de políticas públicas, noção conceitual e tipologia das políticas públicas. Na sequência, far-se-á uma breve abordagem das políticas públicas no Brasil, com o intuito de dar uma ideia sobre o estado da arte das políticas públicas no cenário brasileiro.

2.2 Do estado da arte das políticas públicas no Brasil: um resumo.

Inicialmente, far-se-ão algumas considerações sobre o estado-da-arte do campo de conhecimento das políticas públicas no Brasil, com a finalidade de demonstrar, ainda que superficialmente, o estágio em que se encontram, inclusive as instituições, regras e modelos reitores das tomadas de decisões, da elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas, cujo embrião está na produção acadêmica sobre o Estado brasileiro. A reflexão inicial sobre o Estado brasileiro foi de uma forma mais generalista, como entidade monolítica e aos poucos foi assumindo um caráter empírico, logrando uma maior especialização na produção científica “[...] e com crescente penetração e legitimidade intelectual do ideário liberal. O que denominando de área das políticas públicas recobre exatamente essa última produção.” (MELO, 2002, p.61).

Os estudos sobre políticas públicas no Brasil são recentes, com ênfase na análise das estruturas ou instituições ou sobre processos específicos de políticas públicas setoriais, *policy-analyses*. (FREY, 2000). Os trabalhos sobre políticas públicas focados na *policy-making*, abordaram questões relativas à agenda desenvolvimentista, compreendendo além do planejamento econômico, políticas industriais ou de desenvolvimento regional, entre outras, tendo como uma das balizas teóricas, utilizadas pelos investigadores brasileiros, o corporativismo, com foco nos processos de formação de políticas públicas intermediadas por interesses, em especial da elite empresarial, com apoio nas contribuições de Schmitter e a outra foi a ideia de

autoritarismo burocrático de Guillermo O'Donnell, mas que no conjunto essa onda de produção acadêmica demonstra um certo “encantamento” pelo Estado. (MELO, 2002).

Outra onda empírica de estudos acadêmicos sobre políticas públicas, marcadamente sociológica, com forte conotação social e a introdução da noção de cidadania regulada, se deu no final dos anos 70 e início dos anos 80, balizados por estudos que introduziram um marco comparativo, tendo por objeto o *Welfare State*, o que permitiu um refinamento analítico, ancorado na abordagem marxista, cujas análises contribuíram para a formulação de teorias que permitiram a discussão sobre os tipos ou regimes de bem-estar social e apresentando como variáveis independentes, os partidos políticos, os sindicatos, a burocracias e os legados históricos. O empirismo foi se impondo e aos poucos substituiu os ensaios ou pesquisas de natureza mais generalista, provocando uma diferenciação temática no âmbito das várias áreas da política e, conseqüentemente, novas áreas passaram a ser sistematicamente pesquisadas, o que resultou numa literatura especializada, destacando-se estudos sobre política de terras, política industrial, de energia, pecuária de corte, planejamento urbano e, no campo das políticas sociais, foram desenvolvidos estudos sobre a previdência social, política de saúde, entre outros. (MELO, 2002).

A análise das políticas públicas, fortemente impulsionada pelo processo de democratização, experimentou um *boom* na década de 80, especialmente em razão da relação entre regime político e produção de políticas públicas e, pelas relações causais entre os vários atores numa arena democrática, além da institucionalização pluralista das políticas públicas, cujo fenômeno teria sido desencadeado por três fenômenos: a) o deslocamento da agenda pública, para um projeto reformista da Nova República, despontando um novo tipo de pesquisa focado nas questões envolvendo o *modus operandi* do Estado, a partir de um novo desenho institucional orientado pela descentralização, participação, transparência, e redefinição do *mix* público-privado nas políticas, portanto, numa dupla perspectiva: “[...] um fim em si mesmo e como precondição para maior eficácia da ação do Estado”; b) o “desencantamento” em relação ao Estado, porque permaneciam os obstáculos para a concretização de políticas sociais, o “[...] que levou a um maior interesse sobre as condições de efetividade da ação pública e, c) a ideia sobre a necessidade de reforma do Estado, modificou a agenda das políticas públicas nos anos 80 e 90, centralizou a abordagem nas questões relativas à eficiência de políticas e programas, em que o “encantamento” da ação estatal dá lugar, ainda que embrionariamente, à sociedade civil. (MELO, 2002).

Nas palavras de Celina Souza, foram três os fatores que contribuíram para o aumento da visibilidade das políticas públicas a partir da década de 80. O primeiro decorre das políticas que restringiram os gastos e investimentos públicos, o que obrigou a maioria dos países, em especial os em desenvolvimento, redesenhar suas políticas públicas; o segundo, é um efeito do primeiro fator, em que as políticas keynesianas foram substituídas por outras, restritivas de gastos e investimentos, implicando em ajustes fiscais, tendo como mote o equilíbrio orçamentário entre receita e despesas, restringindo a intervenção do Estado na economia e nas políticas sociais e, por fim, o terceiro, relacionado com o processo de redemocratização, notadamente os países da América latina, que ainda não conseguiram equacionar a questão envolvendo políticas públicas que possam impulsionar o desenvolvimento econômico e a promoção social includente. (SOUZA, 2006).

Entre as décadas de 80 e 90 dois fatores contribuíram decisivamente para as mudanças de comportamento do Estado e suas relações com a ordem social e econômica, e, por consequência, na formulação de políticas públicas, que são a democratização da política e a liberalização econômica. (SALLUN JR, 2003). Nesse contexto, foi desenvolvido um novo conjunto de pesquisas no Brasil, tendo como norte a reforma do Estado e como variável conceitual principal o Estado, centradas na questão da autonomia e capacidade do Estado – Estados “fortes” e “fracos”, mediado pelo ideário neoliberal. Essas pesquisas, de certa forma, reatualizam o tema das relações entre o regime político e o padrão de intervenção do Estado na economia e na sociedade. Segundo Melo (2002), essas pesquisas podem discernir-se em “duas gerações” de estudos, sendo que a primeira “[...] *centrou-se no impacto diferencial da transição democrática sobre a condução das políticas de reformas de mercado*” (itálico no original) e a segunda, “[...] *deslocou o eixo de análise do regime (democracia, autoritarismo, etc.) para a discussão do impacto das instituições formais sobre as políticas*” (itálico no original). (MELLO, 2002, p.83-84).

A primeira geração inicialmente focou as pesquisas sobre a democracia *versus* racionalidade econômica, com destaque para a capacidade de insulamento (isolamento) das elites burocráticas para efeitos de proteção e garantia da racionalidade econômica, mediadas pela autonomia decisória e orientadas pelo princípio da prevalência da racionalidade técnica sobre a racionalidade política, em face das pressões decorrentes da dinâmica eleitoral e dos grupos de interesse, como por exemplo: autonomia dos bancos centrais, recrutamento meritocrático, entre outros, o que revela um padrão tecnocrático na formação das políticas públicas. (MELO, 2002).

Aos poucos, contudo, surgiram novos trabalhos que expressavam maior cautela no tocante as relações de causalidade entre regime e desempenho econômico, questionando “o mito das vantagens do autoritarismo”; outros trabalhos apontavam para o déficit de controle (*accountability*), tanto horizontal, quanto vertical, assim como da democracia. Nesse contexto, as críticas ao insulamento burocrático foram no sentido de que ele, por si só, provoca ingovernabilidade, debilita o enraizamento social, dificultando a implementação de políticas públicas, pois exigem cooperação, coordenação e legitimidade. (MELO, 2002).

Enquanto que a primeira geração de estudos sobre a reforma do Estado estava centrada no insulamento burocrático, a segunda geração, é fortemente institucionalista, tendo como foco principal o “[...] impacto das variáveis explicitamente político-institucionais na explicação dos padrões diferenciados de reforma do Estado”, o que se deu por orientação do neo-institucionalismo, alimentado por três desenvolvimentos: a) a emergência do neo-institucionalismo na ciência política; b) pelo fracasso das experiências de reforma do Estado em parte dos países da América Latina e do Leste Europeu; e, c) a substituição da gestão macroeconômica pela gestão setorializada, por meio da institucionalização das agências reguladoras. A justificativa para o neo-institucionalismo econômico, apontado por instituições multilaterais, tinha como base a necessidade de superar as deficiências da estrutura político-institucional e fatores como a fragilidade do Judiciário e do sistema de propriedade, inexistência de um marco institucional adequado para a execução de decisões políticas, assim como credibilidade por parte de quem toma as decisões políticas, problemas institucionais relacionados com a natureza horizontal (Judiciário, Legislativo e Executivo) e vertical (federalismo), debilidade administrativa e o regramento eleitoral e partidário. (MELO, 2002).

Na perspectiva neo-institucionalista, a literatura brasileira centrou-se em dois temas específicos, que são o federalismo brasileiro e o papel do Congresso Nacional na formulação e implementação das reformas, o que provocou um deslocamento da ênfase sobre processos decisórios da burocracia executiva para a seara legislativa e fatores de ordem institucional. A genealogia que institucionalizou a análise da política pública no Brasil guarda aproximação com a trajetória europeia continental, que se caracteriza pelo distanciamento das ciências sociais da gestão de governo, porque essa tarefa esteve associada a entidades governamentais. Esse quadro, contudo, começa a se modificar em 1983, com a instituição do Grupo de Trabalho de Políticas Públicas, no âmbito da Associação brasileira de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais-Anpocs e em 1984, com a criação da primeira instituição universitária

com o propósito de desenvolver estudos de análise de políticas públicas, o Núcleo de Estudos de Políticas Públicas (NEPP), da Universidade Estadual de Campinas, dando início a gradativa consolidação da comunidade de pesquisadores universitários sobre o tema política pública, fora das entidades governamentais. (MELO, 2002).

Hoje existe o chamado Campo de Públicas, formado por instituições de associações acadêmicas como a FENEAP, SBAB e ANEPCP, além de entidades como ANPEC, ANPAD, ANPOCS, ANPUR, ABCP, SBS que já organizaram eventos e contribuem para a produção de conhecimento em políticas públicas, (SECHI, 2016), além de programas de pós-graduação *stricto sensu* em Universidades, como a Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC; a Universidade Federal do Paraná-UFPR, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul-UFRGS, a Universidade do Estado do Ceará-UECE, a Universidade Federal do Maranhão-UFMA, Universidade Federal do ABC-UFABC, a Fundação Getúlio Vargas-FGV, entre outros, o que dá uma demonstração da importância e, por consequência, visibilidade ao tema, mas que ainda carece de estudos aprofundados e ampliados, além de abordagens diferentes, que possam contribuir para outros olhares sobre as políticas públicas, como por exemplo, a abordagem sistêmica.

2.3 Da política pública na perspectiva sistêmica.

Considerando o problema da tese, sintetizado na pergunta sobre quais diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar as políticas públicas para acesso, proteção e uso do Direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, assim como seu conceito?, far-se-á uma abordagem da análise da política pública orientada pela Teoria dos Sistemas, com a finalidade de estruturar uma base teórica que servirá de suporte para a resolução do problema da tese, pois, entende-se que a noção sistêmica da política pode responder à insatisfação gerada pelas análises fragmentadas, o que impede a análise que engloba as atividades, as instituições e, sobretudo, o comportamento no âmbito da vida política. A política pública, como visto anteriormente, envolve demandas públicas que precisam ser solucionadas através de um processo de intencionalidade racional, numa perspectiva multidisciplinar, condicionado pelas escolhas políticas feitas pelos atores que estão investidos de poderes conferidos pelo sistema e instrumentalizadas pelo Direito, o que

confere aos beneficiários o *status* de Direito público subjetivo, com vistas a orientação para a solução de um problema público (*public problem oriented*) e o consequente estabelecimento de vínculos entre a esfera pública e a sociedade.

Os primeiros estudos de análise de política pública na perspectiva sistêmica foram desenvolvidos por David Easton – modelo sistêmico –, para o qual uma política pública (*policy*) compreende uma teia de decisões que alocam valor. (EASTON, 1953). O modelo sistêmico de política pública de Easton, possui identificação com a teoria sociológica funcionalista, chamado de funcionalismo estrutural ou estrutural-funcionalismo, que tem entre seus fundadores, Talcott Parsons e Robert Merton, o qual consiste numa adaptação do funcionalismo antropológico à análise da sociedade moderna, tendo como base teórica, o entendimento de que a sociedade se assemelha a um organismo vivo, composto de órgãos, cuja função é a de se reproduzir. (VIANA, 2006). Easton, fortemente influenciado pela Teoria dos Sistemas de Ludwig von Bertalanffy, tinha como propósito uma teoria geral ou um esquema geral unificado que permitisse uma análise uniforme e compreensível da vida política em suas múltiplas manifestações, interessando-se, em especial, pelos mecanismos que possibilitam a manutenção dos sistemas políticos num mundo em permanente transformação. (ARNOLETTO, 2007).

Niklas Luhmann parte da noção de mundo (*Welt*) ao referir o mundo circundante ou mundoambiente (*Umwelt*) (LUHMANN, 2005, p.136) como um ambiente altamente complexo e, por consequência, caótico, no âmbito do qual a capacidade sensitiva do homem é incapaz de racionalizar as possibilidades que se apresentam. Esclarece-se que, para Luhmann, existe complexidade “[...] sempre que existem mais possibilidades do que se pode realizar” e por contingência “[...] o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas” (LUHMANN, 1983, p.45). “Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos” (LUHMANN, 1983, p. 46).

Por isso, para Luhmann, a solução para entender a complexidade da sociedade moderna não estava nas bases epistêmicas da sociologia, mas em outras disciplinas, como autopoiese, encerramento operativo, acoplamento estrutural, estrutura, tempo, das quais foram extraídos elementos que pudessem interessar à sociologia. (LUHMANN, 2008). Isso porque a Teoria dos Sistemas supera o pensamento analítico, fundado no princípio do silogismo, porquanto abandonou “[...] a visão cartesiana da mente como uma coisa, e de ter percebido que a mente e a consciência não são

coisas, mas processos.” (CAPRA, 2002, p.49). Representa uma ruptura completa com o método racionalista clássico, analítico, cartesiano, substitui o conceito de sujeito, estabelece a diferenciação entre sujeito-objeto, atribuindo às relações decorrentes de operações entre os sistemas como sendo comunicações, no qual o propósito é criar diferenças que possam depois ser incluídas em novas comunicações, que de forma circular vão fortalecendo as distinções entre os vários sistemas, facilitando ao observador identificar as unidades que são distintas entre si, pois adquiriram identidades próprias. (BECHMANN e SHER). Descartes rompeu com a tradição aristotélica – o raciocínio formalmente estruturado que supõe certas premissas, ou seja, o silogismo, para alcançar uma conclusão – separando o sujeito e o objeto do conhecimento, desenvolvendo o método analítico. (CAPRA, 2006).

Se por um lado a ciência moderna especializou cada vez mais as estruturas teóricas dos campos do saber, por outro lado, contribuiu para a existência de modelos, princípios e leis que podem ser aplicados a sistemas generalizados ou suas subclasses, mesmo diante de tipos particulares, da singularidade dos elementos que os compõem e das relações ou forças que atuam sobre eles, o que legitima a exigência de uma Teoria dos Sistemas com princípios universais capazes de serem aplicados aos sistemas em geral, portanto, uma ciência geral da “totalidade”, sintetizada na ideia de uma Teoria Geral dos Sistemas, cujos propósitos podem ser identificados como: uma tendência sistêmica integrativa das várias ciências, naturais e sociais, centralizando-se em uma teoria geral dos sistemas, podendo ser um importante meio para alcançar uma teoria exata nos campos não físicos da ciência; o desenvolvimento de princípios unificadores que atravessam “verticalmente” o espaço das ciências individuais, aproximando-se da ideia de unidade da ciência, o que pode conduzir à integração da educação científica. (BERTALANFFY, 2008).

Assim como Easton, Luhmann também bebeu na vertente parsoniana do estrutural-funcionalismo, que tem a Teoria dos Sistemas como foco principal para a compreensão da complexidade que caracteriza mundo contemporâneo. Para Luhmann, o mundo é a unidade referencial máxima e única, porque todos os sistemas e entornos cabem dentro dele, ou seja, todos os acontecimentos ocorrem em seu interior e todos os acontecimentos constroem a complexidade, por isso, a complexidade é o problema analítico central da Teoria dos Sistemas luhmaniana. Luhmann acolheu a ideia de integração entre as várias ciências proposta por Bertalanffy e renovou a Teoria dos Sistemas, adicionando a vertente parsoniana do estrutural-funcionalismo e também o referencial teórico dos neurocientistas, Humberto Maturana e Francisco Varela – de

sistemas auto-referenciais –, além do conceito de complexidade observado em duas perspectivas: uma, como sinônimo de modernidade e, a outra, como categoria analítica que serviu de suporte para a diferenciação entre sistema e entorno e, também, a diferenciação funcional entre os subsistemas sociais, o que resultou na Teoria dos Sistemas autopoieticos social e do Direito.

Além da base teórica desenvolvida sobre a Teoria dos Sistemas, foi a adição da noção de sistemas biológicos – desenvolvidos por Humberto Maturana e Francisco Varela – na Teoria dos Sistemas sociais, proposta por Luhmann, que estabeleceu um marco teórico-referencial-inovador, pois introduziu a noção de autopoiese. Isso, contudo, somente foi possível graças à diferenciação funcional entre os diversos sistemas sociais e, também, a diferenciação entre sistema social e entorno, superando a noção estrutural-funcional parsoniana pela funcional-estrutural, porque para ele são as funções desenvolvidas pelo sistema – variação, seleção e estabilização – que reestruturam os sistemas continuamente. Portanto, o pano de fundo da Teoria dos Sistemas luhmanniana compreende a funcionalidade dos sistemas, a operação fechada, a cognição aberta e a elevada complexidade e contingencialidade da sociedade, visto que os sistemas sociais observam-se a si mesmos, estabelecendo a diferença entre sistema/entorno, o que leva a entender que a auto-observação é um momento operativo da autopoiese do sistema, porque a reprodução dos elementos deve se basear na diferença entre sistema e entorno. (MANSILLA, 2005).

Não se trata de uma teoria prescritiva ou descritiva, mas uma teoria que constroi observações acerca dos processos e da estrutura da sociedade, de onde se irradiam as bases teóricas que influenciaram a sua Teoria dos Sistemas, a saber: a Teoria dos Sistemas, a teoria da comunicação e a teoria da evolução. A primeira conta com um conjunto integrado de conceitos, com a pretensão de aplicabilidade a todos os sistemas sociais e, em particular, explicar a sociedade globalizada e todos os fenômenos próprios dos sistemas parciais; a segunda tem a sua relevância pautada nas comunicações, lugar central na compreensão da sociedade moderna; a terceira, tem a sua importância focada na evolução, baseada na biologia, em que a diferenciação resulta da evolução orientada pela variação, seleção e estabilização, que vão dando origem aos distintos ordenamentos sociais, afastando assim, a ideia de uma planificação inicial. (MANSILLA, 2005).

Os sistemas sociais, na perspectiva luhmanniana, caracterizam-se como autorreferenciais e autopoieticos, cuja ideia nuclear é a de que a “[...] maior parte dos objetos da física, astronomia, biologia e sociologia formam sistemas” (ROCHA, 2005,

p.14). Para Ludwig von Bertalanffy, da confusão e das contradições das teorias sociológicas contemporâneas é possível extrair uma única conclusão: “[...] os fenômenos sociais devem ser considerados ‘sistemas’, por mais difíceis e mal estabelecidas que sejam atualmente as definições das entidades socioculturais” (BERTALANFFY, 2008, p.26) e “[...] se distinguem uns dos outros pelo sentido que cada um dá às relações e eventos no mundo social.” (KING, 2009. P.79). É a superação do pensamento analítico, fundado no princípio do silogismo, porquanto abandonou “[...] a visão cartesiana da mente como uma coisa, e de ter percebido que a mente e a consciência não são coisas, mas processos” (CAPRA, 2002, p.49).

Para Leonel Rocha, “O sistema seria um conjunto de partes diversas que constituem um todo organizado com propriedades diferentes daquelas encontradas na simples soma das partes” (ROCHA, 2005, p.14). “Os sistemas sociais se apresentam como sujeitos epistêmicos autônomos, pois possuem a capacidade de se autoproduzir, de se auto-observar e de se autodescrever, tornam-se autopoieticos” (LOPES JR., 2004, p.2). Deixam-se de lado as certezas próprias do estilo linear cartesiano para dar lugar às incertezas, diante da impossibilidade de o homem dominar todo o conhecimento existente no mundo. Quanto mais complexo é o mundo, maiores são as possibilidades de diferenciação funcional, o que dificulta a compreensão pelo método analítico, visto que quanto mais comunicações são produzidas, maior é a complexidade e a contingência. Por isso impõe-se a redução de complexidade, para que a vida possa ser orientada por uma racionalidade de aproximação e não por relações de causa e efeito rígidas, visto que tudo o que existe pode ser comparado com outras possibilidades. “O funcionalismo busca um enquadramento conceptual básico de referência, com o qual possa fazer justiça a essas exigências de extrema complexidade. A problematização da estabilidade do sistema tem esse sentido.” (LUHMANN, 2005).

É a diferenciação entre sistema e ambiente que proporciona a redução de complexidade, pois o sistema observa a variação dos elementos – informações geradas no ambiente, inclusive por outros sistemas, que são considerados ambiente/entorno para os demais sistemas – e seleciona contingencialmente algumas informações que fazem sentido para o sistema, modificando suas estruturas e reestabilizando-se num processo recursivo e circular, condensando as decisões por força da repetição das operações, é uma reutilização consistente. Destarte, sistema e ambiente, a despeito de sua diferenciação, são complementares, porquanto compõem a complexidade da sociedade como um todo. Nesse sentido, a informação “[...] reduz a

complexidade, na medida em que permite conhecer uma seleção, excluindo, com isso, possibilidades, e, no entanto, também pode aumentar a complexidade” (LUHMANN, 2011, p.141).

As informações resultam das comunicações, que são as operações do sistema, por isso, para Luhmann, o elemento central da Teoria dos Sistemas é a comunicação, conseqüentemente os sistemas sociais são entendidos como sistemas comunicativos. A comunicação é uma característica dos sistemas sociais, por isso “[...] o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as comunicações entre os sistemas e seus elementos. O indivíduo não pode ser considerado como o elemento formador do sistema social” (TRINDADE, 2008, p.34). Todavia, Luhmann, não exclui o homem do sistema social, visto que ele é comandado por um sistema psíquico, embora não seja ele que forma a sociedade e sim as suas comunicações, pois, ao invés de o homem deter a linguagem como ferramenta da comunicação, é a comunicação que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento, de sorte que o homem é a ferramenta e não a comunicação. Cada indivíduo possui um sistema psíquico operativamente fechado – pensamento/consciência e cognitivamente aberto –, quando interage com os outros sistemas psíquicos e sociais. Enquanto os “[...] sistemas físico-psíquicos percebem e agem, os sistemas sociais comunicam” (LOPES JR., 2004, p.12).

Isso quer dizer que os sistemas sociais não pensam e os sistemas físico-psíquico não comunicam, porque existe um necessário enlace entre os dois sistemas, pois que se isto não ocorresse não existiriam sistemas sociais, por falta de comunicação. O enlace se dá porque os sistemas psíquicos conseguem “sair” de sua autorreferencialidade e atrair o outro para o seu “[...] ambiente e o influenciando através de estímulos para avaliar suas reações” (LOPES JR., 2004, p.14). Este processo interativo se dá pela comunicação, pois é ela que “[...] permite transcender a esfera da psique individual para o enlace interacional” (LOPES JR., 2004, p.14). Contudo, o processo comunicativo, na perspectiva luhmanniana, não pode ser visto como um processo de ‘transmissão de informação’ visto que nada se transmite. O emissor da mensagem não se desfaz da informação, apenas faz a emissão da informação, pois é o receptor quem distingue a informação da comunicação e transforma aquelas seleções em comunicação. De acordo com Maturana “[...] a validade do que eu digo não depende de mim, mas de quem escuta” (LOPES, JR., 2004, p.14), ou seja, é o receptor que em última análise confirmará se houve ou não comunicação.

A comunicação e não a transmissão de alguma coisa importam para a Teoria dos Sistemas e assim, se a seleção da informação e da mensagem não for compreendida pelo receptor não haverá comunicação, pois não existe comunicação se *Ego* expressa algo, com base na seleção de uma informação, e *Alter* não entende a mensagem. Não bastam as seleções da informação e da forma como ela é comunicada, é necessário que o receptor entenda a mensagem e o seu conteúdo para que a comunicação aconteça. Acontecendo a ação comunicativa, abrem-se novas possibilidades para emissor e receptor, com novas seleções de informações, formas de comunicar e de entender a informação emitida. “Portanto, sempre que uma ação comunicativa seguir outra, prova que a comunicação ulterior foi compreendida” (LOPES JR., 2004, p.15). Nas palavras de Luhmann, obtém-se “[...] a comunicação mediante uma síntese de três diferentes seleções: a) a seleção da informação; b) a seleção do ato de comunicar; e, c) a seleção de realizada no ato de entender (ou não entender) a informação e o ato de comunicar.” (LUHMANN, 2011, p.297).

De acordo com o entendimento de Luhmann, o processo comunicativo só ocorre quando as três seleções se efetuam, formando a unidade do processo de comunicação. Não basta a seleção da informação ou do ato de comunicar: é crucial que estas seleções façam a interação com o receptor e, além disso, que esse faça a distinção entre a informação selecionada e a forma de comunicar (mensagem). “O ato de entender a comunicação atesta uma distinção entre o valor da informação e o seu conteúdo, separando-o das razões que foram selecionadas para partilhar a referida informação.” (LUHMANN, 2011, p.297).

Sem entender a informação emitida não existe comunicação, por isso, o ato de comunicar é operacionalizado por meio de seleções, porque cada sistema seleciona aquilo que lhe interessa e processa a informação, quando o sistema “[...] elabora o seu próprio entendimento e a sua própria incompreensão; e, para tanto, o sistema cria seu próprio processo de observação e autocontrole.” (LUHMANN, 2011, p.298). Isto tudo quer dizer que a comunicação é uma operação própria dos sistemas sociais. “É uma operação puramente social porque pressupõe o envolvimento de vários sistemas psíquicos sem que se possa atribuí-la exclusivamente a um ou outro destes sistemas: não pode haver comunicação individual” (RODRIGUES e NEVES, 2012, p. 60-61). É a comunicação que cumpre os requisitos da autopoiese que são “[...] a unidade, limite e capacidade de relacionar operações posteriores a partir de anteriores, ou seja, depende de si mesma para prosseguir” (RODRIGUES e NEVES, 2012, p.61).

Para Luhmann, são sistemas autopoieticos os que se auto-observam, autorreproduzem-se e se autodescrevem, portanto, autorreferentes e autorreferenciais, os quais surgem em face da dupla contingência e as consequentes operações comunicacionais, ou seja, a solução para a dupla contingência é o processo comunicativo, e sem comunicação não existe sistema social autopoietico. É sob esse prisma que “El concepto de sistema social tiene como marco de referencia la teoría general de los sistemas, que echa las bases para describir cualquier tipo de sistemas” (BARALDI, 2006, p.208). Assim, para Luhmann, existe sistema autopoietico “[...] en todos los casos en los que se está en la posibilidad de individualizar un modo específico de operación, que se realiza al y solo al interior” (ESPOSITO, 2006, p.39). O termo “[...] autopoiese é a fusão de dois termos: ‘auto’, que se refere ao próprio objeto, e ‘poiese’, que diz respeito à reprodução/criação” (TRINDADE, 2008, p.71) e o critério que define “[...] um sistema social autopoietico é que ele deve conter e constituir ‘uma representação da sociedade dentro da sociedade’.” (KING, 2009. P.79).

Sistema e entorno diferenciam-se posto que tudo aquilo que não está relacionado ao sistema é considerado como entorno, inclusive os outros sistemas que coexistem na mesma dimensão espaço-temporal, assim, como os seres humanos que são considerados como o entorno psíquico dos sistemas sociais. Todos os sistemas sociais são autorreferenciais porque operam com base nas suas próprias operações constituintes, que produzem atualizações permanentes que nada mais são do que o resultado da autopoiese. (RODRIGUES e NEVES, 2012). Os próprios sistemas sociais ao se comunicarem com outros sistemas, estabelecem uma rede de comunicação e produzem seu próprio sentido. (KING, 2009). “Sem comunicação não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade e superação da dupla contingência.” (AMADO, 2004, p.304).

Contudo, como o ambiente é demasiadamente complexo para que se estabeleça uma comunicação racionalmente possível, a diferenciação funcional vai forjando o surgimento dos sistemas sociais e assim cada sistema “[...] há de operar uma forma de seleção continuada, que em todo momento permita discernir qual comunicação pertence ao sistema e qual fica fora dele” (AMADO, 2004, p.309). Somente assim é que os sistemas podem operar em face do ambiente, ou seja, por meio da seleção de informações que fazem sentido, com a finalidade de redução da complexidade e estabilização das expectativas, estabelecendo uma circularidade que se mostra recursiva e, por consequência, autopoietica. A autopoiese caracteriza-se pela

possibilidade efetiva de se autorreproduzir por meio de processos comunicativos limitados pelo código binário e impulsionado pela estrutura, que são as expectativas que precisam ser reestabilizadas. Isto quer dizer que a evolução do sistema – autopoiese – depende da variação, seleção e reestabilização do sistema e isso somente ocorre, pois os sistemas funcionam operativamente fechados, de sorte que “[...] esta clausura constituye la base de la autonomia del sistema em cuestión y permite distinguirlo de su entorno.” (ESPOSITO, 2006, p.40).

Nas palavras de Luhmann, é no interior do próprio sistema que ocorre a operação clausurada, por força da auto-observação e, por isso no momento do processamento, não pode alcançar o que está no entorno. Contudo, “[...] nenhum sistema pode evoluir a partir de si mesmo.” (LUHMANN, 2011, 128). Isto, porque a evolução é o resultado da diferenciação e das comunicações, que se processam através da auto-observação pelo sistema em face do entorno. “Esto permite al mismo tiempo entender que toda observación del entorno estimula la autoobservación, y toda distancia ganada respecto del entorno trae consigo la pregunta por la propia identidad —por el sí mismo.” (LUHMANN, 2006, p.66). A autopoiese, como ideia, é fruto de uma necessidade instrumental que possibilita pensar o que antes não havia como pensar, pois o sistema não é nem aberto, nem fechado. (ROCHA, 2005).

Trata-se de uma proposta inovadora que tem como ideia fundante a possibilidade de o sistema atuar cognitivamente aberto e operativamente fechado, o que significa que o sistema seleciona no ambiente, informações que lhe fazem sentido e as integram na sua estrutura por meio do processamento, passando a servir de aparato para a manutenção da sua autorreferenciabilidade operativa, ou seja, autorregula-se através da sua identidade (código binário). (TRINDADE, 2008, p.85). A evolução do sistema somente ocorre, quando eventos irritam, perturbam o ambiente, forjando às vezes, cujas comunicações podem provocar acoplamentos estruturais entre os subsistemas autopoieticos existentes no ambiente. Por isso, a evolução é o efeito da reação do sistema à variabilidade social e, neste sentido, são três os mecanismos que condicionam o processo evolutivo, a saber: variação, seleção e estabilização. A estabilização não interrompe o processo autopoietico, dado que o processo evolutivo se manifesta através da circularidade, dado que uma vez estabilizada a seleção feita pelo sistema, essa abre novas possibilidades que gerarão novas variações – comunicações, e, por consequência, novas seleções e estabilizações para manter “vivo” o sistema.

A estrutura do sistema se forma a partir da diferenciação, sistema/ambiente, porque é ela que estabelece os limites para a seleção das comunicações a serem processadas interna e clausuradamente e, assim, cada sistema vai se organizando e reorganizando continuamente através da tomada de decisões que se materializam em comunicações para o ambiente/entorno. Todavia, o exercício e a concretização das funções de cada sistema social, pela tomada de decisões, necessitam de organização “[...] que es la realización de la autoridade o de la producción. Em cualquier caso es um fenómeno de relevância para la sociedade global” (LUHMANN, 2005a, p.3). “Las organizaciones son em eso sistemas sociales que se permiten tratar al comportamiento humano tal como si fuera un decidir.” (LUHMANN, 2005a, p.45). São sistemas complexos que estabelecem comunicações com o ambiente, estruturadas pelo código binário: decidir/não decidir, com o objetivo de reduzir a complexidade. Assim, toda decisão tomada tem como finalidade a estabilização de expectativas, mas ao mesmo tempo, produz um paradoxo, porque ao decidir, não decide, visto que a decisão recai sobre uma escolha entre as possíveis, o que automaticamente descarta as demais.

Todavia, a decisão não se resume na eleição de alternativas, porque a ela se agregam outras características relacionadas com a função decisória, como a que as decisões devem manter a unidade no sentido de que a decisão antecedente se torna o ponto de referência para a decisão futura; a ficção de que a decisão é tomada por um decisor, quando a rigor a decisão é produzida por uma rede de decisões no âmbito da organização. (LUHMANN, 2005a). Ao variar a constelação de alternativas visíveis, varia também a decisão, de sorte que as organizações unem decisões a decisões – condensação – e se encontram em torno de maior complexidade, já que possuem a prerrogativa de reduzi-la devido ao caráter seletivo próprio de decidir. (MANSILLA, 2005).

No modelo sistêmico, o Estado Democrático de Direito, confere autonomia à política e ao Direito, com base em códigos binários e programas próprios, reconhecendo-os como sistemas diferenciados funcionalmente e autopoieticos, a política como esfera da tomada de decisão coletiva vinculante e o Direito como esfera geradora de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente. O Estado de Direito, na perspectiva do modelo teórico sistêmico, pressupõe que as decisões do sistema político se subordinam ao Direito, o que não implica “[...] indiferenciação do poder político sobre o jurídico” (NEVES, 2006, p. 89. Porque é o Direito que define quando o exercício do poder é lícito e quando não é; por outro lado, para o Direito é fundamental a legislação controlada e deliberada pelo sistema político. Existe, portanto,

uma interdependência entre os sistemas político e jurídico, em que por um lado o Direito “modela” o exercício do poder político na perspectiva do que é lícito e do que não é, e, por outro lado, a política contribui para “modelar” o Direito porque ela, a política, tem a sua “matéria prima” informações que resultam de decisões políticas. (NEVES, 2006).

Com as prestações, contudo, é diferente, pois os sistemas podem buscar equivalentes funcionais e a realização de prestações recíprocas, com vistas a assegurar, não expectativas normativas, mas comportamentos intersubjetivos e solução de conflitos. Contudo, o Direito não resolve conflitos externos, apenas seus próprios conflitos internos. (NEVES, 2006). Por isso ele “empresta” os seus programas – leis, processos, decisões, etc., para a composição de conflitos que têm por objeto eventos de outros subsistemas. Exemplificando: o processo eleitoral integra o sistema político e, na hipótese de surgir um conflito relacionado com o processo eleitoral, o conflito não será dirimido por meio do sistema político, mas por meio de prestações do sistema jurídico. Assim, cada sistema cumpre funções distintas, mas isto é insuficiente para assegurar expectativas normativas, estabelecer comportamentos sociais e compor conflitos, por isso os subsistemas “prestam serviços” aos demais subsistemas, cabendo ao Direito orientar comportamentos por meio da produção de liberdades artificiais, superando o entendimento de Hobbes, de que ao Direito caberia apenas proteger as liberdades naturais (LUHMANN), 2005, p.216).

A política pública, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, é observada de modo complexo e não metafísico, envolvida numa trama de relações, que resulta do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, o que parece ser adequado em face do constitucionalismo contemporâneo, que tem os Direitos fundamentais e a democracia como seus pilares estruturantes. A política pública é decisão que se configura como comunicação produzida pelo sistema político, através da tomada de decisões pelas organizações, no âmbito de suas competências, tendo como efeito importante e necessário a diferenciação funcional, por força da qual a política pública adquire identidade, o que lhe permite acoplar instrumentos como serviço público e o poder de polícia, no contexto do regime jurídico da política pública. (RECK, 2018). São as conexões contingenciais, decorrentes das operações produzidas pelo Direito e pela política, que dão identidade e conteúdo às políticas públicas – unidade na pluralidade – afastando-se da ideia de que existe uma essência a ser revelada pela linguagem, porque o “[...] conhecimento reside na observação dos processos de produção de sentidos sociais.” (RECK, 2011, p.62).

No contexto da política pública é inescusável estabelecer uma distinção entre o sistema da política, para o qual interessam todas as comunicações que podem gerar decisões vinculantes à comunidade, ainda que difusas, inconstantes e desorganizadas, da organização política, que é o Estado e seu instrumental, agentes, órgãos e competências, como organização sistêmica do poder político. É a organização política que simboliza a unidade da diferença entre a política e o sistema jurídico, portanto, é a parte do sistema da política, que seleciona e processa as comunicações oriundas do público e, por força do acoplamento do sistema da política com o sistema do Direito, que as decisões políticas são revestidas de caráter jurídico. Assim as organizações políticas servem de instrumento político para a cidadania atuar sobre si mesma, intersubjetivamente, produzindo um panorama emancipatório, tendo em vista que neste contexto a cidadania pode estabelecer comunicações, como por exemplo, as que têm por finalidade a concretização de direitos fundamentais, através de programas jurídicos, finalísticos e condicionais, no ambiente complexo e contingente.

Se por um lado, a função, a estrutura e os programas das organizações políticas, diferem do Direito, por outro lado, enquanto sistema, se estruturam utilizando a linguagem jurídica, de sorte que as decisões vinculantes para toda a comunidade, resultante das decisões da política, se apresentam como comunicações jurídicas, o que em termos sistêmicos significa que tanto as decisões políticas, coletivamente vinculantes, quanto os programas jurídicos – normas – são equivalentes funcionais, pois geram sentidos simultâneos em ambos os sistemas. Essa simetria entre as decisões políticas e jurídicas é essencial para delimitar a identidade do sistema organização política, pois é através de suas operações de autoprodução e da autorreferencia, que o sistema delimita suas fronteiras. (RECK, 2011).

Neste contexto a política pública enquanto decisão política, é instituída juridicamente, compreendendo complexos comunicativos formados por múltiplos elementos contingenciais, que geram sentidos tanto para os sistemas da política, da organização política e do Direito, cujas decisões poderiam ser diferentes das que se transformaram em norma jurídica, geradora de expectativas, de acordo com o esquema se/então, que é típico do Direito. As comunicações sistêmicas se baseiam em expectativas normativas, que são próprias do sistema jurídico, portanto, a criação de expectativas acerca de políticas públicas somente é possível pela formatação jurídica, porque é o revestimento jurídico que dá segurança jurídica. O direito garante, por meio de programas condicionais, a manutenção das expectativas normativas ante a

possibilidade de decepções, imunizando a sociedade, de sorte a manter as expectativas e a integralidade das normas sobre as quais pairam as expectativas.

As expectativas normativas são aquelas as quais fazem com que alguém espere condutas de acordo com o direito vigente. “En concreto, se trata de la función de estabilización de las expectativas normativas través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social.” (LUHMANN, 2005, p. 188). Não é função do Direito dispor sobre comportamentos sociais e sobre resolução de conflitos, pois essas duas não são consideradas por Luhmann, como funções, mas como prestações possíveis pelo Direito. “[...] otros sistemas – de interacción, de organización o funcionales – dependen, en este sentido, de la subvención por parte de derecho.” (LUHMANN, 2015, p.215). O Direito para Luhmann é, por excelência, a generalização de expectativas comportamentais, nas dimensões temporal, social e material. A estabilização das expectativas requer segurança contrafática, ou seja, mesmo contra fatos comportamentais que se desviam das normas, elas devem se manter; requer também certa concordância genérica, capaz de antecipar comportamento por meio de expectativa fundada na concordância genérica e, além disso, é necessário identificar as expectativas num contexto fático através de papéis e programas.

Por isso, na dimensão temporal a estabilização das expectativas frente às frustrações ocorre por meio da normatização, o que faz supor comportamentos futuros previsíveis através de normas, de sorte que a liberdade comportamental fica limitada, por redução antecipada, “[...] quando não de fato, ao menos no plano das expectativas” (LUHMANN, 2016, p.171), mantendo a vigência da norma, mesmo quando violada, sem a necessidade de renová-la ou legitimá-la novamente, porque ela se mantém temporalmente. Diferentemente, a dimensão social se caracteriza pela estabilização das estruturas de expectativas através da institucionalização de comportamentos sociais, considerando a crescente complexidade da sociedade exige-se “[...] cada vez mais suposições fictícias do consenso e, além disso, a institucionalização do ato de institucionalizar através de papéis especiais.” (LUHMANN, 1983, p.109).

A dimensão social do Direito consiste em fazer com que a norma institucionalizada passe a se apoiar na ideia de que a expectativa se funda no consenso, ainda que fictício, porque independe da existência ou não de aprovação individual; enquanto que na dimensão material ou prática, a generalização de expectativas tem por objetivo a atribuição de um sentido comunicacional objetivo, capaz de identificar comportamentos convergentes e divergentes em face da institucionalização da norma, fixando pontos de referência abstratos, com base nos

quais a generalização de expectativas pode ser estabelecida por meio de diversos planos de abstração, *porque as expectativas* “[...] comportamentais podem referir-se a pessoas concretas, a determinados papéis, a determinados programas (fins, normas), ou a determinados valores.” (LUHMANN, 1983, p.99). O plano mais alto e variável de abstração na qual podem se apoiar as expectativas, vai além da unidade de um ator e/ou o exercício de seu papel, e se encontra na regra institucionalizada, que Luhmann denomina de programas, que uma vez conhecidas, sugerem “[...] esperar-se determinadas ações ou determinadas consequências de ações.” (LUHMANN, 1983, p.103).

De um lado, os programas têm a função de servir de apoio a decisões e, de outro, servir de apoio às expectativas, porque os programas podem ser intencionais ou condicionais. Os primeiros fixam consequências e, também, as condições para a ação esperada, enquanto que os últimos, definem as causas desencadeadoras de determinadas ações através de um esquema “se/então” e assim, se uma ação corresponde a um programa ela é considerada como correta. (LUHMANN, 1983). Os programas – leis, atos jurídicos, processos, etc., é que operacionalizam a autopoiese do Direito, por isso considerado como um complexo de programas decisórios. Todavia, os programas decisórios são insuficientes para reduzir a complexidade social, por isso a necessidade de institucionalização paralela de papéis a serem desempenhados por particulares no exercício da autonomia privada e agentes públicos no exercício de funções públicas, como, por exemplo, parlamentares, juízes, agentes administrativos, tabeliães, registradores públicos etc.

Por outro lado, nem todos os sistemas geram expectativas normativas contrafáticas como o sistema jurídico, por isso ele “empresta” os seus programas – leis, processos, decisões, etc., para a composição de conflitos resultantes de decisões de outros subsistemas. Os papéis são importantes porque reduzem a complexidade entre a normatização estabelecida no plano temporal e a generalização de expectativa social, ou seja, a normatização por si só é incapaz de estabilizar as expectativas, é preciso que determinados atores institucionalizem comportamentos sociais para efeitos de estabilização de comportamentos generalizados congruentemente. Portanto, o próprio Direito se constitui e opera por meio de programas condicionais que orientam as tomadas de decisões jurídicas, o que quer dizer que preenchidas determinadas condições, adota-se determinada decisão e neste sentido a decisão judicial é definida pelo próprio sistema que o caracteriza como elemento de sua constituição e reprodução autopoietica e, ao mesmo tempo, legitimador do próprio Direito.

Todas as decisões jurídicas são comunicações que resultam da tomada de decisão processadas por meio de programas, que são regras orientadoras das decisões, as quais permitem, abstratamente, considerar, por um lado, expectativas normativas e, de outro, diferenciá-las daquelas que não são expectativas normativas, porque são esses programas que estabelecem as condições para as decisões serem consideradas legais ou ilegais e dessa forma estabilizar expectativas contrafáticas, sempre numa perspectiva pretérita. Além dos programas condicionais inerentes ao sistema do Direito, existem, também, programas que se caracterizam por condicionar decisões sobre fatos futuros, que são os programas finalísticos, inerentes ao sistema Político, aos quais o Direito assegura a estabilidade das expectativas.

Do contexto da Teoria dos Sistemas luhmanniana, é possível inferir a política pública como resultante da tomada de decisões políticas com efeito vinculante para a sociedade, porém, necessita de acoplamentos com outros sistemas, como o sistema do Direito para assegurar expectativas normativas, com o sistema da Administração para a implementação e execução da política pública. Além disso, o sistema da política pública se acopla a outros instrumentos de gestão pública, como por exemplo, governança, regulação, serviço público, infraestrutura, função de polícia, entre outros. Ainda assim, cada sistema continua operando cognitivamente aberto e operativamente fechado e, no caso do sistema da política, o público influencia a política, a política elege prioridades e limita as ações da Administração Pública e, esta, se vincula a si mesma e ao público, por força de decisões vinculantes, reduzindo a complexidade inerente às demandas públicas relevantes, com a finalidade de estabilizar expectativas sociais, circular e recursivamente.

2.4 Do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e suas finalidades constitucionais, sob o prisma dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos, como estabilizadores de expectativas.

A sociedade moderna caracteriza-se pela complexidade, hiperpossibilidades comunicacionais desestruturadas, que se apresentam de forma caótica, o que por um lado, dificulta a comunicação entre *Alter* e *Ego*, em face da complexidade e da

contingencialidade; por outro, favorece o surgimento de sistemas sociais que se diferenciam do entorno e cada um dos sistemas só pode operar com sua própria estrutura, que se forja justamente pela diferenciação e especialização funcional, de sorte que um sistema não pode operar com a estrutura de outro sistema, como por exemplo: o sistema do Direito não pode operar com a estrutura do sistema da Economia, comunicando preços de bens e serviços, pois essas comunicações são próprias do sistema da Economia; o sistema da Política não pode operar com a estrutura do sistema do Direito, porque não lhe cabe tomar decisões e por extensão comunicações jurídicas; o sistema da Economia não pode operar com a estrutura da Política, porque as decisões e comunicações políticas são exclusivas do sistema da Política.

Os direitos fundamentais, inscritos na Constituição Federal, são comunicações que resultam de decisões promovidas no interior dos sistemas da Política e do Direito. O Sistema da Política processa e ordena decisões que resultam em comunicações, algumas das quais, qualificadas como direitos fundamentais, que geram expectativas em face do poder que as decisões políticas têm de vincular a coletividade. No interior do Sistema do Direito são processadas comunicações, algumas das quais oriundas do Sistema da Política, que se transformam em decisões/comunicações, dentre as quais, algumas qualificadas como direitos fundamentais, gerando generalizações simbólicas de caráter normativo para estabilizar expectativas sociais.

Embora constituam sistemas com funções diferenciadas, podem se acoplar estruturalmente pela Constituição federal, porque é Ela que organiza política e juridicamente o Estado de Direito, no âmbito do qual, os direitos fundamentais são comunicações geradoras de expectativas sociais e cabe ao Direito estabilizá-las. A mediação entre as decisões no âmbito dos sistemas da Política e do Direito é feita pela Constituição federal e resulta do acoplamento estrutural entre os dois sistemas, mantendo-os interligados e, sobretudo, funcionando como instrumento de interpenetração permanente entre os dois sistemas, produzindo eventos comunicativos que permitem a troca de influências recíprocas entre os sistemas, os quais selecionam e operam singularmente, sem que a estrutura individual deles sofra qualquer alteração, visto que não se trata de fusão entre as estruturas e programas dos sistemas acoplados, permanecendo, portanto, intactos.

As decisões do sistema da política são comunicações geradoras de decisões vinculantes para toda a comunidade, contudo, sem capacidade de estabilizar as expectativas geradas no âmbito da sociedade, o que leva o Direito lhe “emprestar”

juridicidade e, a partir dela, estabilizar as expectativas por meio de comunicações normativas, ou seja, comunicações do sistema da política provocam irritação no sistema do Direito à medida em que ocorre a seleção de comunicações do sistema da Política pelo sistema do Direito. O contrário também ocorre, quando o sistema da Política seleciona comunicações do sistema do Direito e as processa internamente, produzindo novas comunicações, que por sua vez podem reiterar a irritação do sistema do Direito e assim sucessivamente. Assim a Constituição oferece resposta jurídica à autorreferência do sistema da política e ao mesmo tempo em que oferece respostas políticas à autorreferência do sistema do Direito, como decorrência da interpenetração de dois sistemas autorreferenciais, cujas comunicações recíprocas são de dependência e independência. (NEVES,2006).

A Constituição federal, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, preconiza a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No inciso XXII está escrito que é garantido o direito de propriedade e, no inciso XXIII, que a propriedade atenderá a sua função social, sinaliza que existem outras possibilidades de acoplamento estrutural albergado pela Constituição, em especial entre o Direito e a Economia e, também, entre a Política e a Economia. Dessa forma, o sistema do Direito, como já se viu anteriormente, institucionaliza expectativas de caráter normativo, visando a estabilização de expectativas sociais, enquanto o sistema da Política gera comunicações de poder, que vinculam a coletividade, gerando expectativas em face das decisões políticas. O sistema da Economia gera comunicações através da circulação do dinheiro – economia de base monetária – a partir da construção simbólica representada pelo pagamento traduzida na estrutura binária pagamento/não-pagamento, atentando-se, contudo, que o sistema econômico se vale também da propriedade como comunicação simbólica, com base no código binário ter/não ter, gerando expectativas sociais em termos econômicos.

Considerando os princípios, os objetivos, os direitos fundamentais e a ordem econômica, entende-se que o acoplamento estrutural entre o sistema do Direito e o sistema da economia, também é mediado pela Constituição federal, porque estabelece os limites e as possibilidades acerca das influências recíprocas e permanentes. Por força desse acoplamento estrutural intrasistêmico, o sistema do Direito processa elementos relacionados com a propriedade, oriundas do sistema econômico, e lhe atribui formatação jurídica, promovendo comunicações como por exemplo, o direito de

propriedade entre outros, e, além disso, o eleva a condição de direito fundamental. Também o sistema econômico seleciona comunicações jurídicas, que lhe fazem sentido e as processa por meio de seus programas, operando a autopoiese do sistema econômico, resultando em comunicações condicionadas pelo sistema do Direito. A despeito da axiologia constitucional, da observação sistêmica, “[...] propriedade é sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica.” (GROSSI, 2006, p. 6).

A propriedade para o Direito tem sentido diverso do que possui para o sistema econômico, considerando que a função do Direito não é pautar o sistema econômico com base na estrutura do sistema jurídico, mas aliviar as expectativas através da normatização, o que em termos práticos, ocorre com a regulação da propriedade, dos contratos, criando no âmbito da sociedade a sensação de segurança aliviando as expectativas diante da complexidade social. Para o sistema econômico a propriedade e o dinheiro são meios simbolicamente generalizados: a propriedade é a base do sistema econômico diferenciando-se dos outros sistemas por meio do código ter/não ter, enquanto que para o sistema do Direito, a propriedade é apenas um objeto que pode ser processado pelos programas do sistema jurídico para efeitos de tomada de decisão jurídica, relacionada com a comunicação propriedade. O direito fundamental à propriedade, catalogado no artigo 5.º, caput, da Constituição federal, é um dos direitos clássicos de liberdade, exercendo, por um lado, a função de direito de defesa, que impõem ao Estado um dever de abstenção, ou seja, de não-interferência ou de não-intromissão, nos espaços de liberdades, assegurado pelos direitos fundamentais de defesa, e, por outro, uma função social, o que revela a sua dimensão social. No rol de garantias dos direitos fundamentais do artigo 5.º, estão previstas as garantias, dentre as quais destaca-se a garantia do direito de propriedade.

Essa garantia é também um direito fundamental, autêntico direito subjetivo, umbilicalmente ligado ao direito fundamental, assegurando ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes (SARLET, 2006), cuja institucionalização está materializada nas obrigações e competências no sentido de assegurar o acesso, a proteção e o uso do direito fundamental à propriedade. Como garantia de defesa do direito fundamental à propriedade, a Constituição estabelece limites e condições para o Estado exercer o direito expropriatório, como por exemplo: a) a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro; b) a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família,

não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento; c) o proprietário de solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, pode ter o seu imóvel desapropriado, com pagamento mediante títulos da dívida pública, na hipótese de não atribuir função social ao imóvel depois notificado e não atender às determinações de parcelamento ou edificações compulsórias e suportar a incidência de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; d) são insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária, a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e, também, a propriedade produtiva.

O direito fundamental à propriedade, à luz da Constituição, ainda que, por um lado, tenha uma dimensão exclusivamente patrimonial de cunho econômico, mesmo assim é direito fundamental, por outro, está sujeito à uma dimensão social, no âmbito da qual, encontram-se funções de conteúdo existencial e vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana, como por exemplo, o direito fundamental à moradia ao titular do direito de propriedade. (SARLET, 2006). Nesta perspectiva o direito fundamental à propriedade pode contribuir para a dignificação da vida humana, permitindo ao proprietário o uso e a fruição da propriedade como moradia, assegurando-lhe as condições materiais mínimas, para gozar a liberdade, a intimidade, a privacidade, a segurança e o bem-estar, sem prejuízo de outras variáveis concretizadoras da função social da propriedade.

No contexto da ordem econômica, a Constituição faz referência ao direito de propriedade em três dimensões: a) patrimonial, de cunho econômico, que permite ao proprietário obter ganhos econômicos decorrentes da utilização e fruição do bem que lhe pertence, além de poder dispor do bem sobre o qual incide o direito de propriedade como um ativo econômico, gerando direta ou indiretamente, benefícios sociais; b) a social, que pode se concretizar no direito fundamental à moradia, na utilização do bem para efeitos de geração de riqueza, parcela da qual pode ser distribuída à sociedade por meio de políticas públicas distributivas; e, c) ambiental, que sinteticamente se concretiza pelo uso sustentável da propriedade.

Considerando os princípios, os objetivos, os direitos fundamentais, em especial os de primeira dimensão que compreendem as liberdades negativas clássicas, com especial relevo para o valor liberdade e os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais, com ênfase nas liberdades positivas, que exigem do Estado atuação concreta e imediata, os princípios da ordem econômica, enfatizando a propriedade

privada e a sua função social como instrumentais da realização dos direitos fundamentais de segunda dimensão, entende-se possível estabelecer conexões entre o direito fundamental à propriedade privada, o direito fundamental à liberdade e o direito fundamental ao mínimo existencial.

O sentido da expressão propriedade privada, encontrada no texto constitucional é ampla e por isso, transcende à noção de propriedade privada imobiliária que é o objeto do problema da tese. Portanto, afasta-se qualquer noção alheia ao direito de propriedade imobiliária, como por exemplo, a propriedade intelectual, que tem outras bases teóricas e finalidades. Em que sentido é possível conectar o direito fundamental à propriedade privada imobiliária ao direito fundamental à liberdade? Como é possível conectar o direito fundamental à propriedade privada ao direito fundamental ao mínimo existencial?

A noção de liberdade não é a mesma, nem no tempo, nem no espaço, mas resultado de um processo social evolutivo, influenciado por valores morais, políticos, religiosos, jurídicos, entre outros, além de acontecimentos históricos, como as guerras, que contribuíram para a formatação da noção de liberdade que o Ocidente conhece hoje. De certa forma é na Idade Média que se estabelecem as bases para a noção de liberdade da Era Moderna, considerando que as concepções jusnaturalistas e contratualistas influenciaram os principais pensadores da modernidade, em especial os que trataram da liberdade em face do Estado e no âmbito da sociedade, numa perspectiva contratualista, como Hobbes, Locke e Rousseau, tendo em comum o ideário de que a liberdade é um direito inerente ao indivíduo e, além disso, consideram o homem como ser autônomo, centralizado no mundo. Além disso, consideram o contrato a fonte instituidora da sociedade, do Estado e do direito.

Para Hobbes a liberdade é uma decorrência do *Jus Naturale* – lei da natureza, estabelecida pela razão – que confere a cada homem o direito de usá-lo, da maneira que quiser, com vistas a proteção da vida, em última análise. Hobbes considerada o estado de natureza um estado de guerra, de violência, de opressão, de miséria, o que deveria leva-lo à supressão, com a instauração de uma ordem jurídica comandada pelo Monarca. Por isso a necessidade de constituição de uma comunidade política, orientada por um Monarca, capaz de garantir a liberdade, o que acabou por sintetizar na figura do Leviatã. É o Leviatã, detentor do monopólio de ditar a ordem, o mantenedor da liberdade individual na comunidade, zelando pela comodidade e segurança dos súditos. (FERAZ JR., 2010).

A propriedade, para Hobbes, não era um direito natural, é o Estado, por meio de suas instituições, que promulga e aplica as leis, que define e garante a propriedade privada, que protege os direitos naturais, como o direito à vida e à paz. Além disso, ele não acreditava no acúmulo de riquezas como uma virtude, porque para ele a virtude era a honra e não a riqueza. Enquanto o soberano detém o poder e a lei, os governados possuem a vida e a propriedade dos bens, cuja proteção fica a cargo do soberano. Por isso a propriedade deveria ser controlada pelo soberano, através de regras, por força “[...] das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais as ações pode praticar, sem ser incomodado por nenhum dos seus concidadãos: é a isso que os homens chamam *propriedade*.” (HOBBS, 2014, p.153).

A concepção de Estado Absolutista hobbesiano não foi aceita por John Locke, outro contratualista da modernidade, porque para ele o estado de natureza – a própria razão do homem – é de liberdade e igualdade, no qual existe prosperidade, no âmbito do qual, a liberdade assegura o poder sobre sua própria pessoa, sobre às suas posses, o poder de preservar sua propriedade e, até mesmo, castigar os transgressores da lei da natureza, afastando qualquer submissão a outro poder. Para Locke o homem tem o direito natural à liberdade, como decorrência da própria razão do homem e, neste sentido, a lei da natureza tem como finalidade a paz e a preservação de toda a humanidade. (LOCKE, 1998). A liberdade natural do homem é uma liberdade superior sobre à Terra, não submissa a qualquer vontade ou autoridade legislativa do homem, apenas à lei da natureza. A liberdade do homem na sociedade também não se submete a nenhum outro poder legislativo, ou qualquer vontade ou restrição de lei, salvo as leis promulgadas pelo corpo político instituído mediante consentimento. Portanto, a liberdade dos homens sob governo, consiste em “[...] viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido.” (LOCKE, 1998, p.403).

Se por um lado o estado de natureza era o estado de liberdade e de bem-estar, por outro, esta mesma liberdade permitia escolhas equivocadas levando os homens ao estado de guerra, o que era indesejado por todos, o que levou os homens a procurar garantias para proteger os seus bens mais preciosos, como vida, a liberdade e a propriedade, constituindo uma sociedade política personificada numa autoridade imparcial, com legitimidade para impor as leis e aplicar as penalidades. Ao constituir a sociedade política, o homem renuncia o direito de fazer justiça com as próprias mãos em favor da autoridade constituída, preservando seus direitos naturais, notadamente a liberdade e a propriedade. (LOCKE, 1998). O contrato social passou a ser o garantidor

das liberdades individuais e, nesse contexto, a propriedade ganhou destaque, pois nela estão compreendidos a vida e a liberdade. Para ele “[...] cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa” o que o leva a deduzir que “[...] o trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos” lhe pertence. (LOCKE, 1998, p.147). Isto porque tudo o que o homem retira do estado de natureza, mistura-se com o seu trabalho e transforma-se em propriedade.

Todavia, é imprescindível esclarecer que a noção de propriedade de Locke não é “[...] definida em termos de posses materiais, nem de unidades de comodidades ou necessidades da vida, mas de uma forma mais geral, como as “[...] vidas, as liberdades e os bens imóveis, aos quais atribuo o nome genérico de propriedade.” (LOCKE, 1998, p.148-149). Locke parece conferir qualidade política à personalidade do homem, porque considera o escravo como carecedor de todo o direito político, pois é incapaz de deter propriedade e, nesse contexto, parece simbolizar os direitos de liberdade em sua forma concreta, porque fundamenta os poderes e atitudes do indivíduo. Simbolicamente a propriedade é algo que o homem pode distinguir de si próprio, ainda que faça parte dele, como a liberdade e a igualdade. É através da teoria da propriedade, que os homens transcendem do mundo abstrato da liberdade e igualdade, para o mundo concreto da liberdade política. A expressão “interesses civis” parece equivaler ao termo “propriedade” numa acepção ampla. (LOCKE, 1998, p.150).

Se para Locke todo homem nascido livre, com título à liberdade perfeita e a um gozo irrestrito de todos os direitos e privilégios atribuídos pela lei da natureza, tem ele por natureza o poder de preservar sua propriedade, isto é, sua vida, liberdade e bens. (LOCKE, 1998, 458). Neste sentido, a propriedade é a base da liberdade humana, por isso, o Estado, por meio de seus mecanismos legislativos, administrativos e jurisdicionais deve proteger esta condição. Se para Hobbes o homem no estado de natureza teve que pactuar com o soberano a permuta de alguns direitos pela segurança dos direitos naturais, como a propriedade e a liberdade, para Rousseau, a liberdade é inalienável, pois “[...] renunciar à própria liberdade é o mesmo que renunciar à qualidade de homem, aos direitos da Humanidade, inclusive aos seus deveres” (ROUSSEAU, p.17), porque sem liberdade o homem se vê privado do que lhe é essencial e constitutivo, por isso ela precisa ser protegida e a proteção decorre do contrato social. Contudo, se por um lado o homem nasceu livre, por outro, ao se julgar o senhor dos outros, não deixa de ser mais escravo do que eles. (ROUSSEAU).

Da afirmativa de Rousseau é possível extrair a noção de que, a despeito da liberdade natural, o exercício por todos de forma igual, somente é possível com a

instituição da liberdade civil, de sorte a assegurá-la para todos, com fundamento no contrato social, em que todos participam e todos se beneficiam, portanto, a noção de vontade geral. Isto porque a liberdade natural é limitada pelas forças do próprio indivíduo, enquanto que a liberdade civil é limitada pela liberdade geral. “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo que o tenta e pode alcançar; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui.” (ROUSSEAU, p.31). Para Rousseau, contudo, era inconcebível a ideia de liberdade em benefício somente de alguns em detrimento de outros, por isso todos teriam direito de emitir opinião acerca dos rumos da comunidade política, revelando a noção de democracia, como uma das ideias centrais do seu pensamento, que influenciaram a Revolução Francesa de 1789 e a construção do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2014).

O contrato social de Rousseau compreende um pacto político, em que a soberania não está na pessoa do Monarca, mas na sociedade, fundada na soberania da vontade coletiva, por meio da qual fica instituída a organização política, cuja finalidade é fazer a defesa e a proteção “[...] de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e assim, cada um, unindo-se a todos, não obedece, portanto, senão a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.” (ROUSSEAU, p.24). Se por um lado, Rousseau, entende que todo homem tem naturalmente direito a tudo o que lhe for necessário e o ato positivo que o faz proprietário exclui o objeto de propriedade de todo o resto, por outro, não trata a propriedade como instrumento do exercício da liberdade, como defende Locke. Ainda assim, não apenas o direito de liberdade, mas também o direito de propriedade necessita de proteção, que é de responsabilidade de todos, direção suprema da vontade geral e cada um pode gozar desses direitos como membro indivisível do todo, o que enseja o entendimento de que o contrato social é a base de todos os direitos, reconhecendo-os aos membros da comunidade política e, por consequência o respeito recíproco, com fundamento na máxima, de que cada um deve obediência às leis que ele próprio se impôs.

A despeito de uma possível dimensão exclusivamente patrimonial do direito fundamental da propriedade privada, é inegável que encerra muitas vezes vínculo direito com o princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2009). Por isso, pode se aproximar do direito ao mínimo existencial, como condição de garantia das condições materiais básicas para a reprodução da vida humana de forma digna, sob a forma de direito à moradia. Na contemporaneidade existe razoável convergência no sentido da necessidade de garantia das condições materiais básicas de vida, cujos

fundamentos, podem ser instrumentais ou independentes. (SARMENTO, 2018). Ainda que o direito fundamental à moradia não se concretiza unicamente através do direito fundamental à propriedade, não se pode afastar por absoluto a possibilidade de se extrair da Constituição, a noção de que o acesso, a proteção e o uso são direitos fundamentais, implícitos, ao direito fundamental à propriedade, como comunicações expedidas pelos sistemas da política e do direito, por força do acoplamento estrutural operado pela Constituição.

Ainda que a função precípua do sistema jurídico seja a estabilização das expectativas, por força dos comportamentos generalizados congruentemente, processados pelos programas condicionais, encontram-se no direito também programas orientados para fins. (LUHMANN, 2016). “Para el sistema jurídico, no se puede considerar una programación orientada por fines; en todo caso, los programas finales se pueden incluir sólo en contexto de un programa condicional, [...]” (LUHMANN, 2005, p.254). Tudo isso, porque os programas finalísticos são ordinariamente comunicações de natureza política, visto que comunicam expectativas sociais para o futuro, enquanto que o Direito tem a função de estabilizar expectativas com base em programas condicionais pretéritos.

Diferentemente dos programas condicionais, que condicionam as tomadas de decisões em face de fatos passados, os programas finalísticos condicionam decisões racionais acerca de fatos futuros (LUHMANN, 1980, p.110) e, por isso, relativos porque “[...] os programas finalísticos são demasiado imprecisos do ponto de vista técnico-jurídico, como para excluir de maneira eficiente um mau uso, ou até mesmo resistência contra a obtenção dos fins propostos.” (LUHMANN, 2016, p.268). Isto ocorre porque os programas finalísticos partem dos resultados desejados e daí procura encontrar os meios propícios. (LUHMANN, 1980, p.110). As políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, são ordinariamente institucionalizadas por meio de programas finalísticos. Contudo, após instituídas estes mesmos programas pode ser considerados como condicionais, porque se a política pública não for executada ou, ainda que executada, mas em desacordo com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, é viável o controle delas pelo Poder Judiciário, que então condicionarão as decisões judiciais.

Verifica-se, sobretudo, nas tendências políticas dos Estados de bem-estar, no âmbito dos quais os legisladores aprovam leis, estabelecendo fins a serem alcançados pelas Administrações públicas e, em menor medida, também aos julgados. (LUHMANN, 2016, p.268). Os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais,

inscritos na Constituição federal, considerados na sua dimensão objetiva, exigem programas finalísticos com o propósito de concretizar os direitos fundamentais e sociais, por meio de políticas públicas, que exigem o acoplamento estrutural de sistemas sociais parciais, notadamente do Direito, da Política e da Economia, entre outros, o que leva a inexorável intersecção entre direitos fundamentais e políticas públicas.

2.5 Da necessária intersecção entre direitos fundamentais e políticas públicas.

Os direitos fundamentais funcionam como vetores dos acoplamentos estruturais entre os sistemas da política, do direito e da economia entre outros, delimitando e condicionando a organização e o funcionamento do Estado brasileiro, na sua dimensão federativa e interna. Isso, pois, o acoplamento entre a política e o direito provocam repercussões nos direitos fundamentais, como exemplo, o processo eleitoral, evento político, que viabiliza o exercício do voto, que é direito fundamental; a estrutura estatal fundada na divisão de poderes, assegura as garantias fundamentais contra o arbítrio e a ilegalidade do exercício do poder, protegendo os direitos fundamentais. O acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da economia também provocam repercussões no âmbito dos direitos fundamentais, como por exemplo, o contrato e a propriedade, são garantidos pelos direitos fundamentais da autonomia privada de contratar e o direito fundamental à propriedade e seus direitos fundamentais implícitos, direito ao acesso, à proteção e ao uso. Para Canotilho, é importante a imbricação entre os direitos fundamentais e a democracia, porque aqueles são elementos constitutivos do Estado de Direito e, por extensão, também elemento básico para a realização do princípio democrático. São os direitos fundamentais subjetivos de liberdade, os quais impedem o exercício do poder antidemocrático, em face das garantias democráticas do cidadão às quais impõem ao legislador a incumbência de instrumentalizar democraticamente a materialização desses direitos. (CANOTILHO, 2003).

A democracia, enquanto valor, permeia os programas do sistema da política, como, por exemplo, as eleições e outras formas de participação popular, cujo processamento contribui para organização política da sociedade, a organização e o funcionamento do próprio Estado e a sua administração. É a democracia que legitima

as decisões tomadas pelo parlamento, cujas decisões que podem produzir consenso ou dissenso e, assim paradoxalmente diminuem a complexidade do ambiente e aumentam a complexidade do sistema. O sistema da política, qualificado como democrático, é altamente tenso, porque produz continuamente novas possibilidades e, conseqüentemente, mantém elevada complexidade, que precisa ser reduzida por meio de decisões vinculantes circularmente reestabilizadoras. (GIORGI, 1998). Os direitos fundamentais são comunicações constitucionalmente legitimadas, que “irritam” outros sistemas parciais, como o jurídico, o político e o econômico entre outros, por força de sua dinâmica que condiciona a organização e o funcionamento da Administração Pública em sentido amplo, com repercussões no âmbito das competências, além de condicionar o funcionamento do sistema da economia, por força dos acoplamentos estruturais existentes entre os sistemas da política, do direito e da economia, provocando permanentemente variação, seleção e reestabilizações.

A democracia do sistema da política é possível porque a evolução desse sistema foi sedimentando os pressupostos necessários para que ela se realize, não uniformemente em todos os Estados, mas de acordo com o estágio evolutivo de cada sociedade. “O sistema da política é o resultado de si mesmo, e a democracia não é outra coisa senão a improvável aquisição evolutiva do sistema da política.” (GIORGI, 1998, p. 51). É o acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito que proporcionam a positivação dos direitos fundamentais e de todo o arsenal normativo que dispõe sobre a organização e o funcionamento do Estado via Administração Pública, possibilitando a pluralidade de decisões tendo em vista a complexidade da sociedade altamente diferenciada. Se por um lado, a democracia aumenta ainda mais a complexidade no ambiente, por outro, as decisões no âmbito do sistema da política, por meio do Poder Legislativo, reduzem a complexidade, estabilizando decisões e às vinculando coletivamente até nova decisão que novamente vai provocar novas variações, seleções e estabilizações.

Por isso a governabilidade democrática não significa um governo de consenso, mas um governo com mecanismos políticos e jurídicos que aumentam e reduzem a complexidade sistemicamente. O aumento da complexidade decorre, por um lado, da multiplicidade de comunicações existentes, induzidas pelo próprio sistema da política e seus programas, orientados pelo valor democracia; e, por outro, o próprio sistema da política seleciona comunicações, portanto elege algumas dentro do universo de comunicações existentes e as processa com a finalidade de estabilizar a Administração Pública. Por isso, “Governabilidade democrática significa capacidade do sistema de

controlar sua própria instabilidade, isto é, a contingência de sua própria seletividade através do incremento simultâneo de sua própria complexidade.” (GIORGI, 1998, p. 59).

Na perspectiva sistêmica luhmanniana, o ambiente comunicacional é caótico, porque hipercomplexo e contingente. Então, se por um lado, a democracia estimula a comunicação política, tornando ainda mais complexo e contingente o ambiente e, por outro, o próprio sistema da política tem por finalidade reduzir a complexidade por meio de eleição de algumas comunicações – escolhas contingenciais – e as processa por meio de seus programas, transformando em novas comunicações vinculantes em face da sociedade. O sistema do direito, por sua vez, também elege comunicações oriundas do sistema da política e as processa por meio de programas jurídicos, emitindo novas comunicações, dentre as quais estão os direitos fundamentais, num contexto em que os direitos fundamentais são também vetores dos sistemas da política e do direito, porque “[...] subtraídos à plena disponibilidade por parte dos poderes constituídos, ainda que democraticamente legitimados para o exercício do poder.” (SARLET, 2009, p.62).

Os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente como pressuposto, garantia e instrumento da própria democracia, porque ela permite as comunicações, inclusive de minorias, com base nos princípios da liberdade e da igualdade, portanto, no direito fundamental à participação política na conformação da comunidade e do processo político, ou seja, a garantia do efetivo exercício dos direitos políticos, revelando uma relação de interdependência e reciprocidade entre os direitos fundamentais e a democracia, porque sem direitos fundamentais não existe democracia em sentido verdadeiro e, neste sentido, possuem um caráter contramajoritário porque a relação entre a democracia e os direitos fundamentais é ordinariamente tensional. O núcleo, que sustenta a noção de Estado Social, encontra-se estruturado com base no princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que não com exclusividade, de onde se irradiam inúmeros direitos fundamentais sociais, que constituem exigência inafastável do exercício das liberdades e garantia de igualdade, “[...] inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.” (SARLET, 2009, p.62).

Os direitos fundamentais, como já foi referido, são posições jurídicas concernentes às pessoas, integrados ao texto constitucional em que por um lado, são indisponíveis aos poderes constituídos e, por outro, impõem obrigações de agir,

sempre em consonância com os objetivos fundamentais. Porque a viabilização de uma sociedade livre, justa e solidária, passa necessariamente pela concretização dos direitos fundamentais, porque sem que isso ocorra, a garantir o desenvolvimento nacional fica prejudicado, visto que “[...] o processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda população e de todos os indivíduos com base na sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios daí resultantes.” (SILVA, 2014, p.49).

Ainda que alguns dos direitos fundamentais possam ser endereçados e assegurados individualmente, eles devem ser observados em sintonia com os objetivos fundamentais, que são metas a serem promovidas e materializadas pelos sistemas da política, do direito, da economia e todos os outros que “sofrem irritação” das comunicações no ambiente e relacionadas com os direitos e os fundamentais, assegurando-lhes a máxima efetividade, destacando-se as políticas públicas de Estado e de Governo, como instrumentos de promoção e concretização dos direitos e objetivos fundamentais no exercício da função pública. As metas a serem promovidas e materializados pelos sistemas da política, do direito e da economia, sem afastar a necessidade/possibilidade da atuação de outros sistemas sociais parciais, são condicionadas pelos direitos fundamentais, que desempenham múltiplas funções, seja na orientação e organização do Poder Público, seja no âmbito da orientação dos atos e fatos jurídicos com base na autonomia privada.

Tudo isso decorre da própria estrutura dos direitos fundamentais, por serem plurívocos permitem classificações, como por exemplo, a delineada por Jellinek, no final do século XIX, que resumem as condições que podem resultar da relação entre o indivíduo e o Estado: prestações ao Estado (*status subjectionis* ou passivo), liberdade frente ao Estado (*status libertatis* ou negativo), pretensões em relação ao Estado (*status civitatis*) e prestações por conta do Estado (*status activae civitatis* ou ativo). (MIRANDA, 1998). No primeiro, a submissão do indivíduo está vinculada por meio de ordens e comandos proibitivos. Trata-se de um feixe de obrigações e condicionamentos e não um conjunto de direitos; o segundo assegura ao indivíduo a esfera de liberdade, que não pode ser invadida pelo Estado. Trata-se de uma intervenção para garantir direitos fundamentais; o terceiro, é para garantir ao cidadão o acesso prestacional à bens e serviços e o quarto, é a garantia democrática, através da participação na formação da vontade do Estado.

Quando o cidadão se encontra em posição de subordinação em relação aos Poderes Públicos, na condição de detentor de deveres para com o Estado, vinculado por meio de mandamentos e proibições, diz-se que o *status* do indivíduo é *subjectionis* ou passivo. Se o indivíduo é titular de direitos de liberdade com relação a ingerências dos Poderes Públicos, o indivíduo possui um *status* negativo ou *libertatis*. Na hipótese de poder exigir do Estado uma atuação positiva, no sentido de realizar uma prestação, o indivíduo possui o *status* civitatis e, quando o indivíduo possui o direito de influir na formação na vontade do Estado, ainda que indiretamente, como por exemplo, escolher os seus representantes e mandatários, por meio do voto, o *status* é o ativo ou *status activae civitatis*. (MENDES e BRANCO, 2018; CANOTILHO, 2003).

Pode-se afirmar que os vários *status* do cidadão se resumem numa palavra: garantias. Contudo, cabe distinguir os direitos fundamentais, pela sua estrutura, natureza e função porque de um lado, compreendem, os direitos e liberdades e, de outro, as garantias, de sorte que os direitos representam certos bens e as garantias têm por função assegurar a fruição desses bens. (MIRANDA, 1998). Além disso, existe uma distinção entre as garantias da Constituição e as garantias fundamentais, embora em sentido amplo, as garantias constitucionais podem também ser consideradas como garantias dos direitos fundamentais, apresentam-se como instrumentais em relação aos direitos fundamentais, são autênticos direitos subjetivos que possibilitam ao indivíduo o respeito e a efetivação deles, como por exemplo, a garantia da propriedade, do direito de herança em relação ao direito fundamental à propriedade. (SARLET, 2009).

A noção de garantias fundamentais conjugada com a doutrina dos quatro *status* permite afirmar que as garantias, por serem instrumentais, apresentam-se como direitos de defesa, direitos à prestação e de participação. Os primeiros se caracterizam, por um lado, como um dever estatal de abstenção, no sentido de não interferir no espaço de autodeterminação do indivíduo, destinam-se a evitar ingerência do Estado sobre bens protegidos, como por exemplo, liberdade, propriedade, entre outros e fundamentam a pretensão de reparo por eventuais agressões consumadas. (MENDES e BRANCO, 2018. Para Alexy, os direitos dos cidadãos em desfavor do Estado – direitos de defesa – podem ser divididos em três grupos: a) compreende os direitos que o Estado deve se abster de impedir ou dificultar as ações do titular do direito, como por exemplo impor requisitos e procedimentos que dificultam ou impeçam o cidadão de gozar o direito; b) compreende o conjunto dos direitos que o Estado deve se abster de

fazer qualquer ingerência em relação às características ou situações do titular do direito, como por exemplo, a inviolabilidade do domicílio; e, c) compreende os direitos que exige do Estado uma postura que não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito, não derogando determinadas normas, como por exemplo, o direito de propriedade. (ALEXY, 2008).

A primeira função dos direitos fundamentais, especialmente os direitos, liberdades e garantias, é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade em face dos poderes do Estado ou, ainda, em face de outros esquemas políticos coativos. Para Canotilho, os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva: num plano jurídico-objetivo constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo ingerência na esfera jurídica individual e, no plano jurídico-subjetivo, implica o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais, além de exigir omissões dos poderes públicos, evitando agressões lesivas por parte do Estado. (CANOTILHO, 2003, p.407-408). O proprietário ao mesmo tempo que possui a garantia de que o Estado não pode intervir no seu direito, salvo naquelas situações que a própria ordem jurídica permite, pode fruir das utilidades que o direito fundamental à propriedade proporciona.

Além das garantias asseguradas pela não-ingerência do Estado, como ocorre com os direitos fundamentais de defesa, os direitos fundamentais gozam também de garantias prestacionais, por força das quais, o particular obtém algo do Estado, que pode ser a própria concreção do direito fundamental através do oferecimento de bens, execução de serviços públicos, portanto atividades prestacionais materiais ou, ainda, políticas públicas de fomento, por meio de prestações jurídicas e procedimentais. O dever de prestação exige que o Estado atue ativamente colocando à disposição os meios necessários e a implantação das condições fáticas e jurídicas necessárias para a promoção e concreção dos direitos fundamentais.

As garantias que não se enquadram na categoria de direitos de defesa são na sua totalidade ou no mínimo predominantemente de natureza tipicamente prestacional. (SARLET, 2009). São direitos que o cidadão tem contra o Estado, exigindo dele ações positivas, que em face de seu objeto, podem ser divididos em dois grandes grupos: aquele no qual o objeto é uma ação fática e aquele no qual o objeto é uma ação normativa. Os direitos a prestações fáticas são aqueles que também poderiam ser realizadas por particulares, por isso, devem ser denominadas de prestações em sentido estrito; os direitos a prestações normativas devem ser denominados de prestações em sentido amplo, pois são direitos a atos estatais de criação de normas. (ALEXY, 2008).

Os direitos prestacionais podem ser classificados em sentido estrito e em sentido amplo, de maneira que os primeiros compreendem os direitos a prestações materiais sociais, vinculados primordialmente às funções do Estado social; e, em sentido amplo, os direitos a prestações jurídicas normativas, que compreendem as medidas ativas de proteção por parte do Estado, de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos, direitos à participação na organização e procedimento, que são “[...] de certa forma reportados primordialmente ao Estado de Direito, na condição de liberdade e igualdade do *“status negativis.”* (SARLET, 2009, p.187).

Portanto, não é apenas por meio da não-ingerência que o Estado protege os direitos sociais, é necessário que ele atue positivamente, por meio de prestações e assim estará cumprindo com o dever de proteger os direitos fundamentais e viabilizar o seu exercício. O dever de proteção, contudo, não se restringe somente à proibição de ingerência dos poderes públicos e de terceiros, no sentido de proteger a vida e a integridade física, mas também a dignidade da pessoa humana em geral, a liberdade, a propriedade, incluindo os riscos de lesão a bens e direitos constitucionalmente protegidos, o que revela evidências de conexão entre os deveres de proteção do Estado com os deveres de precaução e prevenção, portanto, não se resume à proteção do direito em si, mas também de sua fruição, como por exemplo, a proteção do uso da propriedade. (SARLET, 2009).

Os instrumentos e os modos protetivos são múltiplos, podendo ser por meio de normas penais, procedimentais, atos administrativos e outros meios a disposição dos Poderes Públicos para a concretização destas obrigações. (SARLET, 2009). Assim como os direitos fundamentais, também o dever de proteção irradia competências para os poderes públicos, notadamente de natureza normativa procedimental e organizacional, com a finalidade de instrumentalizar o Estado para a defesa e proteção dos direitos fundamentais e a correspondente fruição. Ainda que a Constituição preconiza que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, a concretização e o exercício pelos respectivos titulares, depende de procedimento, o que pressupõe uma organização, algumas vezes pela própria natureza do direito, outras por opção da Constituição ou do legislador infraconstitucional, algumas por necessidade de fato e outras por imposição jurídica. (ANDRADE, 2012)

A título de exemplo, a garantia – proteção – do direito fundamental à propriedade impõe ao Estado competências normativas, dispondo sobre regras reitoras sobre a aquisição, conteúdo e formalização, em boa parte institucionalizadas na legislação civil,

além de organizar serviços públicos, como Tabelionatos de Notas e Registros de Imóveis e seus respectivos procedimentos administrativos, órgãos administrativos municipais, estaduais e federais com competências conexas à matéria e, também, normas de natureza processual reitoras da atividade jurisdicional necessária para a defesa do direito de propriedade. O problema é determinar o âmbito de proteção normativo acerca dos deveres de ação protetiva exigidos pela Constituição em termos definitivos. (SARLET, 2009). Visando contribuir para uma solução da problemática, a doutrina de Canotilho, referida por Sarlet, apresenta três dimensões sobre a noção de deveres de proteção em sentido amplo, que são as seguintes: a) o dever de proteção como tarefa cometida ao Estado; b) o dever de proteção como dever de atuação; e, c) o dever de proteção como dever de legislação. (SARLET, 2009, p.191).

Na perspectiva sistêmica a proteção dos direitos fundamentais dá-se através de comunicações administrativas, legislativas e jurisdicionais. As comunicações administrativas, em linhas gerais, podem se apresentar sob a forma de organizações administrativas, cujas decisões comunicam atividades materiais, que trazem comodidade ao cidadão – serviço público –, e, atividades jurídicas – procedimentos e atos administrativos – ; as comunicações legislativas também comunicam organizações, porém, as decisões são predominantemente de caráter normativo e as comunicações jurisdicionais, igualmente comunicam organizações, cujas decisões têm caráter de definitividade, destacando que existe uma circularidade recursiva entre as diversas comunicações.

Deste contexto é possível extrair que no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, por meio de prestações jurídicas, além do serviço público, da disponibilidade de bens públicos e outras tarefas de incumbência do Poder Público, a presença de políticas públicas é necessária, notadamente porque num cenário em que, por um lado, existe escassez de recursos públicos e, de outro, uma heterogeneidade de interesses, com a participação da sociedade – dimensão democrática – é possível a definição de prioridades, para efeitos de tornar efetiva a concretização de direitos sociais, como por exemplo, o direito à moradia, via acesso ao direito de propriedade.

A política pública tem uma função estratégica na efetivação de direitos fundamentais, por isso, cabe à Administração Pública planejar, elaborar, implementar e avaliar permanentemente as políticas públicas, tendo como vetor os direitos fundamentais. Se ao Estado é atribuída a obrigação de promover e proteger os direitos fundamentais, cabe a Ele utilizar de todo o instrumental político-jurídico-econômico para atender as demandas públicas. As políticas públicas de proteção de direitos

fundamentais, podem ter abrangência macro, quando têm por objeto a proteção ampla de um conjunto de direitos fundamentais, como por exemplo, a política pública de segurança jurídica e micro, quando tem por finalidade a concretização de um aspecto de um direito fundamental.

Por isso é possível relacionar a noção de política pública com os dois tipos de programas jurídicos, porque a noção de política pública pode ser vista como um programa finalístico, portanto, uma decisão predominantemente política, mas que necessita de programas condicionais, decisões predominantemente jurídicas, para que o sistema possa operar de forma correta e manter a conquista evolutiva da sociedade. Em função da diferenciação, cada sistema cumpre funções distintas, mas isto é insuficiente para assegurar expectativas normativas, estabelecer comportamentos sociais e compor conflitos. Além das funções específicas de cada subsistema eles também “prestam serviços” aos demais subsistemas, cabendo ao Direito orientar comportamentos por meio da produção de liberdades artificiais, superando o entendimento de Hobbes, de que Direito caberia apenas por proteger as liberdades naturais (LUHMANN), 2005, p.216).

Assim, a instituição jurídica da política pública gera expectativas sociais acerca de sua eficácia ou não, cabendo ao Direito dar conta, estabilizando as estruturas de expectativas frente às frustrações, que podem advir da falta de concretização da política pública eleita ou a sua concretização em desconformidade com a expectativa gerada quando de sua instituição. A instituição jurídica da política pública antecipa comportamentos futuros, ou seja, a normatização cria expectativas as quais permanecem, mesmo, quando não observadas as regras instituidoras da política pública, porque de acordo com Luhmann, o Direito tem a função de estabilizar as estruturas de expectativas frente às frustrações, por meio da normatização que antecipa comportamentos futuros, ou seja, a normatização cria expectativas que permanecem, mesmo, quando não observadas, tendo a sanção como mecanismo de absorção da frustração.

Nesse contexto, também, estão inseridas as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade, visto que decorrem da complexidade e da contingência social, numa rotina permanente de variação, seleção e (re)estabilização, processada pelos diversos sistemas de forma circular, o que permite afirmar que não existe um início, um meio e um fim, pelo contrário, o processo de decisões acerca dos direitos fundamentais, do direito de propriedade e das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito são permanente. Essas políticas

necessitam de acoplamentos estruturais entre os sistemas do Direito, da Política e da Economia, da Administração, sem afastar outros que possam se fazer necessários, gerando expectativas sociais. Contudo, as políticas públicas no Brasil ainda estão fortemente arraigadas aos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais, inclusive as relacionadas com o acesso, a proteção e o uso do direito fundamental à propriedade privada, que são o foco do próximo capítulo.

3. OS MODELOS TRADICIONAIS DE REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE PRIVADA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Para aprimorar algo, é preciso primeiro conhecer o que se quer melhorar, para depois desenvolver as ações necessárias para alcançar o intento. Este é o propósito deste segundo capítulo, ao apresentar os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais implícitos, de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Brasil, desde a época Colonial até a vigência do atual Estado Democrático de Direito e, também, as funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica e, por fim, a crítica aos modelos tradicionais. A crítica visa demonstrar as deficiências destes modelos, servindo de justificativa para a construção de diretrizes que podem contribuir para a revisão dos modelos tradicionais. Destarte, o conteúdo deste capítulo é teórico-instrumental, porque tem a função de servir de ponto para o contraponto a ser construído no quarto capítulo, visto que o objetivo da tese visa construir programas comunicativos para acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária no Brasil enquanto políticas públicas.

No primeiro eixo, a abordagem é sobre a teoria dos modelos tradicionais de realização de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil Colônia até o advento da República, iniciando pelo processo distributivo e ocupacional das terras no Brasil, o que acabou por formatar um ideário cultural acerca do acesso e uso do direito de propriedade imobiliária. No segundo eixo a abordagem será sobre os modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada com fundamento nas constituições republicanas de 1891 a 1988. No terceiro eixo, a abordagem é em relação as funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica em face dos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais, no sentido de demonstrar que a função administrativa, numa concepção dogmática é função executada no âmbito da Administração Pública, em torno da qual, se busca a identidade do direito administrativo. Todavia, a função administrativa possui uma função instrumental, relacionada com os efeitos concretos deduzidos de seu exercício. Igualmente a segurança jurídica também possui uma função instrumental, que é a realização dos direitos fundamentais, como por exemplo, concretizando o exercício de um direito

fundamental por meio de um ato administrativo e a preservação dos efeitos do ato administrativo, respectivamente.

E, por fim, no quarto eixo é feita a crítica aos modelos tradicionais de realização do direito fundamental ao acesso, proteção e uso do direito de propriedade imobiliária no Brasil, tendo como pano de fundo a propriedade na perspectiva do individualismo possessivo, concebido pelos contratualistas, Hobbes e Locke e como referencial a teoria do individualismo possessivo de Macpherson e o modelo de sociedade de mercado possessivo. A propriedade privada no contexto do individualismo possessivo é expressão normativa do Direito, que assegura ao proprietário prerrogativas, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente encargos ao restante da sociedade ao estabelecer obrigações de não fazer, garantindo o direito de propriedade por meio de mecanismos legais, administrativos e jurisdicionais.

O desenvolvimento dos modelos de políticas públicas tradicionais foi se estruturando com base em pressupostos dogmáticos, que de certa forma limitam a observação delas e de tudo o que está envolvido no processo de tomada de decisões. A redução da complexidade nos modelos das políticas públicas tradicionais é “engessada” por pressupostos intocáveis, como por exemplo, numa política pública de acesso ao direito de propriedade, pois construídas em perspectivas parciais, como, por exemplo, o modelo sequencial ou ciclo de políticas públicas, em que se observam fases encadeadas, afastando outras possibilidades que podem se fazer presente diante do fato concreto. O próprio direito de propriedade no sentido clássico, fundado na ideia de poder do homem sobre a coisa também omite outras contingências que se fazem presentes no processo que culmina com tal afirmação.

3.1 Do modelo tradicional de realização de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil Colônia até o advento da República.

O precedente histórico que serviu de plataforma para a implantação dos institutos jurídicos, que influenciaram na modelação das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil, é o Tratado de Tordesilhas, firmado em 7 de junho de 1494, por D. João, rei de Portugal e por D. Fernando e D. Isabel, rei de

Espanha, por meio do qual, avençaram que as terras descobertas passariam ao domínio de quem fosse o descobridor, estipulando “[...] uma linha imaginária do Polo Ártico ao Polo Antártico, distante 370 léguas das Ilhas de Cabo Verde, em direção ao Poente, as terras que fossem encontradas à direita daquela linha imaginária seriam de Portugal, enquanto as da esquerda seriam da Espanha.” (MARQUES, 2015, p. 22).

A aquisição do domínio do território brasileiro pela Coroa Portuguesa – direito de propriedade –, ainda que a posse fosse simbólica, deu-se por força do Tratado de Tordesilhas, validado por homologação do papa Júlio II, através da Bula papal *Ea quae probono pacis*, de 24 de janeiro de 1506. A partir da chegada de Pedro Álvares Cabral, considerado oficialmente como o momento do descobrimento do Brasil, por efeito do Tratado de Tordesilhas, a Coroa Portuguesa, tornou-se titular do domínio sobre o território descoberto e, a partir deste momento, inicia-se um processo de exploração das riquezas naturais existentes, destacando-se o pau-brasil. Somente nos anos 1530 que Portugal resolve colonizar o território, dando início à distribuição e ocupação do solo, com base nos institutos jurídicos adotados em Portugal.

Por isso, a história territorial do Brasil começa em Portugal. “É no pequeno reino peninsular que vamos encontrar as origens remotas do nosso regime de terras.” (LIMA, 1998, p. 15). Foi no reinado de D. João III que se operou a formatação da política de colonização na América portuguesa, com a instituição das capitanias hereditárias as quais compreendiam doações de terras feitas pela Coroa portuguesa aos seus agentes e colonos, com a finalidade de promover a ocupação do território recém descoberto, cabendo aos donatários a repartição das terras entre os moradores sob regime de sesmarias. (MOTA, 2009). A carta patente outorgada em favor de Martim Afonso de Souza, na Vila do Crato, datada de 20 de novembro de 1530, “[...] transplanteu a instituição portuguesa sesmaria para o Brasil, e estabeleceu a doação da terra como atrativo dos mais importantes para os que se dispusessem a permanecer nela e povoá-la.” (CANNABRAVA, 1968, p.188-189).

O processo de colonização do Brasil teve início nos anos 1530, quando D. João III mandou dividir o litoral brasileiro em faixas de terras com a extensão de cinquenta léguas portuguesas, chamadas de capitanias hereditárias, cujo objetivo era promover a defesa do território em face de possíveis invasões estrangeiras, fixar colonos e organizar uma produção lucrativa, criando dessa maneira, o caráter mercantil do processo colonizador (PRADO JR., 2004). Para a concretização do intento, foram doadas capitanias hereditárias em favor de pessoas de posses – capitães donatários –, capazes de empreender nas novas terras não apenas atividades econômicas, mas

também contribuir para estabelecer uma nova organização administrativa longe do reino de Portugal, podendo fundar vilas ao longo das costas e rios navegáveis, nomear ouvidores, tabeliães do público e judicial assim como podiam livremente dar terras de sesmarias, exceto à sua mulher ou ao filho herdeiro. (ABREU, 1998).

Foi lhes outorgado, também, o direito originário de construir engenhos, enquanto que os demais colonos tinham o direito derivado de erguer engenhos mediante a aprovação do capitão donatário e o pagamento de uma taxa; tinha o monopólio da escravização dos índios e da sua venda; recebia uma parte sobre a exploração do pau-brasil; recebia uma parte sobre o pescado em suas capitanias; tinha direito à redízima sobre as dízimas cobradas pelo erário público e, também, podia nomear tabeliães, juízes e ouvidores. (FERREIRA, 2011). Aos capitães donatários não foi outorgado título de domínio das terras das capitanias, mas poderes para levar a bom termo as obrigações assumidas de empreender, organizar a administração local e colonizar o território. A linguagem das cartas donatárias não respondem por uma concepção dominial do solo, “[...], na verdade, se limitara a outorgar “poderes políticos”, largos, sim, “direitos majestáticos quase absolutos”, mas, de nenhum modo, direitos sobre o solo [...]” COSTA PORTO, s.d. p. 21-22). Tinham o direito de investir na terra, com a finalidade de torná-la produtiva, sem, contudo, o reconhecimento da qualidade de proprietário da extensão recebida por doação. (LIMA, 1998).

Contudo, o sistema das capitanias hereditárias não foi exitoso e, por isso, extinto em 1759, remanescendo, contudo, o instituto da sesmaria, originário da Idade Média e forjado em antigo costume das regiões da Península Ibérica, quando as terras comunais, chamadas de *communalia*, eram divididas de acordo com o número de munícipes para serem cultivadas por eles e desfrutadas, *ad tempus*, cujas parcelas chamavam-se *sexmo* (LIMA, 1998). Em Portugal compreendiam “propriamente as dadas de terras casais ou pardieiros que foram ou são de alguns senhorios e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas e agora o não são.” (MARQUES, 2015, p.24). No Brasil a legislação sesmariense não foi aplicada, muito menos adaptada, porque não haviam terras anteriormente ocupadas. (MENDES, 1988, p.16). Em Portugal eram consideradas um verdadeiro confisco, enquanto que no Brasil, guardavam similitude com o instituto da enfiteuse, por conta da transferência do domínio útil. (MARQUES, 2015).

A transferência do domínio útil, por força do ato concessivo da sesmaria no Brasil, impunha obrigações ao sesmeiro, o beneficiário da concessão, como a obrigatoriedade em colonizar a terra, fixar sua moradia habitual nela, além de cultivá-la,

demarcar os limites de suas glebas, pagar os tributos exigidos à época e, na hipótese de o sesmeiro não cumprir as obrigações impostas, caía em comisso, o que representava o retorno da gleba ao patrimônio da Coroa, para ser distribuída novamente em favor de interessados. (MARQUES, 2015). Contudo, no Brasil, a obrigação de dar o devido aproveitamento ao solo e às utilidades do bem se perderam, porque nem sempre era o cultivo que interessava e justificava a concessão do direito de Sesmaria, o que autoriza a dizer que o modo como a população colonial se estabeleceu no território brasileiro, foi arbitrário e de acordo com a conveniência pessoal e não de acordo com um planejamento de distribuição de terras. (LIMA, 1998). O homem da cidade, influente, que sabia como requerer as cartas, tinha força para a obtenção do deferimento e da confirmação da carta, mas não tinha disposição para trabalhar na terra, o que possibilitava a atuação do posseiro, que tinha disposição de trabalhar na terra. (MENDES, 1988).

À Coroa Portuguesa interessava a produção em larga escala e não a propriedade que produzia para a subsistência, vendendo para o mercado apenas o excedente, (FAUSTO, 1995), o que talvez explica o fortalecimento do latifúndio em detrimento do minifúndio. No contexto das sesmarias, sobressaem-se dois traços marcantes na gênese da formação da propriedade privada imobiliária no Brasil: a ausência da noção de função social da propriedade, e o foco na ocupação dominial, que a despeito das deficiências, incongruências, imperfeições teve o mérito de ser o princípio da propriedade rural no Brasil. (MENDES, 1988). Acrescenta-se, ainda, que outro fator importante no delineamento da cultura brasileira no trato da terra, foi a não observância da cláusula *pacta sunt servanda* dos contratos, tanto pelos donatários quanto pela Coroa Portuguesa; a ocupação fática sem qualquer título que tenha outorgado o direito em favor do ocupante e a apropriação de grandes extensões de terras, muito além da capacidade de explorá-las economicamente, sem afastar aqui outros vetores comportamentais que resultaram desse processo, como exemplos, o preconceito, o mandonismo e o clientelismo, características do coronelismo. (CARVALHO, 1997).

Por um lado, isto ocorreu, porque a administração portuguesa era falha e deficiente, incapaz de atender as demandas e tomar decisões racionais no sentido de dar segurança jurídica e exigir o cumprimento da legislação pelos concessionários das sesmarias, o que gerou a sensação de abandono do colono, levando-o a assenhorar-se de um pedaço de terra e cultivá-la, sem buscar a concessão da sesmaria e, de outro, as concessões de sesmarias eram restritivas, pois, na maioria dos casos, eram

feitas em favor daqueles afeitos ao poder, ou ávidos de domínios territoriais – os latifundiários – sem a menor possibilidade de “[...] apoderar-se materialmente das terras que desejavam para si. É transparente, nessa ordem de ideias, então preponderante, o traço de uma influência dominialista.” (LIMA, 1998, p.41).

Ainda que o sistema de sesmaria implantado no Brasil não tenha operado os resultados imaginados, teve vigência durante quase 300 anos, a contar da primeira Carta de outorga de Capitania Hereditária até a resolução de 17 de julho de 1822, confirmada em 22 de outubro de 1823, a partir da qual houve determinação no sentido de que as Juntas dos Governos das Províncias “[...] se abstivessem de conceder sesmarias” até a Assembleia viesse a regular a matéria (MENDES, 1988). Contudo, houve o reconhecimento da legitimidade das sesmarias concedidas de acordo com a lei, o que significava dar às sesmarias confirmadas a qualidade de propriedade privada, com todas as implicações jurídicas do sistema nascente” (SOUZA FILHO, 2003, p. 63).

Assim, a origem da propriedade da terra no Brasil está intimamente ligada a um pequeno grupo de proprietários que foram acumulando, no decorrer dos anos, sesmarias a sesmarias, valendo-se de expedientes que iam de aforamentos a posses ilegítimas. (COSTA, 1966, p.71). Ainda assim, não se pode desconhecer a submissão do território brasileiro a duas ordens normativas distintas, muitas vezes conflitantes, que foram as bulas papais e as ordenações do reino, em que, por um lado, preceitos inscritos nas cartas pontificiais atribuíam as terras brasileiras à Ordem de Cristo, submetendo-as à sua jurisdição espiritual; e, por outro, em razão da descoberta, as terras passaram a pertencer à Coroa Portuguesa, submetendo-as às ordenações jurídicas do reino, revelando que a igreja católica teve um papel fundamental na função de controle do território brasileiro colonial, chegando, em alguns casos, ter mais importância que o próprio Estado. (VASCONCELOS, 2016).

Até aqui, tem-se feito recortes históricos e a apresentação do instituto português da sesmaria como a gênese da cultura relacionada com o acesso, uso e proteção do direito de propriedade imobiliária privada no Brasil, para efeito de contextualização do tema. Todavia, na perspectiva sistêmica não existe um início antológico das comunicações compreendidas nesse contexto, mas resultado do processo evolutivo forjado nas decisões contingenciais tomadas ao logo do tempo, sem obedecer a uma relação de causa e efeito. A decisão de instituir o sistema de sesmarias em Portugal ainda na época Medieval foi uma escolha contingencial, assim como contingencial foi a escolha de transportar este instituto para o Brasil. A função de cada sistema social é a tomada de decisões e, assim, cada um dos sistemas selecionou no ambiente

comunicações que lhe faziam sentido e as processou, cujas decisões potencializaram novas decisões e comunicações.

Todavia, não se pode desconhecer que cada decisão tomada, ainda que contingencial, tinha uma função, que era a de instituir um modelo de organização social, definida como agrária, escravocrata e híbrida (FREYRE, 2003), com base na organização da propriedade e com reflexos na organização política, sob o símbolo da exploração da terra e das gentes. De acordo com Gilberto Freyre, haviam elementos pressupostais para a instauração desse modelo, como as terras agricultáveis, o regime de estabilidade patriarcal da família, o regime estável do trabalho escravo e a união do português com a mulher índia, levando-a para dentro do sistema econômico. A colonização instituída pelo sistema político das capitanias hereditárias e sesmarias, elevou os proprietários de engenhos à condição de gestores do poder que muitas vezes se sobrepunha aos dos governos e à justiça del-Rei, resultando numa sociedade agrária na estrutura, escravocrata na exploração econômica e híbrida na composição, com a integração do índio e do negro. (FREYRE, 2003).

A instituição desse modelo de sociedade foi muito mais pela ação oficial da Coroa portuguesa, do que pela ação do particular, fundado no ideário político, econômico e jurídico de Portugal, favorecendo os senhores de engenho, “[...] com altar e capelão dentro de casa e índios de arco e flecha, ou negros armados de arcabuzes às suas ordens.” (FREYRE, 2003, p. 66). E assim exercia e contrapunham o seu poder em face das instituições do Estado, inclusive da Igreja, que a princípio manifestou ser a dona da terra do lado de cá do Atlântico. Contudo, para a Coroa portuguesa, a religião católica continuava tendo importância visto que uma das condições para ser admitido como colono no Brasil, no século XVI, era professar a religião cristã, o que contribuiu para a formação de uma “[...] sociedade cristã na superestrutura, com a mulher indígena, recém-batizada, por esposa e mãe de família; e servindo-se em sua economia e vida doméstica de muitas das tradições, experiências e utensílios da gente autóctone.” (FREYRE, 2003, p. 160).

Esse modelo fundado no ideário do individualismo possessivo, na pessoa “do senhor de engenho”, dominou a colônia e se tornou o verdadeiro dono do Brasil, porque detinha o poder sobre as terras, sobre os homens e as mulheres. Um modelo excludente, que influenciou a conduta, os ideais, as atitudes, inclusive a moral sexual dos brasileiros, que se manteve mesmo após a abolição da escravatura, criando um proletariado em condições mais desfavorecidas do que a massa escrava. (FREYRE, 2003). Esse modelo de colonização da terra não incluiu os escravos, nem os índios,

pois o interesse estava em garantir a titularidade de grandes extensões de terras aos portugueses, “[...] aqui senhor de terras mais vastas, dono de homens mais numerosos que qualquer outro colonizador da América.” (FREYRE, 2003, p. 267). Havia o interesse da Coroa portuguesa de fomentar a exploração colonial mercantilista, através da exploração de mão-de-obra inicialmente indígena e depois escrava, se afastando das normas comerciais e burguesas “[...] para reviver os métodos de autocolonização aristocrática e agrária, aplicados no próprio Portugal ao território reconquistado aos mouros.” (FREYRE, 2003, p. 275).

A função do programa político relacionado com a concessão das sesmarias no Brasil foi totalmente diferente do que em Portugal, porquanto na Metrópole o objetivo era a correção das distorções detectadas no uso das terras rurais, em face da ociosidade por força do êxodo rural, o que havia contribuído para a falta de alimentos. Tratava-se de um confisco imposto pela Coroa ao se apropriar e transferir as terras ou pardieiros que foram ou ainda eram de alguns senhorios, que em outro tempo haviam sido lavradas e não estavam mais sendo aproveitadas. Na Colônia o propósito das sesmarias não era a de corrigir distorções no uso da terra, mas a de povoar o território colonial com o propósito de afastar possíveis riscos de ocupação por outras potências estrangeiras, como acabou acontecendo mais tarde por parte de franceses e holandeses. (MARQUES, 2015).

As decisões tomadas pelo sistema político português, que institucionalizaram as capitanias hereditárias e as sesmarias, resultaram em regras nem sempre “obedecidas”, mas esta “desobediência” nem sempre fez sentido para o sistema jurídico para efeitos de decretação de nulidade dos atos ilegais, o que pode revelar a baixa complexidade da sociedade naquele momento e, por consequência, insuficiente para a diferenciação das funções política e jurídica e, conseqüentemente a especialização das funções estruturantes de cada sistema. Assim, as decisões comportamentais de não observar o que está previsto na regra, quando não selecionadas e processadas pelo sistema do direito, comunicam que aquilo é possível, potencializando outras decisões contingenciais que observam ou não os parâmetros legais, como o que ocorreu com a distribuição da terra, ora observando, ora não observando as disposições legais. Além disso, as comunicações “negativas” do sistema do direito em não selecionar comunicações ilegais, contamina o próprio sistema do direito, que emite comunicações equivocadas.

Portanto, o quadro jurídico-patrimonial e social relacionado com o acesso, uso e proteção da propriedade imobiliária no Brasil, não pode ser creditado apenas às

decisões tomadas pelos agentes públicos e privados que participaram diretamente do processo fático, em que as decisões sobre a distribuição e uso da terra ora eram legais, ora ilegais, assim com a decisão de extinguir o sistema de sesmaria. Tudo isso está compreendido num contexto de complexidade e contingencialidade no qual existem interesses – no caso rumo a uma nova sociedade agrária escravocrata e híbrida, sob o signo da exploração da terra e das gentes – que foram moldando as decisões cujos efeitos nem sempre são previsíveis ou perceptíveis no momento da tomada de decisão, como por exemplo o que ocorreu com a extinção das sesmarias, quando o Brasil ficou sem legislação alguma para disciplinar, a ocupação da terra, o que permitiu o aprofundamento do individualismo possessivo, através da apropriação da terra com a finalidade de satisfazer interesses individuais. Somente depois de quase trinta anos, foi promulgada a Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850, a chamada Lei de Terras, considerada como um marco histórico importante, após a independência em 1822, impôs algum ordenamento e transformou a terra em mercadoria.

A Lei de Terras foi promulgada na vigência da Constituição Política do Império do Brasil, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25 de março de 1824, tendo como pano de fundo a instauração de um sistema de trabalho assalariado em substituição ao regime escravocrata, o que promoveu a vinda de europeus para exercer o Brasil. Todavia, os europeus receberam tratamento muito próximo àquele dispensado aos escravos, porque a despeito do ideário da liberdade, inclusive para acessar a terra não se concretizou, tendo em vista que os imigrantes geralmente empobrecidos não gozavam de condições financeiras para aquisição legal de um lote de terras, o que manteve uma diretriz restritiva acerca do acesso à terra e definindo o papel social do imigrante como mão-de-obra a ser utilizada nos latifúndios. (MENDES, 2009). Contudo, a política pública instituída pela Lei de Terras e o seu Decreto n.º 1318, de 30 de janeiro de 1854, inseriu novos institutos, como as terras devolutas, a venda da terra e a legitimação de posses, como instrumentos de acesso formal à propriedade, além de mecanismos de segurança jurídica como o título de propriedade, o registro das terras possuídas e uma repartição especial das terras públicas, entre outras providências.

O objetivo geral da Lei de Terras foi o de estabelecer critérios jurídicos gerais para ordenar o quadro ocupacional da terra no Brasil, numa tentativa de organizar e regularizar o panorama fundiária existente, estabelecendo distinção entre o domínio público e o domínio privado, dispondo sobre a legitimação das posses existentes, tanto em razão de concessão de sesmarias quanto por mera ocupação fática, independentemente de título. (LIMA, 1988). Assim, os bens públicos eram os

destinados ao uso público nacional, provincial ou municipal e as terras devolutas, definidas no artigo terceiro da Lei de Terras, como sendo: “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 do 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 esta Lei. § 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.” (BRASIL, 1850).

O Decreto regulamentador da Lei 601, de 1850, reconheceu o direito de propriedade em favor de todo possuidor de terras, que tivesse título legítimo de aquisição do seu domínio, assim como os que haviam adquirido suas terras por sesmarias e outras concessões, não inclusas incursas em comisso, confirmação e cultura, podiam gozar, hipotecar, ou alienar os terrenos que lhes pertencem, acrescentando que naquela época a propriedade do imóvel se transmitia pela tradição e não pelo contrato. (CARVALHO, 1997, p.3). O título de propriedade ganhou importância, como fator de segurança jurídica, sem o qual o proprietário não podia hipotecar, nem alienar e, nesse contexto, a Lei n.º 840, de 15 de setembro de 1855, instituiu no artigo 11, a obrigatoriedade da escritura pública, sob pena de nulidade, para a compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder de duzentos mil réis.

O artigo 13 da Lei 601, de 1850, previu que o Governo deveria organizar, por freguesias, o registro das terras possuídas e, para tanto, o Decreto regulamentador dispôs no artigo 91, que todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou possessão, seriam obrigados a fazer registrar as terras, que possuíssem, dentro dos prazos marcados pelo regulamento, sob pena de multa, cuja atividade registral ficou a cargo dos vigários de cada uma das Freguesias do Império, encarregados de receber as declarações para o registro das terras e incumbidos de proceder ao registro dentro da circunscrição de cada Freguesia, por si ou por seus escreventes, sob sua responsabilidade e para que os fregueses tomassem conhecimento das instruções para o registro, os vigários deveriam dar informações sobre o procedimento nas missas e publicá-las por todos os meios que lhes parecessem necessários.

Como já foi referido anteriormente, a Lei de Terras vem no bojo de transformações, sobretudo econômicas, com a substituição do mercantilismo pelo

capitalismo no âmbito do qual, a propriedade passa a ser um ativo econômico importante, uma mercadoria, ensejando segurança jurídica do direito de propriedade e, também, da garantia do crédito através da hipoteca. Nesse contexto, por força da Lei Orçamentária n.º 317, de 1843, regulamentada pelo Decreto n.º 482, de 1846, foi criado o registro de hipotecas, para dar publicidade à garantia hipotecária, com a finalidade de evitar as hipotecas ocultas, em benefício da garantia creditícia.

Contudo, o registro de hipotecas não operou os resultados esperados, porque o mesmo imóvel podia estar titulado em favor de mais de uma pessoa, dificultando a execução da hipoteca em caso de inadimplemento do devedor, o que levou a ampliação de seu objetivo inicial de publicidade da garantia, para a publicidade do direito de propriedade, o que se concretizou por força da Lei de n.º 1.237, de 1864, ao instituir, no seu artigo 7.º, o Registro Geral. (CARVALHO, 1997). Com a proclamação da República em 1891, além do Registro Geral de Imóveis, foi instituído “o registro e transmissão de imóveis pelo systema Torrens” através do Decreto n.º 451-B, de 31 de maio de 1890. Com a entrada em vigor do Código Civil de 1916, houve uma reorganização do registro de imóveis, com base no Decreto n.º 4.827, regulamentado pelo Decreto 18.542, de 1928, inaugurando a fase constitutiva dos direitos reais, que se mantém até hoje, de acordo com a Lei Federal n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Ainda que simplificada, fez-se uma narrativa parcial sobre a propriedade privada desde o início da colonização do Brasil, com referências às Constituições Monárquica e a primeira Constituição Republicana, além de aspectos evolutivos das políticas públicas tradicionais, de natureza protetiva, do direito de propriedade privada imobiliária, via título e publicidade registral. Na sequência, far-se-ão incursões e recortes, sobre o embasamento teórico que fundamentou a ocupação, a distribuição e a segurança jurídica do direito de propriedade imobiliária no Brasil, desde os primórdios da colonização, considerando a positivação do direito de propriedade como um dos reflexos do ideário liberal, que influenciou fortemente os pensadores dos séculos XVII e XVIII, em que os direitos individuais compreendiam um conjunto de direitos inerentes condição humana, cuja finalidade era a de assegurar a liberdade individual e a propriedade.

O iluminismo, movimento intelectual no século XVII, tinha como foco o conhecimento racional, em detrimento da fé e da religião e pautou-se em duas correntes, o racionalismo e o empirismo, cujo desenvolvimento se deu a partir do absolutismo e teria servido de base para a Revolução Francesa, acelerado pelo abuso de poder exercido por Luís XIV, gerando a noção de cidadão, que iria derrubar a

Monarquia. (KOSELLECK, 1999). O iluminismo não é uma escola filosófica, mas no contexto da ascensão da burguesia europeia deu sentido às ideias desenvolvidas por pensadores e filósofos, destacando-se Hobbes e Locke, cujas contribuições para o desenvolvimento de teorias justificadoras do direito de propriedade são inegáveis.

É na lei da natureza que reside a fonte e a origem da justiça, mas é o pacto com poder coercitivo que assegura a todos o exercício da liberdade e a constituição do direito de propriedade em face das coisas a que o homem tem direito, por isso, o objetivo final a ser alcançado pelo soberano é a paz e a sua manutenção, a qual tem sua origem e sustentação na justiça natural, a qual preconiza que a justiça é o “[...] cumprimento dos pactos, é uma regra da razão, pela qual somos proibidos de fazer todas as coisas que destroem nossa vida.” (HOBBS, 2014, p. 127). A propriedade em Hobbes não é um direito natural, mas uma criação contratual, porque ela só existe no estado civil, instituída para a autopreservação. Enquanto o soberano detém o poder e a lei, os governados possuem a vida e a propriedade dos bens, cuja proteção fica a cargo do soberano. Por isso a propriedade deveria ser controlada pelo soberano, através de regras, por força “[...] das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais as ações pode praticar, sem ser incomodado por nenhum dos seus concidadãos: é a isso que os homens chamam propriedade.” (HOBBS, 2014, p.153).

Para John Locke, os direitos naturais do homem estão sintetizados na ideia de que o homem, ainda no estado de natureza, gozava de direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à felicidade. Contudo, o direito à propriedade era um direito em potência, concretizável pelo trabalho, inclusive para efeitos de acumulação. Para evitar dissabores, havia a necessidade de instauração de garantias com vistas à proteção dos bens mais preciosos, como vida, a liberdade e a propriedade, o que justificava a constituição de uma sociedade política personificada numa autoridade imparcial, com legitimidade para impor as leis e aplicar as penalidades, para que os indivíduos pudessem “[...] viver segundo uma regra permanente, comum a todos nessa sociedade e elaborada pelo poder legislativo nela erigido.” (LOCKE, 1998, p.403). A solução estaria no contrato social, sintetizado na ideia de um governo civil, onde os homens podem ser os juizes de suas próprias causas, com o objetivo de conservar seus direitos por meio de leis e, conseqüentemente, garantir o direito de propriedade, proteger a liberdade daqueles que não são proprietários, vender a força de seu trabalho, em última análise o contrato social tinha como objetivo a proteção da sociedade.

Hobbes e Locke são dois teóricos importantes que contribuíram para estabelecer modelos de sociedade, tendo como pilares a razão, a liberdade e a propriedade, cada qual com a sua visão de mundo, mas que em conjunto estabeleceram as bases teóricas do Estado liberal contemporâneo, que tem na propriedade privada um dos seus pilares fundamentais. Ambos partem de uma noção de estado de natureza para chegar ao contrato social, que em última análise é um pacto social que vai garantir, sobretudo, a liberdade e a propriedade, ainda que a igualdade apareça em seus escritos, cujo traço característico é a visão do indivíduo como um proprietário de si mesmo e não como parte de um todo social, atrelando a liberdade à propriedade, ou seja, o “[...] indivíduo é livre na medida em que é proprietário de sua pessoa e de suas capacidades.” (MACPHERSON, 1979, p.15).

Para Macpherson a ideia de propriedade de si mesmo é um elemento importante para definir o individualismo possessivo, que está presente no modelo de sociedade que ele denomina de sociedade de mercado possessivo, que são as modernas sociedades de mercado, no qual não existe uma divisão impositiva de trabalho ou recompensa, mas um mercado que abarca também a mão-de-obra, transformando-a em mercadoria, ou seja, as habilidades e capacidades para executar o trabalho são de sua propriedade, como seus pertences e não como integrantes de sua personalidade, sobre as quais ele tem a liberdade para vender a outros, nas quais as relações de mercado moldam e permeiam todas as demais relações sociais, configurando uma sociedade de mercado e não apenas uma sociedade de economia de mercado. (MACPHERSON, 1979).

A economia de mercado se caracteriza como um tipo de sistema econômico capitalista em que as decisões acerca das relações de trocas de bens são definidas pelo próprio mercado, com fundamento na propriedade privada e na liberdade, nos limites da ação regulatória do Estado. Assim como a economia de mercado tem como espaço o mercado, a sociedade de mercado também tem como *locus* o espaço organizacional político e jurídico, que preenche o modelo hobbesiano, visto que é uma sociedade na qual os indivíduos podem, por meio de ações, transferir poderes de outros em seu favor, [...], de modo tal a compelir todos os indivíduos a competirem por mais poder; e tudo isso, por métodos pacíficos e legais, que não destroem a sociedade à viva força.” (MACPHERSON, 1979, p. 70).

A propriedade, de acordo com Paolo Grossi, é fruto de uma construção histórica, fruto de uma mentalidade e, por isso, ao mesmo tempo que a propriedade é um problema técnico ela não é somente um problema técnico, porque, se por debaixo,

existem os grandes arranjos estruturais, por cima, existem as grandes certezas antropológicas, por isso a propriedade é central numa sociedade e a concepção de civilidade. Assim, a propriedade é uma resposta ao eterno problema do homem e a relação que possui com as coisas, o que a coloca sempre no interior de uma mentalidade. O autor entende por mentalidade, um “[...] complexo de valores circulantes em uma área especial e temporal, capaz pela sua vitalidade, de superar a diáspora de fatos e episódios espalhados e de constituir o tecido conectivo escondido e constante daquela área,[...]” (GROSSI, 2006, p.30).

O modelo de sociedade de mercado possessivo, tem no individualismo possessivo a sua característica marcante e encontra embasamento teórico nas teorias desenvolvidas por Hobbes e Locke, cada qual com as suas peculiaridades, que forjaram uma mentalidade, conforme referência retro, convergindo com a ideia de que a propriedade é um direito individual, que deve ser protegido pelo Estado. Macpherson, define esse modelo de sociedade, considerando postulados, como: inexistência de divisão impositiva do trabalho; inexistência de suprimento impositivo de recompensas ao trabalho; definição e obrigatoriedade impositiva no cumprimento de contratos; a maximização racional dos proveitos pelos indivíduos; a capacidade de trabalho do indivíduo é de sua propriedade, também, é alienável; os indivíduos são proprietários da terra e dos recursos que lhe pertencem e são alienáveis; os indivíduos podem almejar um nível maior de proveitos ou de poder do que já possuem e alguns indivíduos têm mais energia, qualificação ou posses do que outros. (MACPHERSON, 1979).

Nesta trilha Canotilho escreve que a concepção do individualismo possessivo pode ser extraída das ideias contratuais de Hobbes, que legitimou o poder absoluto e em Locke, cuja teoria contribuiu para a defesa da autonomia privada em face do Estado, especialmente para a proteção do direito à vida, à liberdade e à propriedade. Nesse contexto, a mentalidade que identifica o individualismo possessivo influenciou decisivamente a teoria liberal dos direitos fundamentais, considerando-os sempre como direitos de defesa do cidadão em face do Estado. (CANOTILHO, 2003). José Afonso da Silva anota que no Brasil, inicialmente o direito de propriedade fora concebido como “[...] uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natura e imprescritível.” (SILVA, 2014, p.119). Essa concepção, contudo, foi substituída por outra, de cunho exclusivamente civilista, em que o direito de propriedade passou a ser entendido como uma relação jurídica entre sujeitos: um ativo, proprietário e, um passivo universal, todo o conjunto de pessoas que têm o dever de respeitar o direito do proprietário. (SILVA, 2014).

A função da propriedade possessiva, contribuiu para a formação da mentalidade individualista e possessiva, sob a justificativa de que a função da propriedade individual era assegurar a liberdade do próprio indivíduo, fundado na ideia de que ele é proprietário de sua própria pessoa, de suas próprias capacidades, como por exemplo, a mão-de-obra e produtos que fabrica, podem ser alienados no âmbito da sociedade de mercado possessivo. Essa concepção modela as relações de mercado, que por sua vez moldam as relações sociais e assim, a sociedade se transforma num conjunto de indivíduos que se entendem livres, relacionando-se entre si como proprietários de suas próprias capacidades, estabelecendo trocas entre proprietários. (MACPHERSON, 1979). Todavia, esse modelo de liberdade está ancorado na relação do sujeito com a coisa e não entre os sujeitos. O ideário é: sou dono de mim mesmo, portanto, posso vender a minha liberdade no mercado e, com isso, ficam excluídas a Administração Pública, a política pública, porque a solução das demandas é sempre individualizada, entre o sujeito e a coisa e não entre sujeitos, o que afasta a cooperação.

Ao agir como dono de si, o sujeito molda os seus movimentos em torno do objeto e não em relação ao outro, por isso, não há o reconhecimento do outro como um igual, também sujeito de direitos, na condição humana. Para Hannah Arendt, a condição humana tem relação com a organização da vida que o homem, através de relações subjetivas e políticas, exteriorizadas na esfera pública, impõe a si mesmo para viver em sociedade. Com base no conceito de *vita activa*, a autora designa três atividades humanas fundamentais, dentre as quais destaca-se: a ação, que é exercida intersubjetivamente, “[...] sem a mediação de qualquer coisa ou matéria, o que corresponde à condição humana na pluralidade, ao fato de que homens e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo.” (ARENDRT, 2007, p. 15). No modelo de sociedade em que o indivíduo atua de forma possessiva, em que a relação acontece entre o dono e aquilo que lhe pertence, terra, homens, mulheres, na condição de objeto, dificulta a instituição do espaço público, político por excelência, onde os sujeitos se interrelacionam a partir do reconhecimento mútuo da condição humana.

Simbolicamente a propriedade é algo que o homem pode distinguir de si próprio, ainda que faça parte dele, transcendendo do mundo abstrato para o mundo concreto da liberdade política, porque “[...] a expressão “interesses civis” parece equivaler ao termo “propriedade” numa acepção ampla.” (LOCKE, 1998, p.150). Por isso, quando a noção de liberdade está contida na própria pessoa, como um objeto e não na relação com sujeitos, que se reconhecem como iguais na condição humana, estabelece-se um paradoxo. Se *Alter* quiser mais liberdade, ele precisa adquiri-la de *Ego*, porém, para

comprar a liberdade de *Ego*, ele precisa vender a sua liberdade ou parte dela e, ao vender a sua liberdade, se submete ao poder de compra de liberdade exercida por *Ego*, que pode lhe exigir mais liberdade do que possui, ou então, produzir mais liberdade (bens ou serviços). Assim, nesse modelo de sociedade individualista e possessiva, o exercício da liberdade de *Alter* está diretamente relacionada com a capacidade que *Ego* possui de satisfazer as exigências de *Alter* e vice-versa.

Alienar a liberdade é o mesmo que “[...] renunciar à qualidade de homem, aos direitos da Humanidade inclusive aos seus deveres [...]”, (ROUSSEAU, p.17), porque sem liberdade o homem se vê privado do que lhe é essencial e constitutivo, por isso a liberdade precisa ser protegida e a proteção dela decorre do contrato social. Para Rousseau, todo homem nasce livre, mas se ainda assim, se julgar o senhor dos outros, não deixa de ser mais escravo do que eles, porque a ordem social é sagrada e alicerce de todos os outros direitos. Por isso, atrelar a liberdade à propriedade é impedir a cooperação entre os homens, é enfraquecer a esfera pública política, é distanciar o Estado da sociedade, é impedir a adoção de políticas públicas em que todos participam e todos se beneficiam na perspectiva de vontade geral, porque a liberdade natural é limitada pelas forças do próprio indivíduo, enquanto que a liberdade civil é limitada pela liberdade geral.

A função da ideologia individualista possessiva foi a de impregnar com o seu conteúdo absoluto e autoritário as relações sociais e também os juristas, como por exemplo, a redação do artigo 4.071 do Projeto de Código Civil de Teixeira de Freitas em 1952, que possuía a seguinte redação: “Domínio [...] é o direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa própria (artigo 3.704, n.º 1), móvel ou imóvel (artigos 387 a 410), com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, [...]” (FREITAS, 1952, p. 1177). Na doutrina civilista é possível verificar como a concepção do direito de propriedade se desenvolveu por um bom tempo, fundada numa visão tecnicista, em que o proprietário exerce o poder de senhorio, ressalvadas as poucas limitações impostas pelo ordenamento jurídico, com as prerrogativas de usar, fruir e dispor daquilo que lhe pertence, como um direito absoluto, podendo inclusive destruir a coisa que lhe pertence, com eficácia *erga omnes*. (MIRANDA, 2001).

Essa concepção é reveladora da noção individualista, em que a finalidade da propriedade se resumia ao atendimento dos interesses exclusivos do proprietário, sem preocupação com o interesse social. O direito de propriedade no sentido clássico foi concebido como um poder, assegurado pelo direito, que o proprietário detinha sobre o bem, com finalidade estritamente individual. A propriedade na perspectiva do

individualismo possessivo, concebido pelos contratualistas Hobbes e Locke, contribuiu para que a lei, como expressão normativa do Direito, definisse o direito de propriedade e as prerrogativas do proprietário, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente impôs ao restante da sociedade obrigações de não fazer, garantindo o direito de propriedade por meio de mecanismos legais, administrativos e jurisdicionais. A ordem jurídica, neste sentido, protege o interesse do proprietário, em sintonia com a definição de Hiering, para o qual, o direito não é mais que um interesse protegido pela lei. (IHERING, 1909).

A crítica a essa concepção está no poder que o proprietário tem, inclusive de destruir, abandonar, não utilizar ou sub-utilizar o bem que lhe pertence, sem que isto acarretasse qualquer consequência jurídica em relação ao seu direito de propriedade. A crítica não se localiza na proteção do direito, porque direito e garantia são co-naturais, visto que qualquer direito, sem a proteção estatal, não é direito, mas na visão privatista de um direito. Nesse contexto, as primeiras Constituições brasileiras foram influenciadas pelo individualismo possessivo, ao garantir o direito de propriedade de forma absoluta, a despeito da possibilidade de desapropriação em função do interesse público e, com o passar do tempo foi sendo mitigado pelo princípio da função social da propriedade. As duas primeiras constituições, a Monárquica de 1824 e a Republicana de 1891, garantiam a propriedade na sua plenitude e, neste contexto, foi aprovado o Código Civil de 1916, corroborando com a noção individualista da propriedade, através da noção liberal-individualista, ao consolidar os princípios do individualismo e do liberalismo, a organização das instituições jurídicas em torno do patrimônio, o regime jurídico da propriedade privada, com a noção de domínio, o sistema de sucessão *causa mortis* que assegura a transmissão da propriedade segundo regras igualitárias e individualistas, assegurando ao proprietário o direito de testar e a concepção da família sob o princípio da autoridade marital. (MARTINS-COSTA, 1999).

Assim não havia espaço para as políticas públicas relacionadas com o acesso e o uso da propriedade, como efeito do princípio do individualismo possessivo, que ao tipificar a propriedade como uma mercadoria, que deveria ser adquirida no mercado, cada um deveria realizar a demanda de acordo com o seu interesse e capacidade e, assim, também, em relação ao uso, porque a propriedade era considerada plena, afastando, portanto, intervenções condicionadoras da utilização dos bens. Por outro lado, no plano da proteção, foram instituídas e implementadas políticas públicas assecuratórias do direito de propriedade, cujo núcleo estruturante estava configurado no regime jurídico da propriedade privada no Código Civil de 1916, de onde irradiavam

competências e mecanismos responsáveis pela segurança jurídica da propriedade, como por exemplo, os tabelionatos de notas e os registros de imóveis. Ainda no contexto da política pública assecuratória do direito de propriedade, encontram-se as ações protetivas da posse e do direito de propriedade, além de tipos penais com previsão de pena para quem afetasse a posse e o direito de propriedade de outrem.

Essa é a narrativa, ainda que fragmentada, da ocupação do solo no Brasil, que contribuiu para a modelação da estrutura do Estado brasileiro e suas organizações políticas e jurídicas, assim como das relações sociais e econômicas no âmbito da sociedade brasileira, em parte fruto da concepção de individualismo possessivo, em que o interesse individual se sobrepunha ao interesse coletivo, devidamente legitimado pela ordem jurídica. Naquele momento histórico não havia política pública, como concebida a partir da metade do século passado, em especial porque o modelo de gestão pública era orientado pelo patrimonialismo e não pelo interesse público republicano, o que somente viria a ocorrer mais recentemente no quadro histórico brasileiro. Contudo, na perspectiva sistêmica é possível afirmar que todas as decisões tomadas e que resultaram no quadro descrito, foram decisões/comunicações contingenciais, que geraram outras decisões que permearam a evolução do direito de propriedade nos textos constitucionais e infraconstitucionais até o advento da Constituição de 1988.

3.2 Dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada, com fundamento nas constituições republicanas de 1891 a 1988.

A gênese da estrutura organizacional do Estado brasileiro, assim como as relações sociais e econômicas, em boa parte resultou de um modelo mental ancorado fortemente no individualismo possessivo, conforme referido na primeira parte desse Capítulo. Contudo a partir da instauração da República e as suas constituições supervenientes vai mitigando o modelo mental individualista sofreu mitigação o que abriu espaço para um modelo voltado mais para o social, ainda que a propriedade privada continuava e continua a ser assegurada como uma garantia dos direitos fundamentais de liberdade. Por isso, a partir daqui, far-se-ão apontamentos sobre o processo evolutivo desse modelo, procurando demarcar pontualmente alguns dos

marcos políticos e jurídicos relacionados com os direitos de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil.

A construção de modelos mentais, a despeito de ser utilizado há muitos anos em várias áreas do conhecimento humano, não existe univocidade acerca de seu conceito. Para Tarciso A. Borges é o mediador entre a realidade e a mente humana. (BORGES, 1999). Nas palavras de Luís Guedes o modelo mental é uma representação do ambiente, suas ideias, decisões e acontecimentos e, como tal, oferecem um esquema simplificado para interpretar a realidade dentro de determinado contexto, por isso, pode ser entendido como o modo dominante do pensamento individual ou de um grupo, que acaba influenciando todos os aspectos da vida individual e social de uma coletividade, porque as relações se estabelecem de acordo com o modelo refletindo a percepção da realidade. (GUEDES, 2018). Todavia, para Luhmann o conhecimento é algo construído, o que leva a entender que todo modelo mental é uma construção social, razão pela qual, ele não existe fora da sociedade.

Neste sentido, a origem do modelo mental, acerca do acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada no Brasil, está demarcada pela tomada de decisão da Coroa portuguesa de introduzir um ideário liberal, explorador e extrativista, com a divisão do território descoberto a pouco em capitanias hereditárias e as sesmarias. A proclamação da República em 1891, fortaleceu e institucionalizou a ideologia do modelo liberal individual possessivo, ao propagar os ideias liberais e, no plano dos direitos, assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade em toda a sua plenitude, mantendo o tratamento dispensado ao direito de propriedade pela Constituição do Império, com a ressalva da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. No plano político, o Monarca foi substituído por um Presidente, que passou a ser a figura representativa do País, submetido a uma roupagem jurídica estruturada na tripartição dos poderes, nos moldes teóricos de Montesquieu. Representou o fim do pacto entre a monarquia e a escravidão, o que gerou descontentamento entre os latifundiários e os senhores de engenho (CRETELLA JUNIOR, 1988, p.9).

O fim do pacto entre a monarquia e a escravidão é representativo da evolução do modelo mental originário, porque por um lado introduz um novo elemento, que é a relação negocial entre patrão e empregado, no âmbito da qual, o segundo vende a liberdade através do trabalho e, por outro, exclui formalmente o regime de escravidão, com a concessão da liberdade ao escravo, o que é contraditório no plano dos fatos. No

contexto da liberdade, o homem livre vende a sua liberdade e o escravo “ganha” a liberdade, sem, contudo, recebê-la, porque para tanto, teria que vendê-la, mas não encontrava comprador. Neste contexto a terra foi transformada em mercadoria, de sorte que o acesso se dava pela compra, um negócio jurídico entre o vendedor, detentor do direito de propriedade e o comprador, desejoso de ter a propriedade, de acordo com as regras do mercado. A legitimação do mercado da terra veio através da Lei de Terras de 1850, que distinguiu a propriedade privada da propriedade pública, cabendo à União as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, na extensão de 10 léguas, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Além disso, ensejou a codificação do direito privado e a criação de instrumentos protetivos de direitos com a edição de dois marcos jurídicos relacionados com a propriedade: o Código Civil de 1916, que dispôs, entre outros, sobre o regime jurídico da propriedade privada e, também, o Decreto de n.º 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, que reorganizou o registro de imóveis, com vistas a maior jurídica da propriedade. Na década de 1930 dois fenômenos marcaram posição e progressivamente impactam o espaço urbano: a industrialização e a migração do campo para a cidade fazendo com que o grau de urbanização era de 31,24% em 1940 e gradualmente foi se elevando até atingir 84,36% no ano de 2010, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas-IBGE. Nesse contexto, ocorreu a urbanização “à brasileira”, gerando a deterioração do espaço urbano, a desorganização social, a carência de habitação, o desemprego, problemas de higiene e saneamento básico, modificando a utilização do solo urbano e a transformando a paisagem urbana, cujas soluções obrigatoriamente passam pela intervenção do poder público, via urbanificação, que é um “[...] processo deliberado de correção da urbanização, ou na criação artificial de núcleos urbanos.” (SILVA, 1997, p.21).

O processo de urbanização foi intenso no Brasil e a partir de 1970 a população residente dos espaços urbanos superou a população residente nas áreas agrícolas, quando 55,92% da população brasileira foi considerada urbana, com forte concentração urbana na região sudeste, enquanto nas demais regiões a maior parte da população permanecia residindo em áreas rurais. No período de 1950-60 a taxa de crescimento da população urbana atingiu 5,24%, enquanto que a população brasileira crescia em torno de 3% ao ano, mas foi também a partir dos anos 1970 que a população total brasileira começou a apresentar taxas negativas de crescimento, acarretando, também, uma desaceleração no ritmo de crescimento da população urbana.

A segunda Constituição republicana, promulgada em 16 de julho de 1934, influenciada pelas revoluções sociais do início do século XX, teve enfoque democrático e assegurador da unidade, assim como da liberdade, da justiça e do bem-estar social e econômico, na perspectiva de Estado social e outorgou à União competências para legislar sobre o bem-estar, a ordem, a tranquilidade e a segurança pública, quando exigisse a necessidade de regulamentação uniforme. (MIRANDA, 1963, p.8). Foi por meio dela que se instituiu o constitucionalismo social, no Brasil, pautando a ordem econômica pelos princípios da justiça, com vistas à uma existência condigna. (SARLET, 2017, p.242).

Foi a partir da década de 30, do século passado, que se iniciaram no Brasil as atividades com foco no desenvolvimento de conhecimento científico, com o propósito de subsidiar a formulação de políticas públicas para o Estado Nacional-Desenvolvimentista que estava sendo implantado. (VAITSMAN, RIBEIRO E LOBATO, 2013). Apesar dos esforços desenvolvidos com o escopo de subsidiar as políticas públicas, o processo de urbanização no Brasil careceu de políticas públicas específicas, através de marcos legais, disciplinando o ordenamento urbanístico, ambiental e social do solo urbano, assim como políticas públicas de acesso e uso do direito fundamental a propriedade. O direito positivo manteve-se fiel ao passado, com forte conotação individualista, desconectado com a nova realidade fortemente urbana, e a propriedade urbana continuava a ser tratada predominantemente na sua dimensão de liberdade negativa do proprietário da gleba, sem implementar políticas públicas de acesso e uso adequado à propriedade imobiliária urbana, tanto na perspectiva urbanística, quanto ambiental, além de fomentar a aquisição.

Apesar do princípio da função social da propriedade, não foram aprovadas leis que estabelecessem parâmetros para defini-la, o que revela a ineficácia do princípio naquele momento, mantendo-se em vigência, inalterado o Código Civil de 1916, fortemente individualista. Assegurou o direito de propriedade privada, porém, não na plenitude, como as anteriores, de sorte que o exercício do direito de propriedade, não podia mais ser exercido contra o interesse social ou coletivo, nos limites a serem disciplinados por lei. A garantia do direito de propriedade, limitava a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, assim como o uso da propriedade particular em favor do interesse público, nos termos da lei, institucionalizado pelo Decreto-lei 3.365/41, caracterizando a desconstitucionalização do direito de propriedade.

A quarta constituição brasileira e a terceira com conteúdo republicano é a de 1937, outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas, aos 10 dias do mês de

novembro de 1937, quando implantou a ditadura do Estado Novo. Apesar de a Constituição assegurar aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, havia a previsão de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. Manteve-se a desconstitucionalização do conteúdo do direito de propriedade e, além disso, fortemente centralizado na Presidência da República em face do poder normativo exercido por meio de decretos.

Nesse período foi editado o Decreto-lei de n.º 25/37, que definiu e organizou o patrimônio histórico e artístico nacional, o qual foi recepcionado pela Constituição de 1988 e derogado parcialmente pela Lei federal de n.º 13.105, de 16 de março de 2015, possivelmente inspirado na Constituição de 1934, porque revela uma preocupação social, ao impor ao proprietário a obrigação de preservar o bem tombado, como um dever inerente ao direito de propriedade. (PRESTES, 2006). A partir desse período vários fatores políticos, econômicos e sociais produziram transformações, dando início a um novo processo de industrialização, (OLIVEN, 2010), agravando os problemas relacionados ao parcelamento do solo urbano e as alienações, o que levou o governo a editar o Decreto-lei de n.º 58, de 10 de dezembro de 1937, o qual dispôs sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

O referido estatuto e o Decreto regulamentador 3.079/1938 apresentavam dois focos distintos, porém, inter-relacionados, que eram o parcelamento do solo urbano para venda dos lotes ao público e o contrato de compra dos lotes resultantes do parcelamento. Ainda que o primeiro tinha por função reger aspectos da ordenação do solo urbano e a consequente afetação das vias de circulação e os espaços públicos, a concepção era fortemente civilista, porque o propósito era dar segurança jurídica ao adquirente do lote, através de um contrato com possibilidade de gerar efeitos *erga omnes*. Nesse período também foi editado o Decreto-lei 3.365/1941, dispondo sobre as desapropriações por interesse e utilidade pública e em 5 de setembro de 1946, foi editado o Decreto-lei n.º 9.760, dispondo sobre os bens imóveis da União.

A quinta constituição brasileira e a quarta constituição republicana 1946, promulgada aos 18 dias do mês de setembro de 1946, pôs fim ao Estado Novo, restaurando a democracia e a valorização dos direitos humanos, no âmbito interno e internacional. Adotou postulados democráticos e um viés social, constitucionalizando pela primeira vez o direito à vida, além de inaugurar o termo direitos fundamentais e suas garantias, assegurando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à

propriedade, cujo uso deveria estar condicionado ao bem-estar social, reservando ao Estado, o poder de desapropriar por necessidade ou utilidade pública e interesse social e, em caso de perigo iminente as autoridades podiam usar da propriedade particular.

A despeito do avanço constitucional sobre a função social da propriedade, não foram aprovados marcos normativos de concepção social da propriedade, com vistas à promoção dos direitos à moradia e outros direitos sociais dignificadores da vida humana, com a ressalva da Lei n.º 4.132/62, que dispôs sobre a desapropriação por interesse social. Ainda assim, Pontes de Miranda, advertia os juristas, que por força das transformações ocorridas, o direito de propriedade deveria ser visto através da Constituição e não apenas pelo Código Civil. (MIRANDA, 1946). A concepção de propriedade inserido no texto constitucional de 1946, conciliava dois interesses básicos, o individual e o social, além de elevar a função social da propriedade à condição de princípio. (PIRES, 2007).

No início da década de 1960, o processo de urbanização, industrialização e o crescimento metropolitano apresentavam crescimento intenso e, nesse cenário, a população urbana representava 45,08% da população total, o que aumentava cada vez mais a demanda por moradia, acarretando a ampliação das favelas e a abertura de loteamentos periféricos, muitas vezes clandestinos, revelando a incapacidade das cidades em atender essas demandas com adequada infraestrutura, moradia e trabalho. (Monte-Mór, 2008). Além disso, o modelo de urbanização instituído no Brasil foi fortemente concentrador, porque 60% da população urbana vive em 224 municípios com mais de 100.000 habitantes e, desse total, 94 integram aglomerados urbanos e regiões metropolitanas com mais de 1 milhão de habitantes (ROLNIK, 2007, p. 271). Foi entre 1940 e 1980 que ocorreu a verdadeira inversão quanto ao lugar de residência da população brasileira, enquanto a população brasileira triplicava, a população urbana se multiplicava por sete vezes e meia. (SANTOS, 1996).

Em face das demandas relacionadas com o acesso à moradia nas cidades, foi aprovada a Lei federal de n.º 4.380/1964, a qual instituiu o Sistema Financeiro Habitacional-SFH, criou o Banco Nacional da Habitação-BNH, as Sociedades de Crédito Imobiliário, instituiu as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo-SERFHAU, entre outras providências, cujo objetivo era a institucionalizar as políticas públicas de habitação e de planejamento territorial, sob responsabilidade do Ministério do Planejamento. Aos Estados e Municípios, restou a responsabilidade pela elaboração e a execução de planos diretores, projetos e orçamentos para a solução dos seus problemas habitacionais e, à iniciativa privada, coube a promoção e

execução de projetos de construção de habitações segundo as diretrizes urbanísticas locais. Embora a aparente conotação sistêmica, a política de acesso à propriedade foi concebida de forma vertical e fortemente centralizada no âmbito da União.

O fomento à aquisição da casa própria ensejou, também, a verticalização das cidades, contudo, não havia um marco legal regrado as edificações em regime condominial por pavimentos, o que ensejou a aprovação da Lei federal de n.º 4.591/1964, que dispôs sobre dois temas: do condomínio edilício e as incorporações imobiliárias. O primeiro instituiu um regime jurídico especial para as edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais ou não-residenciais, que poderiam ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, constituindo, cada unidade, propriedade autônoma. O segundo, tratou do regramento das incorporações imobiliárias, a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção com vistas à alienação de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, após o arquivamento, no cartório competente de Registro de Imóveis, um conjunto de documentos visando a segurança jurídica dos adquirentes.

E assim, fecha-se o ciclo da Constituição de 1946, porque a despeito de o Ato Institucional datado de 9 de abril de 1964, manter a Constituição de 1946, na sequência o Ato Institucional de n.º 4, determinou a convocação do Congresso Nacional para que votasse e promulgasse um novo texto constitucional, resultando a Constituição de 1967, a qual foi promulgada no dia 24 de janeiro de 1967 e alterada posteriormente, por força da Emenda Constitucional de n.º 1, datada de 17 de outubro de 1969, mantendo o sistema federativo, a separação de poderes e a forma republicana de governo, porém com forte viés centralizador em favor da União e em desfavor dos Estados, atribuindo ao Estado a função de agente do desenvolvimento econômico. (FERNANDES, 2014).

Pela primeira vez, o direito de propriedade foi inserido nos capítulos dos direitos e garantias individuais e da ordem econômica e social, assegurando aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, atribuindo-lhe pela primeira vez, de forma expressa, a função social. Para tanto, a União estava autorizada a promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, em títulos especiais da dívida pública, em especial sobre propriedades rurais cuja forma de exploração estivesse em desconformidade com a função social, de

acordo com o estabelecido em lei. Manteve a intervenção do Estado na propriedade particular em caso de perigo público iminente, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

Embora a Constituição de 1946 já tivesse atribuído expressamente à União a competência para legislar sobre direito agrário, é a primeira vez que uma Constituição fez referências à aquisição da propriedade rural por brasileiro ou estrangeiro, outorgando à legislação infraconstitucional o regramento sobre condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade do território, a segurança do Estado e justa distribuição da propriedade. Contudo, a despeito de a Constituição contemplar a função social da propriedade na ordem econômica e social, verifica-se que não existiu nenhuma menção à cidade, à política de ordenação do solo urbano e da propriedade urbana, ressalvadas a tributação da propriedade urbana e a disposição sobre a competência para legislar sobre direito urbanístico.

Portanto, o foco principal foi a propriedade agrária e, nesta toada, foram aprovados diversos textos legais, tratando da terra e de políticas públicas relacionadas com a atividade agrária, ressaltando-se a lei federal de n.º 4.947, de 6 de abril de 1966, que fixou normas de direito agrário e, além disso, dispôs sobre o sistema organizacional e funcional do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária, entre outras disposições; o Decreto-lei de n.º 148, de 8 de fevereiro de 1967, o qual dispôs sobre a organização da vida rural, as investidas das associações rurais nas funções e prerrogativas de órgão sindical; o Decreto-lei de n.º 167, de 14 de fevereiro de 1967, dispondo sobre títulos de crédito rural entre outras providências; o Decreto-lei de n.º 554, de 25 de abril de 1969, dispondo sobre a desapropriação por interesse social de imóveis rurais, para fins de reforma agrária, e entre outras providências.

Pelo Decreto-lei de n.º 1.110, de 9 de julho de 1970, foi criado o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-INCRA, entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Agricultura, e, a consequente extinção do Instituto Brasileiro de Reforma Agrária-IBRA), do Instituto Nacional de Desenvolvimento Agrário-INDA e do Grupo Executivo da Reforma Agrária-GERA, cabendo-lhe promover e executar a reforma agrária, com vistas à correção da estrutura agrária do país, adequando-a aos interesses do desenvolvimento econômico, e social; promover, coordenar, controlar e executar a colonização e, também, promover o desenvolvimento rural através da coordenação, controle e execução, preferencialmente, das atividades de cooperativismo, associativismo e eletrificação rural. A lei federal n.º 5.868/1972, instituiu o Sistema Nacional de Cadastro Rural e a Lei federal n.º 5.709/1971, regulou a

aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil, entre outras providências.

A Constituição de 1967 e a Emenda de 1969, não contemplaram nenhuma disposição sobre matéria urbanística, mas mesmo assim foram institucionalizados alguns marcos legais, relacionados com o espaço urbano e a propriedade urbana, permeados por concepções setoriais, centralizadas e verticalizadas, embora permeados da noção de políticas públicas integradas. Embora tenha se mantido silente em matéria de direito urbanístico, as transformações sociais provocaram o surgimento do direito urbanístico no Brasil, que de acordo com José Afonso da Silva, é fruto das transformações sociais e decorre de uma nova função do Direito, com a finalidade de ofertar instrumentos jurídicos de intervenção, em nome do princípio da legalidade, com o objetivo de ordenar a realidade em prol do interesse da coletividade. (SILVA, 1997).

Até o advento do Estado Social, o direito era observado como um instrumento de segurança coletiva, com vistas à paz social, por ser regulador da conduta humana, comunicando a premissa de que se determinado comportamento não é proibido pela ordem jurídica, é permitido, isto porque a norma jurídica é reguladora da conduta humana e ao mesmo tempo uma ordem coativa, impositiva de sanções em face de condutas indesejáveis. (KELSEN, 2015). Os instrumentos jurídicos que o Estado utilizava, para intervir no domínio privado, eram predominantemente limitadores do exercício do direito de propriedade, porque decorrentes do exercício da função de polícia e não no sentido de ordenar e promover o uso do solo urbano de acordo com as necessidades sociais, isto porquê, a própria concepção do Direito positivo tinha um viés orientado pela imperatividade linear e hierárquica, de acordo com os princípios e valores que fundamentavam a concepção do Estado e da própria sociedade, sua estrutura e seu funcionamento naquele momento histórico.

Todavia, as transformações sociais e econômicas provocaram metamorfoses no Direito, que de regulador de comportamentos humanos – controle social –, passou, a ter uma função promocional – direção social –, notadamente em face dos direitos fundamentais sociais. Ao invés de a ordem jurídica se caracterizar pela imposição de sanções negativas, típicas da ordem jurídica na perspectiva kelseniana, o Direito passou a ter também uma função promocional, que se desenvolve pelo instrumento das sanções positivas, estimulando, incentivando, a realização de atos socialmente desejáveis. A teoria funcionalista do Direito não se opõe a concepção estrutural-kelseniana, mas um acréscimo necessário diante do novo cenário apresentado pela concepção social de Estado. (BOBBIO, 2007).

E nesse contexto, várias leis infraconstitucionais de natureza agrária e urbanística incrementaram a ordem jurídica, porém, um traço comum permeia os marcos normativos, que é a centralização na União, numa concepção vertical e linear e, também, a setorialidade, culminando em leis casuísticas, afastadas de qualquer concepção sistêmica, horizontal, a despeito de alguns textos legais fazerem referência às ações coordenadas e integradas, mas sempre sob o comando da União. Um destes marcos legais é a Lei federal de n.º 6.256/1975, instituidora do fundo de apoio ao desenvolvimento urbano, com o objetivo de apoiar financeiramente a implantação e melhoria da infraestrutura urbana, com foco no sistema viário e nos serviços públicos; na instalação e melhoria dos equipamentos sociais urbanos e outros programas e projetos prioritários para a execução da política nacional de desenvolvimento urbano.

Outra novidade foi a instituição de regiões metropolitanas, que se caracterizam como um conjunto territorial intensamente urbanizado, demograficamente denso, um polo de atividade econômica, formando uma mesma comunidade socioeconômica, cabendo à União, por meio de lei complementar, estabelecê-las, com vistas à realização de serviços comuns, fugindo do modelo ortodoxo de divisão político-territorial, em que a cidade integra a área do município, quando nas regiões metropolitanas, existe uma única cidade que se projeta sobre o território de vários municípios. Alguns fatores contribuíram para que os propósitos almejados não fossem levados a bom termo: a coordenação centralizada na União, a falta de recursos necessários para que os Estados pudessem implementar o regime jurídico-administrativo proposto e a participação induzida dos municípios na execução do planejamento integrado e dos serviços comuns, visto que os municípios que participassem teriam preferência na obtenção de recursos federais e estaduais, inclusive sob a forma de financiamentos, bem como de garantias para empréstimos. (GRAU, 1983).

Outra providência legislativa, foi a edição do Decreto-lei de n.º 271/1967, o qual dispôs sobre o loteamento urbano, responsabilidade do loteador, concessão de uso e sobre o espaço aéreo, distinguindo as duas principais modalidades de parcelamento do solo urbano, que são o loteamento e o desmembramento, bem como definiu o que vem a ser zona urbana, derogado, posteriormente, pela Lei federal de n.º 6.766/ 1979, que não se restringiu às disposições sobre o parcelamento e uso do solo urbano, mas impôs algumas limitações, vedando a autorização de loteamento em áreas sujeitas a inundações sem que sejam tomadas providências para o escoamento das águas, além de vedar o parcelamento do solo urbano em terrenos que tenham sido aterrados com

material nocivo à saúde; em terrenos com declividade superior a 30%; em terrenos com condições geológicas desfavoráveis e, em áreas de preservação ecológica ou naqueles onde a poluição impeça as condições sanitárias suportáveis.

Ademais ampliou os contornos conceituais definidos anteriormente pelo Decreto-lei n.º 271/67, ao definir que o loteamento regido pela Lei federal n.º 6.766/79 tem finalidade a constituição de núcleos urbanos habitacionais, impondo uma infraestrutura básica, que consiste em equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. Nesse sentido, o loteamento urbano passou a ser visto como um processo de urbanização (LEAL, 2003). Portanto, a referida lei foi além dos marcos legais anteriores, afastando-se da concepção de instrumento jurídico meramente disciplinador de parcelamento de gleba para efeitos de alienação de parcelas, sem preocupação com aspectos urbanísticos e ambientais.

Noutra demonstração de centralização setorial, foi aprovada a Lei federal n.º 6.261/1975, que instituiu o Sistema Nacional de transportes urbanos, que dispôs sobre o Sistema Nacional dos Transportes Urbanos, que compreende o conjunto dos sistemas metropolitanos e sistemas municipais nas áreas urbanas, vinculados à execução das políticas nacionais dos transportes e do desenvolvimento urbano. Os sistemas metropolitanos e municipais de transportes urbanos deveriam ser organizados de acordo com os planos diretores e projetos específicos, de forma a assegurar a coordenação entre o sistema viário, transportes públicos, portos e aeroportos, tráfego e elementos de conjugação, objetivando maior eficiência, a compatibilização com os demais sistemas de viação e com os planos de desenvolvimento urbano, com vistas a obter uma circulação eficiente de passageiros e cargas, garantindo ao transporte terrestre, marítimo e aéreo possibilidades de expansão, sem prejuízo da racionalidade na localização das atividades econômicas e das habitações.

Naquela época, mais precisamente em 1976, entrou em vigor a nova Lei dos Registros Públicos de n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei de n.º 6.216, de 30 de junho de 1975, trazendo importantes inovações, notadamente na seara do registro de imóveis, com a instituição do fôlio real, em substituição ao sistema anterior, que era o do fôlio pessoal, além da escrituração mecânica em substituição a escrituração manuscrita, com o propósito de aumentar a segurança jurídica da propriedade, nos seus aspectos fáticos e jurídicos. No plano jurídico, a escrituração de todos os atos registrares constitutivos ou declarativos de direitos relacionados com o imóvel, na matrícula do imóvel aumentaram a segurança, se comparado com o sistema

anterior, em que esses atos registrares eram escriturados em vários livros, dependendo sempre de remição, o que em caso de esquecimento, podia acarretar prejuízos imensuráveis.

Sob a justificativa da urgente e indispensável adoção de estratégias novas em matéria habitacional, saneamento básico e de desenvolvimento urbano, a serem coordenadas por um órgão superior da Administração Pública federal e, também, em face da relevância que a política de meio ambiente, inter-relacionada com o saneamento básico e com o desenvolvimento urbano requer, com vistas às tomadas de decisões em nível ministerial, para tornar mais justas e eficazes as políticas públicas nesses setores para o desenvolvimento social, foram criados os Ministérios do Desenvolvimento Urbano e do Meio Ambiente, por meio do Decreto-lei de n.º 2.274, datado de 15 de março de 1985. Por força da Lei federal de n.º 7.319, de 11 de junho de 1985, foi criado o Ministério da Reforma e do Desenvolvimento Agrário-MIRAD e, conseqüentemente, extinguido o Ministério Extraordinário de Assuntos Fundiários.

A setorização da legislação infraconstitucional, assim como sua verticalização, parecem ser traços que permeiam a institucionalização da ordem jurídica positiva no Brasil, notadamente sobre as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade. Percebe-se que desde a primeira Constituição republicana, o foco central sempre foi a garantia do direito de propriedade e, por conseqüência, a institucionalização e o aperfeiçoamento dos instrumentos protetivos. Contudo, o princípio da função social da propriedade foi densificado e houve uma ampliação das possibilidades e dos instrumentos de intervenção do Estado na propriedade privada.

Assim, se por um lado, havíamos alcançado a noção de função social da propriedade, por outra, faltava a efetivação da noção de função social da cidade, o que veio no bojo da Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, a qual preconiza que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como princípios fundamentais a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político e, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, assim como da redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao tratar dos direitos e das garantias, a Constituição expressa que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, em consonância com as garantias asseguradas e, também, define os direitos fundamentais sociais, que são: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Ademais, os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais irradiam comandos que se conectam com outros títulos e capítulos da Constituição, em especial a ordem econômica e financeira, no âmbito da qual estão compreendidos, entre outros, os títulos atinentes às políticas urbana, agrícola, fundiária e da reforma agrária, assim como o capítulo que trata do meio ambiente. A Constituição de 1988 instaura uma nova ordem política e jurídica, concebida numa perspectiva democrática e com forte conotação social, ao colocar o homem na posição de centralidade, assegurando-lhe direitos e garantias fundantes. Esse novo *status* jurídico irradia sua força normativa para todo o ordenamento jurídico, condicionando a execução e a aplicação das normas, além de vincular a atuação dos poderes públicos. (MOURA, 2017).

A Constituição de 1988 arrolou o direito de propriedade como um direito fundamental e estabeleceu garantias expressas: a desapropriação somente pode ocorrer de acordo com procedimento estabelecido por lei, com fundamento em necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, com as ressalvas previstas nessa própria Constituição, que o uso da propriedade privada pelo Poder Público somente poderá ocorrer em caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano, que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva e, além disso, a lei deve dispor sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento e, também, lhe impôs a obrigatória observância da função social, estabelecendo os parâmetros ao tratar das políticas públicas urbana e agrária, corroborado pela Ordem Econômica, ao eleger o direito de propriedade e a função social da propriedade como princípios da ordem econômica.

Outro aspecto sobre a constitucionalização do direito urbanístico, é a constitucionalização-inclusão, que se caracteriza pela ampla disciplina normativa constitucional, instituindo o regime básico do direito infraconstitucional, “[...] tanto no

seu aspecto *orgânico* – ao definir as competências e procedimentos – quanto no aspecto *inorgânico* – ao delimitar os direitos fundamentais e os fins esperados” (MOURA, 2017). Noutro plano, a constitucionalização-releitura sinaliza que a conformação das normas, categorias e institutos urbanísticos infraconstitucionais, devem se conformar com o vetor axiológico da Constituição, para efeitos de criação, interpretação e aplicação dos bens e valores da sociedade prestigiados na lei fundamental, o que implica em uma reordenação das relações, públicas e privadas, que se estabelecem no espaço urbano. (MOURA, 2017).

O processo constituinte que precedeu a Constituição de 1988 sofreu o influxo de intensa mobilização social no sentido de garantir a incorporação de demandas setoriais, dentre as quais a política urbana democrática, garantindo a participação da sociedade nos processos de formatação das políticas públicas e, assim, à medida em que a Constituição reconhecia novos direitos, passou a definir, também, novos mecanismos de participação política paralelamente aos tradicionais, rompendo com a visão maniqueísta que contrapõe Estado e Sociedade. (TONELA, 2013). Entre as demandas sociais reivindicadas estava um modelo de política urbana democrática, com marcos legais definidores de ações voltadas ao acesso, proteção e uso da propriedade em consonância com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, resultando na constitucionalização do direito urbanístico.

Assim, por força da constitucionalização do direito urbanístico foram instituídas diretrizes básicas para o regime jurídico urbanístico infraconstitucional, estabelecendo que a execução da política de desenvolvimento urbano é de competência do Poder Público municipal e o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana é o plano diretor, dotado de critérios definidores da função social da propriedade urbana, além de dispor sobre as diretrizes básicas para política pública de acesso originário à propriedade urbana. Da mesma forma a Constituição estabelece diretrizes básicas sobre a propriedade agrária, atribuindo à União a competência para promover a política pública de acesso à propriedade agrária, em especial através da reforma agrária, embora estabeleça limites para efeitos de desapropriação, além de diretrizes básicas para uso da propriedade rural, que têm a função de servir de parâmetros para o cumprimento da função social da propriedade rural.

No plano da legislação infraconstitucional com vistas à regulamentação da Constituição de 1988, além da aprovada anteriormente e recepcionada por ela, destacam-se algumas leis que dispõem sobre matérias relacionadas com o acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária no Brasil, como por exemplo, a aprovação do

Estatuto da Cidade – Lei federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001 – que estabelece normas de ordem pública e interesse social reguladoras do uso da propriedade urbana que deve estar em sintonia com o bem coletivo, a segurança e o bem-estar dos cidadãos e, também, em consonância com o equilíbrio ambiental e, além disso, que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. No âmbito do direito agrário a aprovação da Lei federal de n.º 8.629/1993, que dispõe sobre os parâmetros, graus e critérios para aferição da propriedade produtiva e que esteja cumprindo a função social, além da Lei Complementar de n.º 76/1993, que dispõe sobre o procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária.

O direito fundamental à propriedade não se resume à garantia da proteção do direito de propriedade imobiliária, pois, se por um lado, o proprietário possui interesses juridicamente protegidos que lhe conferem uma gama de poderes e direitos, por outro, necessariamente o ordenamento jurídico impõe deveres correlatos a serem prestados ou observados, não apenas pelos terceiros não proprietários, mas também pelo proprietário, o que complexifica a noção de direito de propriedade à luz da Constituição brasileira, reforçando a funcionalização do direito de propriedade. (GUERRA, 2011). A garantia constitucional do direito fundamental à propriedade não se esgota em si mesmo, mas se entende ampliada para alcançar o direito fundamental de se tornar proprietário, além do direito de fruição das utilidades da propriedade que transcendem às utilidades práticas que o direito de propriedade assegura ao seu proprietário, que é a concretização da função social da propriedade.

Ainda, se por um lado, a Constituição federal assegura o direito de propriedade, impõe-lhe a observância da função social de acordo com as diretrizes expressas nos capítulos concernentes às políticas urbana, agrícola, fundiária e da reforma agrária, além de outras passíveis de serem extraídas do texto constitucional, por outro, cabe a legislação infraconstitucional a definição dos contornos, do conteúdo e da extensão do direito fundamental à propriedade privada imobiliária, além do instrumental jurídico regulador de políticas públicas e de programas que tenham por finalidade a concretização do direito fundamental à propriedade. Todavia, a concretização desses direitos se opera por meio do exercício de funções administrativas.

No contexto da evolução dos sistemas, desde a Constituição de 1934 a propriedade passou a estar condicionada pelo princípio da função social, como resultado do acoplamento estrutural entre vários sistemas sociais parciais, destacando-

se o econômico, o político, o administrativo e o jurídico, mediados pelas Constituições até chegarmos a Constituição de 1988, com repercussão na elaboração, implementação e execução de políticas públicas. Em toda essa trajetória evolutiva, os sistemas sociais selecionaram, processaram e comunicaram decisões sobre políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à propriedade imobiliária privada. E neste mesmo contexto evolutivo ocorreu, também, a evolução da função administrativa e da segurança jurídica e suas funções instrumentais, o que será abordado na sequência.

Os modelos tradicionais de políticas públicas, de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada imobiliária no Brasil, estão baseados nos modelos de realização dos direitos fundamentais, os apontados na bibliografia especializada, destacando-se: o modelo sequencial ou do ciclo político *ou Policy Cycle*; o modelo metáfora dos fluxos múltiplos *ou Multiple Streams Framework*; o modelo do equilíbrio interrompido *ou Punctuated Equilibrium Theory*; o modelo denominado de quadro teórico das coligações de causa ou interesse *ou Advocacy Coalitio Framework – ACF*, que sintetiza os melhores contributos das abordagens *top-down* e *bottom-up* explicativas das políticas públicas. A utilização pontual do modelo de política pública para cada demanda, depende de variáveis envolvendo o estado, governo e sociedade e a forma organizacional jurídico-político-institucional. Nesse contexto, quanto mais qualificada for a democracia, maior a participação da sociedade na formulação das políticas públicas, embora não se possa desconsiderar a pressão social, como fator determinante para ações governamentais, mesmo em ambiente infértil democraticamente.

Assim, com base nas leis que instituíram políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso da propriedade, não é possível afirmar que foi utilizado um modelo específico, embora o modelo do ciclo político esteja presente, porque em toda política pública existem as etapas necessárias, ainda que nem sempre seguem a lógica da identificação da demanda e a sua inscrição na agenda e, na sequência, a formulação, implementação e avaliação, como sugere o modelo sequencial. De uma forma geral, as demandas são identificadas pelo governo e pela Administração Pública e, a partir desse momento, podem ou não ser inscritas na agenda. Mesmo inscritas na agenda, podem não ser formuladas, ou mesmo formuladas, não serem implementadas na sua integralidade.

3.3 Das funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica em face dos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais.

A função administrativa dogmática compreende a função que o Estado ou aquele que faz as suas vezes, exerce no interior de uma estrutura e regime hierárquicos, que se caracteriza no sistema constitucional brasileiro, pela infralegalidade e, excepcionalmente, pela infraconstitucionalidade, sujeito ao controle jurisdicional. (MELO, 2014). Nessa perspectiva formal, ela é conceituada dogmaticamente, em torno da procura de identidade do direito administrativo, enquanto que a função instrumental da função administrativa está relacionada com os efeitos concretos deduzidos de seu exercício. Tanto a função administrativa, quanto a segurança jurídica produzem efeitos instrumentais, o que fica razoavelmente claro na realização dos direitos fundamentais, como por exemplo, a concretização do exercício de um direito fundamental por meio de um ato administrativo e a preservação dos efeitos do ato administrativo, respectivamente.

Todavia, a Administração Pública quando se expressa através da função administrativa, pode ser observada sob dois enfoques: em sentido orgânico ou subjetivo e em sentido material ou objetivo. O primeiro é tomado como sinônimo de organização administrativa, enquanto que o segundo, aparece como sinônimo de atividade administrativa, com sentido de função. Sob o ponto de vista material a atividade da Administração Pública – função administrativa – é administrar, o que em termos práticos compreende a tomada de decisões e operar no sentido de satisfazer regularmente as necessidades públicas através de recursos adequados e utilizando as formas mais convenientes. Assim, Administração Pública em sentido material, pode ser definida como atividade típica dos serviços públicos e agentes administrativos desenvolvidos em prol do interesse geral da coletividade, com vista à satisfação regular e contínua das necessidades coletivas. (AMARAL, 2006, p. 39).

Inicialmente, contudo, a atividade administrativa não se apresentava como funcionalizada, porque a finalidade era a boa execução das leis, portanto, a atividade administrativa era de natureza meramente executiva. A partir da instauração do Estado Liberal, com fundamento na teoria da separação de poderes, administrar passou a ser entendido como executar as leis, na perspectiva de limitações e garantias aos direitos individuais, de sorte que se o Estado, através da atividade administrativa violasse a lei

e conseqüentemente ofendesse “[...] a esfera subjectiva dos cidadãos, estes podem recorrer a tribunal para fazer valer os seus direitos frente à Administração.” (AMARAL, 2006, p. 71). O foco do regime jurídico administrativo em relação à atividade administrativa era limitar a ação do Estado com o propósito de evitar intervenções ilegais no âmbito dos direitos fundamentais de liberdade. Originariamente, na França, o Direito Administrativo tinha por objeto a interpretação das leis administrativas e atos complementares relacionados com matérias concernentes à organização da Administração Pública direta e indireta e algumas atividades administrativas, ou seja, o direito administrativo era o direito positivo que regulava a Administração Pública. (DI PIETRO, 2016).

Contudo, a partir da metade do século XX a Administração Pública, além de promover a execução das leis, passou, também, a executar diretrizes e opções estabelecidas pelo poder político. Ainda, que se manteve a atividade administrativa executória, não se restringia mais à mera execução de leis, porque a Administração Pública passou também a realizar outras atividades que não revestem natureza executória, mesmo que devessem ser realizadas com base na lei, não se tratava de mera execução da lei. (AMARAL, 2006). A partir desse momento o direito administrativo passa a ser observado como o conjunto de normas e princípios que regem as atividades da Administração Pública, cuja ideia permeia noções conceituais de administrativistas brasileiros. (MEDAUAR, 2015; MELLO, 2014; ARAGÃO, 2012). A funcionalização do direito administrativo, operada através do regime jurídico da função administrativa, adquiriu importância maior com a instauração do Estado Social, quando a função administrativa passou a ser instrumento para efetuar as necessárias intervenções do Estado para efeitos de prossecução do interesse público e, com a instauração do Estado Democrático de Direito, a função instrumental da função administrativa atingiu outro patamar.

Isto porque a função administrativa, no Estado Democrático de Direito possui conexão com os direitos fundamentais, visto que tem a função de realizar os direitos fundamentais, em especial os definidos a partir da dignidade da pessoa humana, pois existe um compromisso constitucional com a realização dos valores humanos, fundamentado nos princípios, objetivos e direitos fundamentais, o que impregna a função administrativa com o espírito da Constituição. (JUSTEN FILHO, 2012). A centralidade da Constituição e o conjunto de valores, que têm como núcleo central a dignidade da pessoa humana, dos quais derivam os direitos fundamentais, em especial os de segunda dimensão que exigem prestações positivas do Estado, além de

outros direitos fundamentais, impõem um redimensionamento da função administrativa, como de resto as outras categorias e institutos infraconstitucionais do direito administrativo, com vistas a realização do compromisso constitucional.

A institucionalização dos direitos ocorre por meio de comunicações normativas, genéricas e abstratas, mas a sua concretização se opera progressivamente pelo encadeamento de comunicações – atos administrativos – decorrentes do exercício da função administrativa. A existência de comunicações normativas – regras – é insuficiente para que o titular do direito possa dele usufruir, pois, de acordo com o modelo tradicional, é basilar que o direito seja individualizado e reconhecido em favor de seu titular, depois de demonstrado que atende a todos os pressupostos que as comunicações normativas impõem. A segurança jurídica também é um instrumento importante na concretização dos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais, primeiro porque assegura ao titular do direito em potência, requerer a concretização do direito junto ao órgão competente; segundo, porque uma vez constituído o direito, é essencial que o direito seja mantido e preservado, cuja proteção é a síntese da segurança jurídica.

Os Direitos fundamentais são comunicações normativas, ordinariamente instituídos nos textos constitucionais em razão de sua fundamentalidade, embora não seja possível afirmar peremptoriamente a impossibilidade da existência de normas infraconstitucionais, comunicando direitos fundamentais, que podem estar amparados por princípios previstos na Constituição. O modelo tradicional dos direitos fundamentais apresenta um *standart* estruturado hierárquica e verticalmente, no qual a Constituição assegura a fundamentalidade, a legislação infraconstitucional faz o recorte linear e asséptico do direito fundamental, ou algum aspecto dele, estabelece o rito para efeitos de realização, cuja função concretizadora se opera por meio da função administrativa e a segurança jurídica, no contexto da Administração Pública Liberal/Ocidental.

A Administração Pública tem a função, em sentido amplo, de atribuir sentido concreto ao interesse público, através da função administrativa e, por isso, ela é um dos conceitos-chave do Direito Administrativo, compreendendo o conjunto de atos e atividades que não se confundem com a natureza jurisdicional. (JUSTEN FILHO, 2012). O regime jurídico da função administrativa é reflexo da concepção ideológica do Direito Administrativo, que por sua vez está inserido no contexto dos ideários que levaram a instauração do Estado Liberal, separando o Estado e a sociedade, sob a premissa de assegurar aos cidadãos os direitos fundamentais de defesa. Para alguns a teoria do direito Administrativo esteve inicialmente baseada na ideia equivocada da *puissance*

publique, prerrogativas administrativas concedidas à Administração Pública para subjugar os administrados, quando a rigor a noção matriz e polo aglutinador dos institutos do Direito Administrativo é o ideário de impor à Administração Pública o dever de e de função, porque o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito e é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão. (MELLO, 2014).

Por nascer com o Estado de Direito, a concepção do Direito Administrativo foi fortemente influenciada pela confluência de duas vertentes de pensamento: a de Rousseau e a de Montesquieu. Para Rousseau os homens são iguais e nascem livres, por isso, não deveriam se submeter a ninguém, pois, ninguém teria o direito de comandar ninguém, transformando o pensamento político vigente até então, substituindo a origem divina do poder ou como resultado de um mero fato, pela soberania popular, o que ensejou a democracia representativa. Montesquieu, por sua vez, contribuiu com a teoria da separação de poderes, como um modelo de organização política com um esquema de controle de poder. “Ninguém ignora que o Estado de Direito é um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens.” (MELLO, 2014, p. 49).

É da Europa Continental que foram “importadas” as ideias e institutos que influenciaram a formação da Administração Pública e do Direito Administrativo brasileiro. Inicialmente foram as ordenações portuguesas que estabeleceram algumas diretrizes para a incipiente organização administrativa que se instalava no Brasil Colônia, notadamente para a gestão do regime sesmarial, utilizado para a distribuição das terras, como já foi visto anteriormente. Mas foi com a promulgação da primeira Constituição brasileira, em 1824, sob o influxo da Revolução francesa e seus ideários liberais, que foi introduzida a separação dos poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e, ainda o Poder Moderador, além do Conselho de Estado que tinha uma função consultiva e funcionava como tribunal administrativo de última instância. Havia, portanto uma Administração Pública organizada, mas regida praticamente pelo direito privado, aplicado pelo Conselho de Estado. (DI PIETRO, 2016).

A primeira Constituição republicana, impôs algumas mudanças importantes, como a supressão do Poder Moderador e da jurisdição administrativa do Conselho de Estado e, também iniciou o processo de afastamento da gestão pública dos moldes privados e, conseqüentemente, a Administração Pública passa a ter a sua organização e funcionamento baseado no regime administrativo de direito público. E nesse contexto o Direito Administrativo brasileiro adota institutos do Direito Administrativo francês, de base romanista e, também, institutos do Direito Anglo-saxônico, baseado no sistema da

Common Law. Do primeiro “herdamos” o princípio da legalidade, o ato administrativo e o contrato administrativo e suas bases teóricas, assim como os cargos públicos, a noção de serviço público e a responsabilidade extrajudicial do Estado e seus regimes jurídicos, entre outros. (DI PIETRO, 2016).

Contudo, não adotamos o Sistema Francês, que se caracteriza pela dualidade de jurisdição, visto que o Brasil adotou o Sistema Inglês, cuja marca é a unicidade de jurisdição, por influência da Constituição republicana dos Estados Unidos da América do Norte sobre a primeira Constituição republicana brasileira, donde “herdamos” alguns institutos, como por exemplo, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o princípio do devido processo legal e no final do século passado o ideário das agências reguladoras e da regulação por entes autônomos. Além das fontes citadas, também houve influência oriundo da Alemanha, da Itália, de Portugal, Espanha, inclusive da doutrina social da Igreja, em cujo contexto foi construída a noção e o regime jurídico da função pública no Brasil. (DI PIETRO).

Possivelmente os modelos teóricos que compõem os pilares básicos do campo de conhecimento da Administração Pública no Brasil, são os da Ciência Política e Administrativa, mas é a Ciência Jurídica a “disciplina mãe”, porque a Administração Pública originou-se no Brasil, como área de conhecimento, a partir do Direito Administrativo. (KLEINERT, 2007). Todavia, na modulação estrutural e organizacional da Administração Pública brasileira, existem outras influências, como por exemplo, o modelo organizacional clássico, que tem, entre outras, as obras de Taylor e Fayol, permeadas pela ideia de cientificismo, em que, “[...] a relevância do indivíduo no processo de trabalho estava restrita ao eficiente exercício de suas tarefas.” (BERGUE, 2011, p.93). Outra influência é o modelo burocrático de organização, que traduz em termos mais amplos a doutrina taylorista/fordista de divisão e especialização intelectual e operacional do trabalho, privilegiando, em nome da eficiência, um arranjo mecanicista formal, cujos atributos gerais são, a eficiência, a profissionalização e os controles da Administração Pública (BERGUE, 2007, p.234).

A organização burocrática possui uma relação intrínseca com o poder, que se expressa pela dominação, fenômeno sociológico que está presente na burocracia. De acordo com Max Weber, a burocracia moderna exerce poder – dominação – e possui traços próprios que a distinguem das demais atividades estatais, que podem ser sintetizados da seguinte forma: as atividades atribuídas à estrutura governada burocraticamente possuem de forma especializada e estável e são tratadas como deveres oficiais; a autoridade ordenadora também é distribuída de forma estável e tem

a sua atividade rigorosamente delimitada por regras, as quais são os seus instrumentos de ação e, por fim, o cumprimento dos deveres, assim como o exercício dos direitos é assegurado por um sistema de normas e “[...] somente podem prestar serviços aquelas pessoas que, segundo as regras gerais, estão qualificadas para tanto.” (WEBER).

A concepção de poder na perspectiva sociológica weberiana significa “[...] toda possibilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade.” (WEBER, 1994, p.33). E o exercício da dominação possui fundamento legitimador nas fontes de autoridade, que de acordo com Weber, são três: a de caráter racional, que encontra a sua legitimidade na racionalidade do Direito: regras e princípios, chamada de dominação legal; a de caráter tradicional, que tem a sua crença baseada na ideia de que a autoridade se legitima em virtude da tradição, a chamada dominação tradicional e a de caráter carismático, que se baseia na veneração do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por está revelada ou criada, é a dominação carismática. (WEBER, 1994).

A Administração Pública brasileira, de acordo com os tipos weberianos, adotou originariamente o tipo tradicional, o que contribuiu para a implantação do modelo mental patrimonialista, em que não existe diferenciação entre o patrimônio público e o patrimônio privado e que foi se incorporando aos usos e costumes do povo e, também, na descentralização do poder entre as instâncias da Federação, mais como efeito de “[...] disputas patrimonialistas entre oligarquias regionais e locais do que busca de eficiência do Estado na execução do interesse público.” (SILVA, 2017, p.30). Na vigência da Constituição de 1937, o modelo patrimonialista foi substituído pelo burocrático, por força do Decreto-Lei nº 579/1938, considerado o primeiro marco legal da administração burocrática, que instituiu o Departamento Administrativo do Serviço Público-DASP, o qual afirmou os princípios centralizadores e hierárquicos da burocracia clássica. (BRESSER-PEREIRA, 2006).

Foi um movimento deliberado e ambicioso com foco na burocratização do Estado brasileiro, com o propósito de estruturar e organizar a Administração Pública de forma centralizada e orientada pelos princípios da impessoalidade, hierarquia, mérito funcional, a distinção entre o público e o privado, visando a racionalidade e a eficiência da Administração Pública, a qual deveria conduzir o processo de desenvolvimento, fortemente interventivo no controle das relações laborais, fomentando a indústria e a consequente substituição de importações. (COSTA, 2008). Mesmo assim, ao longo do

tempo permaneceram presentes os tipos carismático e tradicional, com reflexos na Administração Pública. (BERGUE, 2007).

O Decreto-lei 200/1967 foi o segundo marco legal do modelo de Administração Pública burocrática e teve como objetivo mitigar a rigidez burocrática, substituindo-a pela descentralização, atribuindo autonomia à Administração Pública indireta e instituindo como princípios da racionalidade administrativa, o planejamento, o orçamento, a descentralização e o controle dos resultados. (BRESSER-PEREIRA, 2006). O Estado brasileiro continuava como o condutor e indutor do desenvolvimento nacional, porém, nos anos 80-90 do século passado, esse modelo burocrático-descentralizado, sofre questionamentos, em parte por sua falta de eficiência em razão das novas demandas surgidas em face da democratização e, também, em razão da crise do Estado e da globalização.

Como resposta ao modelo de gestão burocrático, que se concentra no processo, foi sugerida a implantação de um modelo gerencial de gestão pública, que apresenta como principais características a gestão pública orientada para a obtenção de resultados pautado nas aspirações cidadão/usuário, maior autonomia para políticos e funcionários públicos, descentralização, estímulo à criatividade e à inovação, além da substituição da rigidez legal, pelo contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos, exigindo uma reforma da estrutura do Estado e mudanças na estratégia de gestão, com a setorização das atividades estatais em: núcleo estratégico, no âmbito do qual se definem as políticas públicas; as atividades exclusivas, os serviços não-exclusivos e a produção de bens e serviços. (BRESSER-PEREIRA, 2006).

Essa reforma da Administração Pública, teve um propósito maior, que era a busca pela redefinição da função do próprio Estado, que deixa de ser o condutor e às vezes o executor, para assumir funções predominantemente de promoção e regulação, do desenvolvimento econômico e social e, assim, fortalecer suas funções de regulação e coordenação. A Constituição foi alterada em alguns pontos por meio de emendas constitucionais, criaram-se mecanismos de transferência, mediante concessão e permissão, da execução dos serviços sociais e de infraestrutura para a iniciativa privada. Apesar das mudanças constitucionais e infraconstitucionais, permanece predominantemente o modelo burocrático, apesar de mecanismos de administração gerencial, como por exemplo, as agências reguladoras. Apesar dos efeitos benéficos que as transformações pelas quais passou a Administração Pública, a questão democrática sempre foi deixada em segundo plano. (COSTA, 2008).

Nesse contexto, a relação jurídica de direito administrativo, focado na relação de poder entre o Estado e os administrados foi substituída por uma relação jurídica de gestão, na qual, a despeito das prerrogativas jurídicas, a atuação vincula-se aos exatos limites da juridicidade, com vistas a materialização dos fins sociais, orientada pelos deveres de proporcionalidade e razoabilidade. (MIRAGEM, 2013). Nessa trilha, a considera-se função administrativa, a atividade jurídica executada no âmbito da Administração Pública – organização –, tendo como base a lei e o Direito, com vistas a concretização de direitos fundamentais e outros direitos e interesses albergados pela Constituição, através da edição de atos administrativos, por isso, “[...] uma vez cometida ao Estado, qualquer atividade administrativa pública passa a estar sujeita integralmente ao direito, variando, embora, o conteúdo e a extensão dessa vinculação.” (MOREIRA NETO, 2014, p.21).

A função administrativa, como atividade jurídica específica da Administração Pública, resulta do exercício do poder estatal em dois planos distintos: um de natureza horizontal, que compreende os órgãos ou Poderes clássicos e outro, no plano vertical, em face da autonomia das unidades da federação, entre as quais está distribuído o exercício do poder político da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos da organização político-administrativa, nos termos do artigo 18, da Constituição Federal. Tem-se, portanto, por um lado, a organização horizontal, no âmbito da qual, é estruturada a diferenciação funcional dos órgãos superiores, aos quais estão atreladas às funções clássicas: legislação, administração e jurisdição e, por outro, as competências e responsabilidades das pessoas jurídicas de direito público político-administrativas, separadas verticalmente, mediante a distribuição das competências, com base em critérios territoriais, que modelam o exercício da função pública. (MODESTO, 2006).

O exercício da função pública, portanto, encontra-se modulado, horizontal e verticalmente, obedecendo a um desenho baseado em duas teorias: da Separação de Poderes e da Federação que dispõem sobre os poderes-órgãos e a descentralização política e a distribuição de competências, predominantemente, verticalizadas, cujo ideário é a descentralização do poder político. A separação de poderes se caracteriza pelo controle do poder pelo próprio poder, por meio de fiscalizações recíprocas, no plano de competências dispostas horizontalmente. Sem levantar qualquer abordagem crítica à ideia de Federação, a ideia base é a de um sistema político-jurídico em que existe um Estado soberano, composto de Estados autônomos, no âmbito do qual, se estabelecem as competências numa perspectiva vertical.

O modelo da Administração Pública brasileira, influenciada pelos legados de Taylor, Ford e Weber, fundado no pensamento cartesiano, mecanicista e burocrático, tem como características: a centralidade das normas, legislativas e administrativas; a natureza formal das comunicações, ordinariamente, por escrito; a divisão racional, por meio de regulação, do trabalho e a organização: órgãos e cargos e as respectivas áreas de competência, assim como os processos e atividades e, também, a organização dos cargos e empregos em carreiras; a impessoalidade das relações; a hierarquia da autoridade; a padronização das rotinas e procedimentos; a competência técnica e poder de mérito; a segregação entre o público e o privado: o caráter profissional da gestão; recrutamento e remuneração dos servidores públicos e a plena previsibilidade de seu funcionamento. (BERGUE, 2007). Esse modelo que distribui as competências ordenadoras das funções públicas, desconcentrado horizontalmente e descentralizado verticalmente, é suficiente para a materialização dos princípios e direitos fundamentais, previstos na Constituição? Entende-se que não, pois, o desenho distributivo das competências e responsabilidades apresenta rigidez excessiva, cuja concepção tem como matriz o Estado Liberal, no âmbito do qual os interesses e, por consequência, as relações eram predominantemente individuais. O desenho estrutural atual do Estado mantém os três poderes, independentes e harmônicos entre si e a organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição.

Ademais, as Administrações Públicas, de cada um dos entes da Federação, possuem um chefe, que é o ocupante do Poder Executivo, o que denota o formato da organização sob a forma piramidal, linear e hierarquizada, onde as decisões sobre a materialização das funções administrativas são tomadas predominantemente de cima para baixo, obedecendo a hierarquia que é o vínculo que une os órgãos e os agentes, em escalões sucessivos, na qual é exercida a autoridade do superior em face do inferior, de hierarca a subalterno, em que o primeiro é dotado de poderes de autoridade que se projetam sobre toda a atividade administrativa dos subordinados. (MELLO, 2014).

É nesse contexto que se materializam as funções instrumentais da função administrativa, visto que a política pública depois de institucionalizada por lei, é concretizada por meio de ações que resultam de um conjunto de processos juridicamente regulados, dentre os quais, o processo administrativo, espaço natural do exercício da função pública. A função administrativa, na perspectiva tradicional, é observada como o exercício das competências administrativas definidas pelo legislador

através da lei e cada decisão tomada no exercício da função administrativa instrumentaliza efeitos relacionados com o interesse público, notadamente identificado com os direitos fundamentais.

Ainda que a segurança jurídica enquanto efeito jurídico tenha surgido com o Estado de Direito, desde o período neolítico, quando o homem se torna sedentário, apossa-se da terra, cultiva alimentos e, conseqüentemente, começa a produzir excedente, surgiu a necessidade de criar mecanismos de proteção. A palavra segurança possui significado plurívico, podendo ser empregada no sentido de o homem estar protegido contra ameaças externas, portanto “estar seguro”; pode significar, também, tranquilidade emocional, expressando uma dimensão psicológica individual; pode, ainda, ser tomada como expressão do sentido de confiança, sob os ângulos da psicologia, da economia, da sociologia, da filosofia e da política. (ÁVILA, 2016). No contexto da dogmática, a segurança jurídica, refere-se “[...] a propriedades, a conteúdos, a processos, a métodos e a resultados que devem estar presentes para que o Direito possa ser instrumento garantidor dos direitos fundamentais.” (ÁVILA, 2016, p.122).

Ela pode se expressar, também, como elemento definidor do próprio Direito, “[...] uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico.” Segurança jurídica como fato, que pode ser compreendido como “[...] a possibilidade de alguém prever, concretamente, as conseqüências jurídicas de fatos ou comportamentos.” Como valor, a segurança jurídica “[...] denota um *juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*[...]” e a segurança jurídica como norma-princípio, possui o sentido de prescrição normativa, por meio da qual fica estabelecido, “[...] direta ou indiretamente, como algo proibido ou obrigatório.” (ÁVILA, 2016, p.124-127).

De acordo com J. J. Canotilho, a ideia de segurança jurídica surgiu da necessidade humana de alguma certeza, sem variações ou mudanças no decorrer do tempo, de forma a coordenar e organizar a vida social (CANOTILHO, 2002, p. 257). Um dos marcos é a Constituição Inglesa, de 1215, que passou a garantir a propriedade privada, em decorrência do devido processo legal¹, contudo, é na Declaração dos

¹ “No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land”. Tradução livre: “Nenhum homem livre deve ser apreendido ou preso, ou despojado de seus direitos ou posses, ou banido ou exilado, ou privado de sua posição de qualquer outra forma, nem vamos prosseguir com a força contra ele, ou enviar outros a fazê-lo, exceto pelo julgamento legal de seus iguais ou pela lei da terra”.

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a segurança jurídica alcança o *status* de direito fundamental e, posteriormente, a Constituição Francesa de 1793, apresenta um conceito mais preciso. “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade.” (ARAÚJO; MOREIRA, 2010).

Nasce como valor da sociedade burguesa e formatada pela lei, por isso a segurança jurídica é um dos valores do Estado de Direito, um efeito da positividade do direito, exigências da ordem, da segurança e da certeza jurídica, porque se a positividade do Direito não existe segurança jurídica. (SILVA, 2009). A certeza e a segurança jurídica são inerentes à organização jurídica e ao Direito positivo, e funcionam como “valores garantias”, aliviando as expectativas dos cidadãos, condicionadas por seus múltiplos interesses no ambiente de convivência mútua. Em síntese, a segurança jurídica se assenta na estabilidade e previsibilidade dos efeitos e das consequências que se irradiam da ordem jurídica diante de fatos, comportamentos e condutas, porque segundo Luis Recasens Siches, por um lado o Direito encarna valores superiores, como o da justiça, mas o certo é que o Direito não surge como mero exercício de devoção a esses valores superiores, mas em razão do impulso por uma urgência de segurança jurídica. (SICHES, 2003).

O próprio Santo Tomás de Aquino já afirmara anteriormente, na Suma Teologia, que “[...] o fim da lei humana é a tranquilidade temporal da cidade. E esse fim a lei o consegue coibindo os atos exteriores, excluindo os males capazes, de perturbar a paz civil.” (AQUINO). É a lei política assegurando a paz por meio da segurança jurídica, porque a outra função do Direito é a justiça. Para Gustav Radbruch, mesmo a lei injusta deve ser observada, sem se considerar a justiça do seu conteúdo, porque a sua mera existência, cria segurança jurídica, porque não apenas a justiça é um valor moral, como também o é, a própria legalidade, porque “[...]: se não for possível deduzi-la do conteúdo de justiça do preceito jurídico, pelo menos se fundamenta na segurança jurídica decorrente de sua existência.” (RADBRUCH, 1999, p.24). Para João Baptista Herkenhoff, contudo, “[...] jamais se deverá, em nome da segurança, consagrar a injustiça ou justificar decisão administrativa ou judiciária contrária ao bem comum.” (HERKENHOFF, 2005, p. 101).

Para Ricardo García Manrique, contudo, a segurança jurídica não é um valor moral, como o é a justiça. A segurança e a certeza jurídica são efeitos típicos dos

sistemas normativos, assim igualmente ocorre com a moral interna do direito, que é um conjunto de qualidades necessárias ao sistema normativo, sem as quais não seria possível ao sistema materializar a segurança jurídica. A segurança jurídica ou qualquer outra ideia afim, como a certeza do direito, a moral interna do direito, entre outras, não tem valor moral e, portanto, não pode justificar um dever moral. Somente quando o juízo de moralidade, tanto dos fins quanto dos meios, esteja positivado, será possível afirmar que a segurança jurídica, gera deveres morais para todos os que desempenham funções jurídicas. (MANRIQUE, 2007).

A segurança jurídica “[...] é um princípio causal dos atos humanos sociais, finalidade precedente, no tempo e em dignidade, dos bens particulares e a todos os meios que se dirigem à realização do fim comum.” (DIP, 2012, p.67). É um meio de realização das liberdades individuais, é um princípio funcional em relação a eles, por isso quanto maior a segurança, maior é o grau de liberdade e igualmente é a capacidade do cidadão planejar o seu futuro de acordo com os seus ideais. Todavia, quanto maior a liberdade do indivíduo, menor será a liberdade dos outros indivíduos fazerem o mesmo. Isto porque se por um lado, a segurança é a ausência de riscos, por outro, a liberdade potencializa o aumento de riscos. (ÁVILA, 2011). Por isso a segurança jurídica se realiza numa relação de equilíbrio entre a liberdade e o bem comum, porque ao assegurá-lo a todos, ao mesmo tempo, garante a dignidade humana, pela legitimação da autonomia privada.

Enquanto a segurança jurídica é a finalidade imediata do direito, a justiça é a segurança mediata, por isso as duas faces do Direito. A justiça é a finalidade última do Direito, pois, representa o critério axiológico que deve inspirar o Direito, mas o nascimento dele não se deu com esse propósito, mas sim o de viabilizar a vida humana por meio da certeza e da segurança, porque essas são mais urgentes para a vida em sociedade do que a justiça. (SILVA, 2009). A justiça é a ideia específica e fundamental para o desenvolvimento conceitual de direito, todavia, o direito não se esgota na justiça. A justiça determina a forma do direito, mas é fundamental acrescentar um segundo conceito, para alcançar o conteúdo do direito e este é a adequação para um determinado fim, que é a segurança jurídica. (HERKENHOFF, 2016).

A segurança jurídica é um efeito do Direito, portanto, fundada no direito e, sob essa perspectiva pode ser compreendida sob aspectos distintos: a segurança do direito e a segurança jurídica. A primeira está ancorada na positividade do direito, pressuposto necessário, e, neste contexto, se conecta com a Constituição, seu fundamento de sua validade, por isso, enquanto não decretada a inconstitucionalidade

da lei, impõe-se e deve obrigatoriamente ser observada, independentemente de sua justiça. Todavia, a Constituição, além de fundamento de validade da lei, estabelece certas exigências à sua praticabilidade e, nesta quadra, a dignidade da pessoa humana pode funcionar como elemento harmonizador entre a segurança jurídica e a justiça, porque nem sempre direito seguro é sinônimo de direito justo. (SILVA, 2009).

Na perspectiva da Teoria dos Sistemas luhmanniana, a segurança jurídica é um valor, é observada com base na unidade da diferença entre direito e política, o que é possível em razão da diferenciação entre os sistemas da política e do direito e a capacidade individualizada de cada sistema de desenvolver operações isoladas, enclausuradas, através dos programas de cada sistema, nos limites da estrutura de cada sistema e, assim, o poder político não fica submetido ao Direito, nem o Direito sofre interferências políticas. (LUHMANN, 2005). Destarte, se por um lado, as operações isoladas são necessárias para a especialização dos sistemas, por outro, a política necessita do direito para se legitimar e o direito precisa da política para se tornar vinculante, o que somente é possível, através do Estado de Direito. (LUHMANN, 2005).

O Estado de Direito, em termos sistêmico-teorético, resulta, por um lado, da diferenciação entre o direito e a política e, por outro, da necessária interligação entre os sistemas, caracterizando “[...] o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbólica: o poder e o direito.” (NEVES, 2006, p. 91). Antes da diferenciação entre os sistemas do direito e da política, o Estado de Direito “[...] era a um só tempo uma instituição de direito e uma instituição de responsabilidade política... [...]” (LUHMANN, 2016, p.327-328). Esta unidade desdiferenciada entre os dos sistemas acarretava insegurança jurídica, dado que o poder político ficava submetido às questões jurídicas e a jurisdição sofria interferências da política, o que levou o valor segurança jurídica a reivindicar o isolamento operativo do direito em face da política, assim como a razão política exigia isolamento político em relação ao direito. (LUHMANN, 2007, p.767).

Com a evolução e a conseqüente diferenciação entre os sistemas da política e do direito, o conceito de Estado de Direito permitiu a definição de duas perspectivas de *sentido contrário* como *unidade*, celebráveis como uma conquista da civilização, que são, a “[...] suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito.” (LUHMANN, 2016, p. 333). Assim, do ponto de vista do Direito, o Estado de direito reconhece a relevância universal do direito para a sociedade e, nesse sentido, serve de referência para todas as decisões políticas que vinculam coletivamente a

sociedade. (LUHMANN, 2016). Isto, contudo, somente foi possível graças à clausura operativa de cada sistema, estabelecendo um relacionamento específico entre eles, em que o código lícito/ilícito passou a ser relevante no interior do sistema político, definindo quando o poder, que é a comunicação da política, é lícito ou ilícito. Somente assim pode ocorrer a “[...] circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas e os fatores imediatos do seu ambiente social.” (NEVES, 2006, p.89).

O entrecruzamento dos sistemas significa acentuada interpenetração entre os sistemas, o que estimula a circularidade de prestações recíprocas entre os sistemas, em que por um lado, o sistema jurídico normatiza procedimentos de natureza eleitoral e estabelece as competências administrativas, legislativas e jurisdicionais, por outro, o sistema da política decide e comunica a entrada de novas estruturas normativas no sistema do Direito, resultando “[...] uma constante ordenação jurídica de desordem política e ordenação política de desordem jurídica.” (NEVES, 2006, p.92). Esse modelo sistêmico apresenta implicação recíproca entre programação condicional, que primariamente pertence ao sistema jurídico e a programação finalística, primariamente do sistema da política, de sorte que os programas finalísticos ficam vinculados, em dimensões diversas, aos programas condicionais normativos. (NEVES, 2006).

O Estado de Direito resulta do acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, efetivado pela Constituição, a qual é compreendida por Luhmann, como uma conquista aquisitiva da civilização moderna. O acoplamento estrutural entre os sistemas, torna o sistema jurídico assimétrico em face do sistema político, porque dispõe sobre as diretrizes normativas que permitem a interpenetração permanente, em que por um lado, promove solução jurídica à autorreferência do sistema político e, por outro, promove solução política à autorreferência do sistema jurídico. Através do acoplamento estrutural de ambos os sistemas, via Constituição, as ingerências da política no direito, não processadas por programas jurídicos, são excluídos, assim como ingerências do direito na política, não processadas por programas políticos, são excluídos. A autonomia operacional, decorrente do acoplamento estrutural, com a manutenção da autonomia de cada sistema, “[...] é condição e resultado da própria existência desse acoplamento.” (NEVES, 2006, p.98).

A segurança jurídica somente é possível no Estado de Direito, resultante do acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito. Por se tratar de um valor inerente à Constituição, das comunicações relacionadas com segurança emitidas pela Constituição no ambiente, o sistema da política seleciona através, de seu código

de preferência poder/não poder, àquelas que lhe fazem sentido e as processa através de seus programas. Igualmente, o sistema do direito, através de seu código binário, lícito/ilícito, seleciona as comunicações relacionadas com segurança que estão no ambiente e as processa. A seleção de informações no ambiente/entorno e o subsequente processamento das informações selecionadas, por parte do sistema político, são insuficientes para comunicar expectativas normativas congruentemente generalizadas, por ser função exclusiva do direito. Por isso, a necessidade do acoplamento estrutural, por força do qual, o código do direito lícito/ilícito funciona como um segundo código no interior do sistema político, onde as decisões da política são controladas pelo jurídico.

Na perspectiva dogmática as funções instrumentais da segurança jurídica projetam-se para a proteção de determinado direito, com fundamento na Constituição e nas leis infraconstitucionais, cuja redução de complexidade hierarquizada da ordem jurídica impede a observação da complexidade que existe no contexto de cada direito a ser assegurado e a tomada de decisão para tanto. A observação da segurança jurídica feita numa perspectiva mecanicista, rígida, linear e hierarquizada, dificulta a compreensão da evolução dela, pois, orientada para uma visão atomista e não holística. Por isso, entende-se que a observação a partir de diretrizes que a teoria sistêmica pode oferecer, amplia-se o campo de visão capaz de permitir a compreensão de um modelo de segurança jurídica amplo, com programas condicionais e finalísticos, que permitem a garantia da concretização dos princípios e objetivos fundamentais no plano geral e, o direito fundamental à propriedade privada na perspectiva do acesso, proteção e uso, em particular.

3.4 Da crítica aos modelos tradicionais de realização do direito fundamental ao acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária no Brasil.

A realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária no Brasil, tem a sua gênese na própria concepção do direito de propriedade imobiliária, cuja modelagem, conforme visto anteriormente, tem início com a adoção do regime de sesmarias e a forma como a legitimação jurídica da ocupação do solo brasileiro foi evoluindo até os dias de hoje. Uma característica importante do processo de legitimação da propriedade é o da

inexistência de política pública voltada para todos, mas a adoção do clientelismo e assim as terras foram sendo distribuídas de acordo com a influência pessoal dos postulantes, o que permite deduzir que a origem da propriedade da terra está intimamente ligada a noção latifundiária.

Não havia, portanto, diretrizes públicas que dispusessem sobre a distribuição democrática do acesso a terra, mas interesses personalíssimos em atender àqueles que eram próximas ao poder, assim como não havia uma política pública que estabelecesse diretrizes para o uso da propriedade, que trouxesse benefícios para todos. A proteção do direito de propriedade teve como foco principal a garantia do direito em si e, para tanto, foram introduzidos na ordem jurídica, exigências de natureza formal, inicialmente através da obrigatoriedade da escritura pública, sob pena de nulidade, para a compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder de duzentos mil réis e, na sequência, a instituição de registros públicos, destacando-se o Registro de Imóveis.

O pano de fundo desse ambiente era a propriedade na perspectiva do individualismo possessivo, concebido pelos contratualistas, Hobbes e Locke, o que contribuiu para que a lei, como expressão normativa do Direito, definisse o direito de propriedade e as prerrogativas do proprietário, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente impôs ao restante da sociedade obrigações de não fazer, garantindo o direito de propriedade por meio de mecanismos legais, administrativos e jurisdicionais. O individualismo possessivo, está presente no modelo de sociedade de mercado possessivo, cujas relações mercadológicas moldam e permeiam todas as demais relações sociais, configurando uma sociedade de mercado e não apenas uma sociedade de economia de mercado. (MACPHERSON, 1979).

Na doutrina civilista é possível verificar como a concepção de direito real de propriedade se desenvolveu por um bom tempo, fundada numa visão tecnicista, tendo o seu eixo principal na relação jurídica entre o proprietário e os demais indivíduos, em que o primeiro exerce o poder de senhorio, com limitações impostas pelo ordenamento jurídico, com as prerrogativas de usar, fruir e dispor daquilo que lhe pertence, como um direito absoluto, com eficácia *erga omnes*, ou seja, como um poder, assegurado pelo direito, que o proprietário detinha sobre o bem, com finalidade estritamente individual. (MIRANDA, 2001). O exercício do direito de propriedade é assegurado, em parte, pela função administrativa, a qual se encontra modulada, horizontal e verticalmente, obedecendo a um desenho baseado em duas teorias: da Separação de Poderes e da

Federação que dispõem sobre a desconcentração dos poderes-órgãos – Legislativo, Judiciário e Executivo.

O modelo da Administração Pública brasileira foi influenciado pelos legados de Taylor, Ford e Weber, fundado no pensamento cartesiano, mecanicista e burocrático, que se caracteriza pela centralidade das normas, legislativas e administrativas, a natureza formal dos atos, a divisão racional do trabalho por meio de órgãos e cargos e as respectivas áreas de competência, assim como os processos e atividades. É neste contexto que se formataram as políticas públicas no Brasil, compreendendo um conjunto de ações – decisão e implementação – desenvolvidas no âmbito estatal, decisões políticas, aprovação de projetos leis, expedição de atos administrativos, execução de atos materiais, através de seus agentes públicos, sem afastar a possibilidade da participação de atores privados, com vistas a materializar a política pública, cada uma delas com suas peculiaridades, especificidades e finalidades, cujos modelos de abordagem predominantes são o *Top-Down* (*modelo de cima para baixo*) e o *Bottom-Up* (*modelo de baixo para cima*).

O primeiro modelo Top-Down possui afinidade com o pensamento racionalista e com o modelo weberiano de burocracia, por isso, caracteriza-se pela visão funcionalista e tecnicista, orientada por uma cadeia de comandos, de forma vertical, em que a elaboração e a decisão ocorrem na esfera política e a implementação na esfera administrativa, recaindo sobre a Administração Pública – agentes administrativos e o exercício da função administrativa – a responsabilidade pelo implemento da política pública. O segundo modelo Bottom-Up, caracteriza-se pela valorização da função administrativa, executada no âmbito da Administração Pública, porque os burocratas e as redes de autores privados possuem maior liberdade para se autoorganizar e modelar a implementação das políticas públicas, exercendo a sua capacidade de lidar com contingências e avaliar os resultados concretos e não baseada em critérios legais objetivos. (SECCHI, 2016).

O regime jurídico da função administrativa é o direito administrativo que se caracteriza pela “[...] racionalização formal do exercício do poder pelo Estado” (BUCCI, 1997) ou, ainda, “o direito administrativo é o direito constitucional concretizado, levado à sua aplicação última”, (ENTERRIA, 1997, p. 20), que no século XX se identificava com o serviço público, na perspectiva de Duguit, “Los Gobiernos no son más que los representantes de un poder social que manda: son los gerentes de los servicios públicos” (BUCCI, 1997, p. 91 apud DUGUIT). A moldura originária do direito administrativo, portanto, tinha como função a organização da Administração Pública e a

execução do serviço público, mas com as transformações que resultaram no Estado social, foco principal passou a ser o de formulador e implementador de políticas públicas, o que atribuiu à função administrativa o *status* de função administrativa das políticas públicas.

Os principais modelos tradicionais de implementação de políticas públicas, citados pelos estudos publicados, são quatro: o Policy Cycle, *Multiple Streams Framework*, *Punctuated Equilibrium Theory* e o *Advocacy Coalitio Framework – ACF*, que influenciaram a formulação e a implementação das políticas públicas no Brasil, ainda que não numa visão ortodoxa, mas como teorias que serviram de fundamento para o estudo e a concretização das políticas públicas no plano da realidade, assim como os modelos de abordagem *Top-Down* e *Bottom-Up*.

Ainda que modelos teóricos tenham a função de contribuir para a elaboração, implementação e efetivação das políticas públicas, é certo afirmar, também, que a constitucionalização dos direitos fundamentais estabelece um nexos operativo entre a política pública e os direitos fundamentais e as suas correlatas dimensões axiológicas e teleológicas que têm como síntese a função de efetivar a segurança jurídica em sentido amplo, como efeito do direito constitucional e o direito administrativo. O direito constitucional estabelece os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais em torno dos quais estão dispostas as competências e atribuições dos entes federados relacionados aos serviços públicos, serviços sociais e às políticas públicas, além de outros instrumentos de gestão pública e o Direito administrativo organiza o exercício das funções administrativas e, quando se tratar de políticas públicas, oferece o instrumental necessário para a formação dos arranjos institucionais necessários para a formulação, implemento, execução e controle das políticas públicas.

A opção pelo Estado Democrático de Direito impôs ao Direito Administrativo uma revisão democrática, com forte reflexo na função administrativa inclusive no âmbito das políticas públicas, cuja legitimação encontra-se ancorada nos direitos fundamentais e na observância dos princípios e objetivos fundamentais, porque é sob este tripé que o regime jurídico administrativo está estruturado, numa perspectiva institucionalista, em que o direito é observado como “[...] um conjunto de normas jurídicas produzidas por instituições aptas a disciplinar a conduta social e a organizar a utilização legítima da coerção para impor valores, escolhas e soluções.” (JUSTEN FILHO, 2012, p.85). Nesse contexto, a política pública se caracteriza como um conjunto de ações intencionais racionais, baseadas em diretrizes fundamentadas em teorias multidisciplinares,

condicionadas por escolhas políticas e institucionalizadas juridicamente, com a finalidade de resolução de um problema público.

Observar as potencialidades comunicativas do Estado Democrático de Direito brasileiro, através de modelos orientados por visões atomista e mecanicista, como se o Direito e os fatos da vida pudessem ser observados a partir de um enquadramento em estruturas rígidas, lineares e hierarquizadas, orientadas por relações de causa e efeito, como se existisse um futuro previamente determinado, impede a compreensão do processo evolutivo da função administrativa e, também, da segurança jurídica, porque demasiadamente limitadora e restritiva. Ainda que as competências constitucionais estejam estruturadas com fundamento nos princípios da separação de funções e Federativo, como se cada ente federado pudesse atuar de forma isolada, o certo é que a função da função administrativa, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, transcende à noção clássica de instrumento do “poder administrativo”, para instrumento de coordenação das atividades administrativas em face dos direitos fundamentais.

Ao longo do tempo, as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada foram observadas de acordo com os modelos tradicionais, cujas características predominantes são um cenário dicotômico, hierarquizado, piramidal, fragmentado e deficiente, o que impede a observação do todo, numa perspectiva sistêmica, limitando toda a potência que a Constituição brasileira, fundada na ideia de Estado Democrático de Direito. Entende-se que a observação a partir de diretrizes informadas pela teoria sistêmica permite a revisão e a ampliação dos programas comunicativos para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, aproximando-os com os princípios, objetivos e direitos fundamentais previstos na Constituição.

Isto porque, na perspectiva da Teoria dos Sistemas a observação considera a complexidade e a contingência do ambiente, responsável pela diferenciação e, conseqüentemente, potencializam o surgimento de sistemas sociais parciais especializados, dentre os quais se destacam os sistemas, político, jurídico, econômico e administrativo, entre outros que podem emitir comunicações relacionadas com o acesso, a proteção e o uso do direito de propriedade imobiliária. A mesma comunicação no entorno pode fazer sentido para vários sistemas sociais e esses, por sua vez, produzem novas comunicações que vão transitar novamente pelo ambiente e “irritar” os sistemas sociais que ao selecionar aquilo que lhes faz sentido e processar, expedem comunicações para o ambiente ou entorno, sempre numa perspectiva circular e em movimento, mantendo a evolução indefinidamente.

O processo evolutivo pode resultar, também, de mecanismos de acoplamento estrutural ao impor perturbações ao ambiente acoplado, gerando ruídos para todos os sistemas que se encontram acoplados e, por consequência, o processo evolutivo pela variação, seleção e estabilização. Todavia, a despeito do acoplamento estrutural, os sistemas mantêm sua unidade, que se concretiza pelas operações de cada sistema, através de conexões recursivas e sucessivas, o que fomenta a evolução e transformação por meio da autopoiese, que altera suas estruturas. “La unidad de un sistema social está constituida exclusivamente por la conexión recursiva de las comunicaciones, y no por el ejemplo de los procesos psíquicos de las conciencias que participan en ellas [...]” (ESPOSITO, 2006, p.40).

Esse processo operativo é a gênese das organizações, que integram os sistemas sociais parciais e são as responsáveis pelas decisões/comunicações, porque a tomada de decisão necessita de organização “[...] que es la realización de la autoridade o de la producción. Em cualquier caso es um fenómeno de relevância para la sociedade global” (LUHMANN, 2005, p.3). A função dos sistemas, portanto, é se autoorganizar e decidir continuamente de acordo com a sua função singular, como por exemplo: função política, função econômica, função administrativa, função jurídica, etc.,. As decisões, por sua vez, estruturam regras e potencializam a segurança sobre as expectativas, institucionalizando expectativas de consenso, que no âmbito do sistema administrativo, por exemplo, pode ocorrer através de comunicações emitidas no exercício da função administrativa.

A função administrativa resultou do acoplamento entre o subsistema da administração pública e o sistema do Direito, diferenciando-se de outros sistemas e subsistemas, sem que isto represente a extinção dos sistemas acoplados. Cada um deles continua com suas ações e o subsistema da segurança jurídica também. Igualmente o subsistema da segurança jurídica resultou do acoplamento entre o sistema da Política e do Direito, que por sua vez se acopla com outros subsistemas integrantes da Administração pública, sem afastar outros possíveis acoplamentos. Assim, para que os sistemas não fique sobrecarregados, cada subsistema vai selecionando e processando as informações que lhe fazem sentido e depois devolve ao ambiente as informações devidamente atualizadas, sob a forma de comunicações.

Assim a comunicação apossamento de um bem imóvel jogada no ambiente, se não for selecionada e processada pelo sistema da segurança jurídica, possivelmente o possuidor ficará sem a devida proteção, porque se a Constituição informa que o direito à propriedade privada é um direito fundamental, sob os aspectos do acesso, proteção e

uso, os sistemas e subsistemas vão selecionar aquilo que lhes faz sentido e processarão as informações, devolvendo-as ao ambiente devidamente atualizadas e condensadas, com a função de estabilizar expectativas. Isso permite deduzir que o ambiente é altamente complexo, por força da multiplicidade de comunicações decorrentes dos interesses colidentes entre si e que precisa ser reduzida, o que vai ocorrer com a diferenciação. Assim, comunicações clamando por proteção, são selecionadas por aqueles sistemas sociais parciais para os quais isto faz sentido e após processamento, estes sistemas emitem comunicações estabilizadoras reduzindo a complexidade, mas paradoxalmente, aumentam a complexidade e a contingência, porque as comunicações estabilizadoras abrem outras possibilidades e assim circularmente, a segurança jurídica foi se consolidando e, ao mesmo tempo, se transformando.

O próprio direito de propriedade também é fruto de um processo evolutivo, que se estruturou possivelmente a partir de um apossamento originário, como sugere Lewis Mumford, ao escrever que antes da cidade, ainda no período paleolítico, “[...] houve a pequena povoação, o santuário e a aldeia; antes da aldeia o acampamento, o esconderijo, a caverna, o montão de pedras” (MUMFORD, 1965, p.13), que serviram de espaço para compartilhamento social e gênese da noção de apropriação. Em seu curso evolutivo os antigos componentes da aldeia foram se alterando e aumentando a complexidade, instabilizando o *status* quo, o que levou às pessoas a tomarem decisões contingenciais, levando em consideração os interesses que não podiam mais ser considerados únicos, mas diversificados, porque a composição da aldeia compreendia caçadores, camponeses, pastores, além de outros tipos primitivos que foram sendo introduzidos e emprestaram a sua contribuição para a evolução da cidade. (MUMFORD, 1965).

Do período neolítico, quando o homem adota um estilo de vida sedentária e, para tanto, inicia o processo de apossamento da terra, seu cultivo e a criação de animais, até a propriedade alcançar o *status* de direito fundamental, foi um longo caminho, todo ele forjado por decisões contingenciais num ambiente cada vez mais complexo. Não se pode nem mesmo afirmar que existe uma linearidade principiológica que perpassa o tempo, porque a propriedade dos antigos não se baseia nos mesmos princípios que orientam a propriedade a partir da modernidade. Ademais, existem povos que jamais chegaram a instituir entre si a propriedade privada sobre a terra, como por exemplo os tártaros que admitiam o direito de propriedade sobre os rebanhos, mas não admitiam a propriedade sobre o solo, assim como entre os antigos

germânicos, em que era admitida a propriedade da colheita, mas não a da terra, diferentemente das “[...] populações da Grécia e da Itália, que desde a mais remota antiguidade, sempre reconheceram e praticaram a propriedade privada.” (COULANGES, 2006).

Portanto, o direito de propriedade privada é uma instituição social, que resultou de um processo evolutivo que se mantém ainda hoje em evolução, basta lembrar a distinção conteduística entre o direito de propriedade privada no Estado Liberal, quando era considerado um direito fundamental por natureza, de defesa e o direito de propriedade no Estado Democrático de Direito, que já não é mais considerado um direito fundamental natural, mas um direito reconhecido pela ordem jurídico e sujeito a múltiplas funções, destacando as funções: social, econômica e ambiental. Todo esse processo evolutivo sempre teve como pano de fundo o ambiente ou entorno, em que a complexidade e a contingência são as principais responsáveis pela diferenciação entre os sistemas sociais parciais que selecionam comunicações e, depois de processadas, são devolvidas ao ambiente sob a forma de novas comunicações.

Nesse contexto, o direito de propriedade é contingencial, por força do acoplamento de vários sistemas parciais e não um direito fundamental natural, como algo dado, inerente à condição humana, até porque se isto fosse verdade, cada pessoa já nasceria com a propriedade assegurada e, além disso, não haveria a necessidade de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade. Com vistas ao entendimento do processo evolutivo do direito de propriedade até alcançar o *status* de direito fundamental, talvez seja possível estabelecer conjecturas representativas de um possível cenário no qual se formou o direito de propriedade. Supondo que a origem da propriedade está no apossamento fático de uma parcela do solo por uma pessoa, o que correspondeu a uma comunicação com repercussão no ambiente, possivelmente fez sentido para outras pessoas e assim o apossamento foi se materializando.

A evolução do direito de propriedade não se operou de forma isolada, mas no contexto e em conjunto com a própria evolução dos sistemas sociais parciais, para os quais as comunicações propriedade faziam e fazem sentido, contribuindo para a diferenciação entre eles, razão pela qual, cada sistema social parcial somente seleciona as comunicações propriedade, naquilo que lhe faz sentido. Por isso, a comunicação propriedade, própria do sistema econômico pode, contingencialmente, naquilo que faz sentido, ser selecionada por outros sistemas e à medida que os sistemas vão selecionando comunicações e emitindo outras com a finalidade de reduzir

a complexidade, paradoxalmente, aumentam a complexidade, pois, a evolução decorre da circularidade das operações no âmbito dos sistemas.

Para o sistema político, por exemplo, a comunicação propriedade emitida pelo sistema econômico fez sentido no passado, elevando-a ao *status* de direito fundamental e continua fazendo sentido no presente, emitindo comunicações que levam em consideração o conjunto de princípios, objetivos e direitos fundamentais, altamente condicionadores das decisões, provocando modificações circulares no conteúdo político da propriedade, dentre as quais, talvez seja possível extrair comunicações contingenciais no sentido de que o acesso à propriedade imobiliária, é também, um direito fundamental e, portanto, ensejador de política pública capaz de viabilizar a concreção desse direito, condicionando a partilha de competências entre os diversos entes federativos, ou seja, na própria estrutura e organização do Estado.

Igualmente o sistema jurídico ao selecionar comunicações dos vários sistemas sociais, como por exemplo, dos sistemas econômico, político e administrativo, naquilo que lhe faz sentido, processa as comunicações internamente e emite posteriormente comunicações revestidas de juridicidade através de suas organizações, uma das quais é o direito fundamental à propriedade. Isto permite observar que o direito de propriedade não é uma comunicação exclusivamente do Direito, mas resultado de múltiplas comunicações oriundas de vários sistemas sociais diferenciados e que vai alterando a sua forma e conteúdo de acordo com as comunicações contingenciais que vão surgindo no ambiente. Assim, cada um seleciona aquilo que lhe interessa e, após processamento, emite comunicações reestabilizadoras, que abrem novas possibilidades, para novas seleções e reestabilizações.

Todavia, cada sistema social somente pode operar com sua própria estrutura, caso contrário haverá uma desestruturação na identidade do sistema, que se forja justamente pela diferenciação e especialização funcional, de sorte que um sistema não pode operar com a estrutura de outro sistema, como por exemplo: o sistema do Direito não pode operar com a estrutura do sistema da Economia, comunicando preços de bens e serviços, porque estas comunicações são próprias do sistema da Economia; o sistema da Política não pode operar com a estrutura do sistema do Direito, porque não lhe cabe tomar decisões e por extensão comunicações jurídicas; o sistema da Economia não pode operar com a estrutura da Política, pois, as decisões e comunicações políticas são exclusivas do sistema da Política.

Contudo, se por um lado, cada sistema opera limitado por sua própria estrutura caracterizando a relação sistema-entorno –, por outro, é possível a ocorrência de

acoplamento estrutural entre dois sistemas e, neste caso, não se caracteriza a relação sistema-entorno, mas uma relação sistema-sistema, conciliando a autorreferencialidade sistêmica com o relacionamento intrasistêmico, o que é determinado pela estrutura de cada sistema, elevando o nível de complexidade, como por exemplo, o direito fundamental à propriedade decorre do acoplamento entre os sistemas da Economia e do Direito, mediado pela Constituição federal. “A propriedade dos juristas é um *quid* qualitativamente diferente [...]; a propriedade dos juristas é sobretudo *poder* sobre a coisa, enquanto a propriedade dos economistas é sobretudo riqueza, renda da coisa.” (GROSSI, 2006, p. 25-26). Não apenas por isso, mas também por isso, a propriedade para o sistema da Economia possui um significado e para o sistema do direito outro, mas como resultado do acoplamento dos dois sistemas, tem-se o direito de propriedade, muito mais complexo do que o sentido que a propriedade pode ter de forma singular para cada sistema, ainda que ocorra a estabilização pela redução de complexidade para cada sistema.

Mas esta estabilização pela redução de complexidade não se cristaliza, pois existe a circularidade das comunicações, não necessariamente em sentido horário, mas também em sentido anti-horário, ou seja, assim como comunicações emitidas pelo sistema econômico podem ser selecionadas pelo sistema político e jurídico, o inverso também ocorre, ou seja, as comunicações reestabilizadoras dos sistemas da política e do direito, também podem fazer sentido ao sistema econômico. Portanto, a pluralidade de comunicações, disponíveis no entorno, forma a complexidade, que precisa ser reduzida, o que ocorre com a estabilização das expectativas, o que gera um alívio momentâneo para as pessoas, visto que sem essas comunicações racionalizadas por meio de comunicações expedidas pelos sistemas sociais parciais, a vida seria insuportável para o homem, pela incapacidade de dar conta da complexidade numa perspectiva global.

Tudo isso demonstra que o direito de propriedade na perspectiva liberal, observado pela lente da teoria do individualismo possessivo, em que o proprietário dispõe de prerrogativas, com vistas única e exclusivamente à satisfação de seus interesses individuais, impondo ao restante da sociedade, obrigações de não fazer, não se coaduna com os princípios, objetivos e direitos fundamentais insertos no texto Constitucional. A propriedade, nesse contexto, é um direito fundamental individual, que deve ser protegido pelo Estado, como um direito em si, independentemente de sua funcionalização, porque se trata de direito fundamental de defesa do cidadão em face do Estado. (CANOTILHO, 2003). Assegura ao proprietário o poder de senhorio, com

limitações impostas pelo ordenamento jurídico, com as prerrogativas de usar, fruir e dispor daquilo que lhe pertence, como um direito absoluto, com eficácia *erga omnes*, ou seja, como um poder, assegurado pelo direito, que o proprietário detinha sobre o bem, com finalidade estritamente individual. (MIRANDA, 2001).

As políticas públicas, através da lente da Teoria dos Sistemas, também podem ser consideradas formas de redução de complexidade de demandas sociais, à medida que comunicam resoluções de problemas públicos ao ambiente, visto que as políticas públicas têm por finalidade atender demandas públicas comunicadas ao ambiente. A luz da Teoria dos Sistemas, política pública pode ser considerada, como um conjunto de comunicações contingenciais, emitidas por diversos sistemas sociais parciais, nos limites estruturais de cada um, representados pelos respectivos códigos binários, como respostas (soluções parciais) oriundas dos processos que cada sistema social parcial faz, operando em clausura, depois de selecionar, junto a comunicação que expõe ao ambiente determinada demanda pública, aquilo que lhes faz sentido, com o objeto de estabilizar expectativas.

Para Luhmann, sistema social compreende uma série de relações, que decorrem de operações que são as comunicações, cujo propósito é criar diferenças que possam depois ser incluídas em novas comunicações. A diferenciação entre sistema e ambiente resulta das comunicações e essas, por sua vez, vão fortalecendo as distinções entre os vários sistemas, facilitando ao observador identificar as unidades que são distintas entre si, porque adquiriram identidades próprias. A Teoria dos Sistemas deixa de lado as certezas próprias do estilo linear cartesiano para dar lugar às incertezas, diante da impossibilidade de o homem dominar todo o conhecimento existente no mundo. Quanto mais complexo é o mundo, maiores são as possibilidades de diferenciação funcional, o que dificulta a compreensão pelo método analítico, visto que quanto mais comunicações são produzidas, maior é a complexidade e a contingência. Por isso, impõe-se a redução da complexidade, para que a vida possa ser orientada por uma racionalidade de aproximação e não por relações de causa e efeito rígidas.

A observação da implementação das políticas públicas, através dos modelos tradicionais, demonstra que eles se orientam basicamente por duas abordagens que são a *Top-Down* e a *Bottom-Up*, num quadro de verticalidade em que um dos polos determina o impulso pela implementação. Na *Top-Down* existe a separação entre a esfera política, que elege e formula e a esfera administrativa, que executa a política pública; enquanto que no modelo orientado pela abordagem *Bottom-Up*, a esfera

política elege, mas é na esfera administrativa que ocorre o impulso, com a formulação e a implementação da política pública. Todavia, ambas possuem um traço comum que é a sua linearidade vertical cartesiana, ora de cima para baixo, ora de baixo para cima, o que induz um tratamento fragmentado das políticas públicas e não na sua totalidade, pois, esses modelos não permitem a observação de toda a complexidade que existe no ambiente e pode repercutir na política pública.

Se observarmos as políticas públicas relacionadas ao acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade, verifica-se que as existentes são lineares e verticais, em que cada uma trata de determinados aspectos, desimportando outras comunicações que se encontram no ambiente e que, também, são importantes para a concretização ampliada e sistêmica da política pública. As comunicações que a política pública de acesso à propriedade imobiliária no Brasil faz ao ambiente, por exemplo, são expedidas por vários sistemas sociais parciais e instrumentos de gestão pública, além de comunicações emitidas por outros atores públicos e privados, estabelecendo uma trama de conexões, mas que os modelos tradicionais obscurecem porque impedem a visualização de todos os eventos presentes na política pública de acesso ao direito fundamental à propriedade, como de resto em todas as outras políticas públicas.

As políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade, como instrumentos de concretização do direito fundamental à propriedade, na amplitude que a Constituição lhe atribui, por força dos princípios, os objetivos e os direitos fundamentais, não podem se limitar a emitir comunicações ao ambiente, sem que elas possam ser observados pelos outros sistemas sociais, sugerindo seleções daquilo que pode ser absorvido pelas estruturas de cada sistema e, depois de processadas, voltarem ao sistema ou entorno como novas comunicações, capazes de gerar novas seleções, processamentos e comunicações sucessivas e circulares. Por isso, quando a observação das políticas públicas se opera pelas lentes dos modelos tradicionais das políticas públicas, existe uma perda substancial das potencialidades que as informações comunicadas pelas decisões de cada sistema, levam para o ambiente ou entorno.

Para Luhmann todas as comunicações informam decisões resultantes das operações de cada sistema, por isso, o elemento central da Teoria dos Sistemas é a comunicação, conseqüentemente os sistemas sociais são entendidos como sistemas comunicativos de sorte que, o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as

comunicações entre os sistemas e seus elementos. Por isso, no âmbito das políticas públicas as comunicações não são expedidas por agentes públicos, mas através de organizações públicas e privadas que integram os sistemas sociais, responsáveis pelo processamento das comunicações selecionadas pelo sistema social. Contudo, isso não afasta a necessidade e a importância dos agentes públicos, no exercício da função administrativa, para efeitos de eleição, formulação e implementação das políticas públicas, embora a expedição se origina do sistema social parcial. Isto ocorre, segundo Luhmann, porque ao invés de o homem deter a linguagem como ferramenta da comunicação, é a comunicação que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento, de sorte que o homem é a ferramenta e não a comunicação. (TRINDADE, 2008, p.35-36).

As organizações administrativas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, integram simultaneamente vários sistemas sociais parciais e, quando os agentes públicos tomam decisões, essas não são imputadas a eles na condição de pessoas naturais, mas às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, com a qual mantêm vínculo funcional. Também não são as pessoas jurídicas às quais a decisão é imputada, que emitem as comunicações decorrentes das decisões, mas o sistema social parcial que selecionou no ambiente/entorno comunicações e as processou nos limites de sua estrutura, no caso, o sistema administrativo. A comunicação emitida pelo sistema administrativo ou por seus subsistemas pode fazer sentido a outros sistemas sociais parciais, que selecionarão as comunicações que lhes fazem sentido e, depois de processadas, expedem novas comunicações contingenciais, complexificando cada vez mais o ambiente/entorno.

O sistema econômico ao expedir a comunicação propriedade privada, certamente fará sentido a outros sistemas, como por exemplo, os sistemas, político, jurídico, administrativo, entre outros e cada um deles selecionará aquilo que lhe faz sentido. A título de exemplo, o sistema político ao selecionar comunicação relacionada com a propriedade privada, depois de processá-la internamente tomará decisões contingenciais e expedirá comunicações no ambiente, sob a forma de regras, condicionadas pelos princípios, objetivos, direitos fundamentais e valores da ordem política, dispondo sobre o regime jurídico de acesso, proteção e uso da propriedade privada. Igualmente, o sistema jurídico, poderá selecionar comunicações relacionadas à propriedade e, depois de processá-las, tomar decisões baseadas nos princípios e valores que orientam a ordem jurídica e depois comunicadas ao ambiente, revestidas de juridicidade, com vistas à segurança jurídica relacionada com o acesso, proteção e

uso da propriedade. O sistema administrativo, por sua vez, também pode selecionar comunicações relacionadas com a comunicação propriedade privada e, depois de processá-la, emitir comunicações por meio do exercício da função administrativa, com a finalidade de concretizar o acesso, a proteção e o uso da propriedade.

Cada um dos sistemas emite comunicações ao ambiente/entorno, nos quais sistemas sociais parciais “se abastecem” com essas informações para efeitos de seleção e, depois de processadas e decididas, são emitidas novas comunicações, que na sua totalidade formam um conjunto de comunicações que podem contribuir para a formulação e implementação de política pública de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, de forma abrangente e em movimento circular, se renovando e atualizando a todo momento. Assim uma política pública relacionada com o direito fundamental à propriedade privada pode ser ampliada consideravelmente, como por exemplo, ao invés de assegurar somente o acesso ao direito de propriedade, assegurar o acesso a uma propriedade qualificada urbanística e ambientalmente, ao invés dos instrumentos de segurança jurídica disponíveis atuarem de forma isolada, possibilitar uma sistêmica, ao invés dos condicionamentos fragmentados, decorrentes do poder de polícia, ao exercício das faculdades do direito de propriedade, condicionamentos sistêmicos.

4. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, GERADA PELA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, NOS MODELOS TRADICIONAIS DE ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA.

A Teoria dos Sistemas de Luhmann é informada, em parte, pela teoria da evolução, porque sem evolução e sem a autopoiese não haveria sistema na concepção

luhmanniana. O direito de propriedade, assim como os modelos tradicionais de acesso, proteção e uso do direito de propriedade e os direitos fundamentais, são aquisições evolutivas, ou seja, passaram a ter identidade, estrutura e programas próprios a partir do momento em que se diferenciaram no ambiente. Contudo, o conteúdo deste terceiro capítulo, assim como os dois primeiros, também é teórico-instrumental, porque tem a função de demonstrar a evolução do conceito dogmático do direito de propriedade e suas deficiências, a evolução dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso em função da teoria dos direitos fundamentais e, por fim, o silêncio eloquente da função administrativa e segurança jurídica no direito de propriedade. Além de contribuir com o embasamento teórico, serve também, como justificativa para a reconstrução de conceitos e a extração de diretrizes para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada.

No primeiro, a abordagem é sobre a evolução do direito de propriedade imobiliária e o sua noção dogmática, demonstrando o processo evolutivo da propriedade privada desde os gregos e a sua noção de propriedade coletiva, conectada aos deuses, passando pelos romanos e sua noção de propriedade individual, que perde força durante a idade média. Todavia a concepção romana é recuperada com o passar do tempo e reinstaurada formalmente a partir da Revolução Francesa, cuja estrutura conceitual se mantém até hoje, embora os contornos e conteúdo tenha se modificado por conta da evolução. Mesmo assim, o conceito dogmático tradicional é insuficiente para dar conta de explicar o direito de propriedade numa sociedade altamente complexa como é a brasileira.

O segundo subtítulo tem como eixo, a abordagem e a evolução dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e a conexão com a teoria dos direitos fundamentais. Até os anos de 1930, a rigor não existiam políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no sentido contemporâneo de política pública, por força do individualismo possessivo que permeava as relações privadas e condicionava as funções públicas. Depois de 1930 esse quadro começa a se modificar aos poucos, em razão das modificações políticas, econômicas e sociais, em que a concepção individual é pressionada a ceder espaço para a função social da propriedade e do contrato, mas ainda assim, a evolução foi lenta e com um traço marcante, a falta de democracia na formulação, implementação e execução das políticas públicas.

No terceiro subtítulo, o eixo de abordagem é a observação da teoria das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade à luz da teoria dos direitos fundamentais e das políticas públicas, com fundamento na Constituição de 1988 e a insuficiência conceitual dogmática de propriedade. A Constituição de 1988 representa uma linha divisória entre o antes e o depois, dado que tem como fundamento um conjunto de princípios vinculantes, que se irradiam para todo o ordenamento jurídico, assumiu compromissos através de objetivos fundamentais e, além disso, tem nos direitos fundamentais a sua centralidade. Dentre os princípios fundamentais, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana como princípios que possuem relação direta com o direito de propriedade, o que leva a conclusão de que o conceito dogmático de direito de propriedade é insuficiente e, por isso, precisa ser adequado ao conjunto de valores axiológicos da Constituição.

E, por fim, no quarto o eixo a abordagem é sobre a função administrativa e segurança jurídica em face da teoria dos direitos fundamentais e o silêncio eloquente na definição do direito de propriedade, notadamente as mutações geradas pela evolução da função administrativa e da segurança jurídica e a relação com o direito de propriedade. Apesar das mutações, mantém-se a dicotomia entre o direito público e o direito privado, visto que o Código Civil não faz a devida conexão entre o direito de propriedade com a função administrativa e a segurança jurídica, e assim, a relação é apenas implícita e limitadora, não como instrumento que possibilita de direitos.

Através da abordagem sistêmica é possível verificar que a evolução do direito de propriedade acompanhou a evolução da própria organização social, política e econômica e atingiu a concepção individualista, quando já havia complexidade suficiente para a especialização funcional do sistema social em subsistemas da política, da economia e do direito. Apesar da crítica que se possa fazer da propriedade privada individual e possessiva, inegavelmente foi uma conquista da diferenciação funcional dos vários subsistemas sociais, por força do aumento da complexidade e o surgimento de novas alternativas. Através da variação, seleção e estabilização os subsistemas foram selecionando informações existentes no sistema/entorno que lhe faziam sentido e as processaram dentro de suas estruturas e de acordo com os seus programas, inclusive, por meio de acoplamentos estruturais entre sistemas.

4.1 Da evolução do direito de propriedade imobiliária privada e seu conceito dogmático.

O substantivo propriedade, que deriva do adjetivo latino *proprius*, significa “[...] que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (neste caso, equivale a típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu” (MARTIGNETTI, 1995, p. 1021), não evidencia mudanças fundamentais ao longo do tempo, porque no nosso sistema cultural, a noção corrente mantém a identificação com o sujeito da relação-processo o indivíduo, assim como fazia a ideologia burguesa. O elemento jurídico é importante possui elevada importância, porque desde o direito romana, já se fazia a distinção entre posse, que é a manutenção fática da coisa, do direito de propriedade, que é o direito de possuir algo, independentemente da posse. Existe propriedade sempre que existente uma relação entre o sujeito e o objeto, que atribui ao sujeito a livre disposição do objeto, cuja faculdade de disposição é socialmente reconhecida como uma prerrogativa exclusiva, porque tem o direito de decidir em relação ao objeto, mesmo que não detenha a posse. (MARTIGNETTI, 1995).

A apropriação da terra começa como sendo da tribo sobretudo quando o homem se faz sedentário e consagra a vida agrícola, porque ela, a tribo, que cultiva em comum a terra cultivável, as pastagens, os bosques. Numa perspectiva evolutiva, a ocupação da terra teve na sua gênese na ocupação tribal e gradativamente parcelas de terras foram sendo distribuídas em favor de grupos familiares dentro da própria tribo, posteriormente, às famílias até alcançar o estágio individual. Por isso, é um erro supor que a propriedade da terra nasceu por força de ocupação individual, pelo chamado modo natural de adquirir dos romanos e pelo modo como se adquirem hoje as *res nullius*. (AZCÁRATE, 1879). Nessa narrativa, encontra-se implícita a noção da diferenciação subjetiva, resultante do processo de civilização, que foi se estabelecendo ao longo do tempo, com especialização do trabalho e repercussão na apropriação objetiva da terra. (ZEA, 1982).

Na perspectiva sistêmica luhmanniana, a evolução do direito de propriedade é bastante complexa, porque resulta das decisões contingências – que poderiam ter sido diferentes, em face das múltiplas possibilidades – que foram tomadas ao longo do tempo. Contudo, faz-se a narrativa de fragmentos históricos que permitem observar, ainda que superficialmente, o processo evolutivo. Da noção de propriedade coletiva, típica de clãs e tribos, até o estágio da propriedade privada contemporânea, a evolução da propriedade acompanhou a evolução da própria organização social e econômica das comunidades humanas, porquanto as culturas primitivas não conheceram um

sistema de propriedade privada, em que existe uma divisão entre proprietários e não proprietários. A viabilidade da propriedade privada somente se concretizou com a civilização, com base em três pressupostos: governo com potestade que sujeitava a todos, na figura da cidade-estado; a divisão de funções e a implantação de um sistema de escrita. (ZEA, 1982).

Por isso, o direito de propriedade pode ser considerado como uma peça chave para explicar a nossa cultura e civilização, porque o regime jurídico da propriedade é um dos elementos arquitetônicos básicos do sistema social, político e econômico, bem como um dos pilares dos ordenamentos jurídicos ocidentais. (LÓPEZ Y LÓPEZ, 1998). A propriedade privada é uma instituição histórica que pode ser observada e abordada sob os mais diversos aspectos, como por exemplo, quando à legitimidade da apropriação, quanto aos aspectos de uma evolução jurídico-conceitual, quanto ao nível político e econômico, enquanto instrumento de produção, (GASSEN, 2006). Isto, porque o instituto da propriedade desde a antiguidade até o Estado moderno, quando adquiriu caráter constitucional, inclusive como direito fundamental, passou por inúmeras transformações seja na forma de tratamento, de sua organização, conceituação, abrangência e garantias, porque segundo Giuseppe Carie, a propriedade é uma instituição eminentemente social e revestiu tantas formas, quantos são os estadios percorridos pela organização social. (*Apud* SOUZA, 1910, p. 357).

Fustel de Coulanges advertiu, ainda no século XIX, que a instituição propriedade dos antigos não deve servir para formar ideia sobre o direito de propriedade existente naquele momento, porque os antigos basearam o seu direito de propriedade sobre outros princípios, assim como as leis que a garantiam, também eram sensivelmente diferentes, porque fortemente alicerçadas em crenças religiosas. Contudo, nem todos os povos adotaram o direito de propriedade sobre a terra, como por exemplo, os tártaros que admitiam apenas a propriedade sobre os rebanhos, os antigos germanos, que admitiam a propriedade sobre a colheita, mas não sobre a terra, entre outros. Por outro lado, as populações da Grécia e da Itália, desde a antiguidade, reconheceram e praticaram a propriedade privada. (COULANGES, 2006).

Em Atenas, na Grécia, foi instituído um corpo de leis dispendo sobre o sistema de propriedade privada, em face dos abusos cometidos pela classe dos proprietários em face dos despossuídos, revelando princípios, que ainda se fazem presente na atualidade. Inicialmente Dracón, elaborou um conjunto de leis escritas, superando a cultura da oralidade das leis, algumas das quais na defesa da propriedade privada, punindo com a morte o furto, por exemplo. Depois o arconte Solón, procurou mitigar o

ódio entre os ricos e os pobres e, uma das medidas, foi proibir qualquer escravidão por dívidas de qualquer natureza e não pagas, proclamando assim, o habeas corpus para o cidadão ateniense e, a partir daquele momento, o devedor respondia perante o credor com os seus bens e não com o seu corpo. Suprimiu os resíduos de antigas propriedades coletivas, reconhecendo como propriedade, apenas a privada. Do conjunto de medidas, resultaram duas classes: o cidadão ateniense e os carentes de cidadania. (ZEA, 1982).

Ainda que seja possível abordar e observar a propriedade privada sob vários aspectos, é a evolução que a diferenciou funcionalmente, reconhecendo-a como um subsistema da economia. Por isso, numa perspectiva da teoria sistêmica de Luhmann, talvez seja possível tangenciar com a ideia de que a concepção originária de coletivização da propriedade fosse reflexo da falta de diferenciação funcional entre a religião, a economia, direito e política e, à medida que aumentou a complexidade no âmbito da sociedade, cada um dos sistemas foi se diferenciando e a noção de propriedade veio no bojo desse processo evolutivo. Das antigas civilizações sírias, egípcias da Mesopotâmia, passando pelos Romanos, a Idade Média, Modernidade e a contemporaneidade, a sociedade foi aumentando a complexidade, por força de múltiplos fatores e nesse contexto a propriedade sempre teve presença, porque é um elemento importante em cada organização política e jurídica, visto que o direito de propriedade pode recair sobre tudo aquilo que pode ser apropriado, fática e juridicamente, para efeitos de extração de utilidade pelo homem.

Historicamente a propriedade foi justificada com base em várias teorias criadas arbitrariamente destacando-se: a) a da ocupação; b) a da convenção; c) a da lei; d) a do direito natural; e) a do trabalho; f) a da necessidade; e, g) a da conquista. A primeira justifica a propriedade pelo apoderamento da coisa, seguida entre os escritores modernos por Grocio e Burlamaqui; a segunda, explica o direito de propriedade por meio de uma convenção, como quer Rousseau; a terceira, justifica o direito de propriedade como derivado da lei, Montesquieu e Bentham; a quarta, fundamenta a propriedade como derivada da natureza humana, visto ser condição para a existência e desenvolvimento, Pichte, Hegel, Krause e Ahrens, cada um à sua maneira; para a quinta, o direito de propriedade se fundamenta no trabalho, como quer Locke; para a sexta, o direito se fundamenta na necessidade, porque a propriedade seria a consequência das exigências da produção e da circulação da riqueza, Courcelle Seneuil e Roscher e, por fim, a sétima, que fundamenta o direito de propriedade pela conquista, com a exclusão dos dominados pelos dominadores. (SOUZA, 1910).

As teorias que procuram justificar o direito de propriedade estão localizadas no seus vários contextos, entre os quais, o sociológico, econômico, filosófico e o jurídico, que por sua vez encontra-se no âmbito da dogmática jurídica, que observa os institutos de forma isolada e, nesse sentido, a noção de direito de propriedade privada é vista como um direito subjetivo de usar, gozar e dispor, sem conseguir superar os limites das prerrogativas asseguradas legalmente ao proprietário. Igualmente não é possível afirmar que a propriedade apresenta um fundamento ontológico, a despeito da contribuição que cada uma das teorias comunicou e que foram selecionadas e processadas pelos sistemas sociais parciais para os quais fizeram sentido, como por exemplo, os sistemas econômico, político e jurídico. Cada um desses sistemas, isoladamente ou por meio de acoplamento estrutural, selecionou informações, processou e, na sequência, emitiu novas comunicações ao entorno que circularmente estavam disponíveis para novas seleções pelos sistemas sociais.

Portanto, observar o direito de propriedade apenas através das lentes da legalidade, impede a observação de toda complexidade que se faz presente na comunicação direito de propriedade. Por isso, na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann, a justificativa da propriedade não encontra fundamento em pressuposto ontológico, mas na diferenciação funcional identificada nos sistemas sociais parciais, que se encontram no ambiente e possuem funções distintas. Nesse sentido, as características da propriedade se apresentam como comunicações consequenciais da autonomia dos sistemas diferenciados funcionalmente. Isto posto, poderia perguntar-se: qual é o sistema ou quais são os sistemas que determinam as formas que assume a propriedade na sociedade moderna? – A rigor, as formas da propriedade contemporânea resultam do acoplamento estrutural entre os sistemas da economia e do direito, porque a propriedade é ao mesmo tempo uma transação econômica e jurídica.

Para o sistema da economia a propriedade é um dos códigos centrais responsáveis pela estrutura do sistema em ter/não ter e, assim, sem a propriedade o sistema da economia não existiria, por impossibilidade de diferenciar-se; para o sistema do direito, a propriedade compreende regulação, com base no código binário legal/ilegal. Para toda transação econômica, o sistema precisa saber quem pode e quem não pode dispor da coisa, enquanto que no sistema do direito, a propriedade é componente de determinados programas que permitem, em caso de disputa, comunicar com quem está protegido legalmente e quem não está. (LUHMANN, 2015).

A propriedade no seu processo evolutivo, como comunicação resultante do acoplamento estrutural entre o sistema da economia e do direito, passou a ser considerada como direito fundamental reflexivo da ideia de liberdade, no contexto do que se denominou, no final do século XIX, de Direitos Fundamentais do Homem, baseado, ainda que parcialmente, no ideário de John Locke, que reconhece a liberdade e a propriedade como direitos inerentes à condição humana, o último legitimado pelo trabalho. Nesse sentido, o homem no estado de natureza é livre, senhor absoluto de sua própria pessoa e de suas posses, igual ao mais eminente dos homens e a ninguém está submetido. Todavia, o exercício da liberdade por vezes é incerto e constantemente exposto à violação por parte dos outros, o que leva os indivíduos a unirem-se em uns com outros numa sociedade política, cujo fim maior é a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais ele atribui o termo genérico de propriedade. (LOCKE, 1998).

A despeito das teorias que procuram fundamentar e/ou justificar a propriedade privada, a origem da propriedade privada, para Arturo Valencia Zea, teria ocorrido na Mesopotâmia – Suméria-Babilônica –, por força de uma conjugação de fatores desenvolvidos pelo Estado teocrático com seus templos e o Estado laico com seus palácios, que lentamente foram criando duas classes sociais: os administradores da riqueza dos templos e dos palácios e a segunda, dos trabalhadores do campo e da cidade. Num certo momento teria surgido o costume de distribuir entre os funcionários e soldados profissionais, parte da riqueza estatal, que se convertia em propriedade privada, o mesmo acontecendo com a riqueza dos templos, em razão da apropriação, por parte dos sacerdotes, de parte das rendas e das riquezas. Com o passar do tempo a extinção e a dissolução da riqueza comum dos templos e palácios, ao redor dos anos 2.500 a. C., deu lugar a propriedade privada. (ZEA, 1982).

Sob a ótica capitalista, entretanto, de acordo com Engels, a propriedade privada surge a partir do momento em que assume importância econômica e política, o que vai ocorrer na civilização, que se caracteriza pela divisão do trabalho e a troca de bens disponíveis que resultaram da força de trabalho que permitiu a produção de excedente. Foi a criação de rebanhos que operou uma revolução na família, porque representava nova fonte de alimentação e utilidade. E nesse processo evolutivo passando por divisões de trabalho subsequentes, como desdobramentos de cada comunicação evolutiva, chega-se à riqueza, não apenas da mercadoria, mas da própria terra, na condição de propriedade privada, que, também, tornou-se mercadoria. “A posse de parcelas de solo, concedidas primitivamente pelas gens ou pelas tribos aos

indivíduos, fortaleceu-se a tal ponto que a terra já podia ser transmitida por herança” (ENGELS, 1984, p.187).

Todavia, antes do direito de propriedade ser identificado com o sistema econômico e reconhecido pelo sistema jurídico, fazia parte do sistema da religião, onde estava a sua fonte legitimadora, visto que existem três coisas fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades gregas e itálica, desde a antiguidade: a família, a religião doméstica e o direito de propriedade privada, contido na própria religião, visto que “[...] cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva.” (COULANGES, 2006, p. 52). Havia, portanto, um elemento mediador que se posicionava entre os deuses e a terra, que era o lar, considerado o altar dos deuses, que permanecia no local fixo enquanto durava a família, fixando a posse da terra e, por extensão, a aquisição da propriedade imobiliária, cuja função era a de servir de espaço de adoração às divindades.

Era o culto aos antepassados que criava uma religião doméstica, fundada na crença de que os mortos permaneciam ao lado dos vivos, por isso, a fixação de moradia dos vivos no mesmo espaço em que os mortos da família eram enterrados, o que, em razão da crença, ensejava o culto aos mortos de forma permanente, através de rituais e oferendas, o fogo sagrado. Por isso, Coulanges relaciona a religião doméstica à propriedade privada, porque de “[...] todas essas crenças, de todos esses costumes, de todas essas leis, resulta claramente que foi a religião doméstica que ensinou o homem a se apropriar da terra, e que lhe assegurou direitos sobre a mesma.” (COULANGES, 2006, p. 59). Por isso, “[...] a propriedade era tão inerente à religião doméstica, que uma família não podia renunciar nem a uma, nem à outra. A casa e o campo estavam como que incorporadas a ela, e ela não podia nem perdê-la, nem privar-se dela.” (COULANGES, 2006, p. 59).

Os romanos instituíram cedo a noção de propriedade, quase absoluta: o *dominium ex iure Quiritium*, o que pode ser traduzido como o domínio sob a lei de Quirites ou a propriedade quiritária, que se caracterizava pelo poder praticamente absoluto de uma pessoa sobre a coisa que lhe pertencia, assegurando-lhe o direito de usá-la de acordo com o seu interesse, além de desfrutar e de receber os frutos e dispor livremente dela. Havia, contudo, limitações ao exercício do poder do proprietário, quando se tratava de bens imóveis e o uso podia prejudicar o interesse dos vizinhos ou o interesse público. Além da propriedade quiritária, que estava reservada aos cidadãos romanos, haviam outras espécies de propriedade que com o passar do tempo foram

desaparecendo, remanescendo apenas a concepção individualista da propriedade quirritária. Com a evolução econômica e social dos séculos IV e V, surgiram novos direitos reais incidentes sobre o direito de propriedade, como o direito de superfície e a enfiteuse, que era de origem grega. (GILISSEN, 2001).

Com o fim do Império Romano começaram a surgir os reinos cristãos-bárbaros, fundindo a cultura bárbara, que não tinha admitia a propriedade privada sobre a terra e, a cultura romana, que a admitia. A propriedade germânica era familiar, “amarrada” aos seus antepassados e era inalienável. Esse modelo, foi enfraquecendo e prevaleu a concepção romana, com a generalização da propriedade individual. Com o reinado de Carlos Magno, surge a propriedade alodial, possuídas como propriedade plena. Todavia, a espécie alodial perde importância entre os séculos VII e XI e aumentam as *tenure*, que são aquelas que o “[...] proprietário cede a outro (o tenente ou precarista [*tenancier*] o uso e o gozo por um período prolongado, de tal maneira que este aí exerça o poder imediato e real” (GILISSEN, 2001, p.640-641). As tenências aumentaram e, dentre elas, o benefício vassálico tomou conta nos séculos X e XI, sob os nomes de *feodum* e censo, o que permitiu o desmembramento do direito de propriedade, notadamente, na Baixa Idade Média, em que os tenentes concediam suas parcelas em subfeudos. (GILISSEN, 2001, p.643).

Enquanto a função da propriedade grega era predominantemente de marcar o espaço para o exercício da religião doméstica, mesmo que possuísse alguma função econômica, em razão das trocas que existiam, a propriedade romana passou a ter uma função predominantemente econômica, o que vai se aprofundar na Idade Média, com a institucionalização do sistema feudal de propriedade. A propriedade da terra era o centro do pensamento medieval. (GROSSI, 2006), por isso, um dos pilares do sistema medieval e compreendia dois poderes: o direito de jurisdição – aplicava a justiça e cobrava impostos –, e o direito de propriedade, sobre o [...] “qual havia servidão entre prédios e terras, havia serviços ligados à terra e ao direito sobre a terra.” (LOPES, 2014, p. 62).

Para Arturo Valencia Zea, com a derrocada do Império romano os grandes proprietários de terras, para evitar as revoluções dos escravos e tornar produtivas suas terras, deixaram em liberdade os escravos e lhes forneceram uma parcela da terra para cultivo, com a obrigação de pagar através de serviços ou a entrega de parte dos frutos, transformando-os aos poucos em servos da gleba. (ZEA, 1982). Havia uma associação entre o proprietário fundiário e o trabalho do servo (GASSEN, 2006), em que “[...] os primeiros cediam a terra aos últimos e lhes concediam o seu gozo, a

sua fruição. O proprietário feudal era que aplicava justiça e cobrava impostos, por ter poderes de soberania.” (COSTA, 2003, p. 13-14).

As tenências, que inicialmente eram inalienáveis, aos poucos começaram a ser vendidos com a anuência prévia do proprietário, constituindo-se patrimônio do tenente e, por consequência, um direito hereditário, o que culminou com o deslocamento do direito de propriedade em favor do tenente, o que já havia se consumado antes da Revolução Francesa, razão pela qual, John Gilissen defende que não foi a Revolução que transferiu a propriedade, como querem os historiadores do século XIX, porque a transferência já havia se consolidado partir do século XIV. A Revolução influenciou decisivamente na evolução para o individualismo agrário, com a determinação da partilha de bens comuns e a sua transmissão hereditária. (GILISSEN, 2001, p.646). No contexto evolutivo da propriedade individual estava o desenvolvimento do comércio, da produção manufatureira e o crescimento econômico dos impérios financeiros, de onde emergiu a burguesia e, com ela, o atrelamento da propriedade privada à noção de direito humano, que serviu de fundamento para a garantia da propriedade privada. (LOPES, 2014).

A Revolução francesa é considerada como o marco histórico que traduziu o novo pensamento filosófico, político e econômico, fundado nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, que contribuiu para a diferenciação funcional dos sistemas sociais, sobretudo em face dos sistemas, econômico, político e jurídico, com fundamento nos pensadores liberais, destacando-se os contratualistas, Hobbes, Locke e Rousseau. No processo de diferenciação funcional dos sistemas, o jurídico apresenta profundas transformações de cunho filosófico, dogmático e ideológico, em que se sobressai a constitucionalização do direito, em cujo contexto são assegurados os direitos fundamentais de liberdade. A propriedade integra o rol de direitos fundamentais de primeira geração, como comunicação resultante do acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema do direito, operado pela Constituição francesa de 1791, ao assegurar o direito de propriedade como um direito inviolável e sagrado, previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em que a privação somente poderia ocorrer em face de necessidade pública legalmente comprovada, mediante justa e prévia indenização.

A propriedade privada, nesse novo contexto, atribui ao proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor, como decorrência da assunção do poder pela burguesia e o estabelecimento de novas bases políticas, econômicas e sociais que moldaram a propriedade, como um direito subjetivo inerente à condição humana, no qual o

protagonista é o individualismo jurídico, resultante de três movimentos confluentes: o jusnaturalismo racional dos séculos XVI e XVII; o movimento e influência da visão econômica dos fisiocratas e as construções científicas realizadas por grandes juristas franceses dos séculos XVII e XVIII. Esse modelo de propriedade tem como paradigmas a Carta Constitucional norte-americana, oriunda da Convenção de Filadélfia, de 1787, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e o Código Civil francês de 1804, que influenciou o Código Civil brasileiro de 1916. A propriedade era reconhecida como um direito natural do homem, sagrado e inviolável, nos termos do artigo 17 do Código francês: "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité." (CORDERO QUINZACARA, 2008).

A despeito de influência do Código Civil francês, chamado de "Código da Propriedade", no sentido de concentrar os poderes decorrentes do direito de propriedade em mãos de um único titular, o Código Civil brasileiro de 1916, baseou-se no Código Civil alemão, que entrara em vigor em, 1 de janeiro de 1900, que negou qualquer proteção social e qualquer possibilidade de promoção social através do direito privado, o que fica patente no seu sistema de direitos subjetivos e pretensões, que tem no indivíduo e no seu livre-arbítrio, assim como o direito de propriedade, alguns dos pontos de partida. (RÜCKERT, 2016). Para o Código Civil alemão, o direito de propriedade estava fundamentado na definição clássica do livre-arbítrio sobre a coisa, o que revela traços conservadores, patriarcais e autoritários e, nesta senda, definiu o direito de propriedade como o "[...] direito de utilizar a coisa livremente e de excluir terceiros de qualquer interferência, o que hoje em dia ainda consta no §903 do BGB." (ASHTON, 2013).

Por essas e outras razões a Revolução francesa é considerada o berço do constitucionalismo contemporâneo, visto que interrompeu a velha forma de pensamento do poder político e abriu espaço para a teoria do contrato social, colocando o indivíduo no centro da teoria política, que através de um pacto firmado livremente pelos homens instituíram o Estado, ao qual foi delegada a função de assegurar suas liberdades e direitos, num contexto dicotômico entre as esferas pública e privada. Esta última foi considerada como um espaço politicamente neutro, onde as relações entre indivíduos deveriam ser livres, sem interferências externas, notadamente do Estado. (LEAL, 2007). Havia um realce às liberdades jurídicas do indivíduo, notadamente a liberdade contratual e o caráter absoluto da propriedade privada,

alicerces do capitalismo-liberal, que tem como traços fundamentais a liberdade de empresa e liberdade de concorrência, com fundamento na ideia geral de liberdade individual. O sistema econômico capitalista supõe duas condições materiais básicas: os possuidores e os não possuidores, cujas relações sociais se estabelecem entre dois grupos de pessoas: uma de apropriação e outra de não apropriação. (MOREIRA, 1987).

Foi, portanto, na perspectiva estadual ou constitucional que certos direitos ou liberdades tiveram assegurados a sua proteção na dimensão natural, como direitos absolutos, imutáveis e intertemporais, como direitos inerentes à condição humana de seus titulares e passaram a constituir um núcleo restrito da ordem jurídica, sempre que constitucionalizados. (ANDRADE, 2012). Essa geração de direitos possui como ideário o pensamento liberal-burguês do século XVII, com forte traço subjetivista, em que se sobressai o individualismo possessivo macphersoniano. A doutrina dos direitos fundamentais do homem, no âmbito do Estado Liberal, tinha como foco os direitos de defesa contra as intervenções arbitrárias do Estado e, com isso, garantir a esfera de liberdade e autonomia pessoal do indivíduo, no âmbito da qual, a função da propriedade era viabilizar a concretização da liberdade do proprietário – numa relação sujeito e objeto – em face do Estado e dos demais indivíduos.

A concepção da concretização das liberdades, assegurada pelo Estado de Direito, apresentava, por um lado, a limitação do exercício do poder por força do princípio da legalidade e, por outro, a garantia constitucional dos cidadãos, assegurando-lhes o direito subjetivo em face de um conjunto de direitos individuais fundamentais, na perspectiva da liberdade. Para a doutrina liberal, o exercício dos poderes do Estado de Direito encontra-se subordinado formal, no plano da submissão às leis gerais do país, mas encontra-se, também, subordinado ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais invioláveis. (BOBBIO, 1988). A Constituição e os direitos fundamentais, a partir da segunda metade do século XVIII, passaram a ter uma íntima e indissociável vinculação, em que por um lado, a Constituição passou a ser condição de existência das liberdades funcionais e, de outro, a concretização dos direitos fundamentais como pressuposto de legitimação do poder estatal. (SARLET, 2009).

Os direitos fundamentais podem ser considerados através de diversas perspectivas: a filosófica ou jusnaturalista, para a qual os direitos fundamentais são observados como direitos naturais inerentes a todos os homens, independentemente da temporalidade e da localidade; a estadual ou constitucional, para as quais são

considerados os direitos fundamentais num determinado Estado ou comunidade de Estados; e, na universalista ou internacionalista, os direitos fundamentais como direitos essenciais das pessoas numa determinada temporalidade, porém, em todos os lugares ou, ao menos, em regiões maiores do mundo. Foi na perspectiva filosófica ou jusnaturalista que se originaram os direitos fundamentais, a partir da ideia de dignidade e igualdade dos estoicos, ainda que de difícil entendimento pelos homens da antiguidade. O Cristianismo, na Idade Média, deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, mas foi com o jusnaturalismo que o homem estabeleceu a primazia do indivíduo em face do Estado e a consequente realização jurídica dos direitos do homem. (ANDRADE, 2012).

É nesse período histórico que o direito se torna estatal e burguês, visto que em termos históricos, pela primeira vez o direito privado é instituído de forma sistemática e abrangente pelo legislador e passa a espelhar a ideologia, os anseios e as necessidades da classe socioeconômica que havia suplantado o Absolutismo e conquistado boa parte dos Estados ocidentais. Havia a pretensão de regular todo o espaço jurídico através de códigos, em substituição ao pluralismo jurídico vigente até então, tendo como valores e anseios, representados pelo liberalismo econômico, em que a propriedade territorial era considerada como valor principal e a liberdade contratual com a função de facilitar as transferências e a criação de riquezas. Nesse contexto, o individualismo passou a ser visto como o valor, que se caracterizou como uma nova expressão, através da qual, o indivíduo podia decidir livremente, sem qualquer intervenção estatal, acerca dos assuntos concernentes à sua vida privada. (FACHIN, 2006).

Contudo, mudanças nas estruturas políticas, econômicas e sociais forjaram a desconstrução da sintonia que havia entre as Constituições Liberais e o Código Civil, porque surgiu o fato novo, denominado de “questão social”, o que levou a ruptura de um modelo fundado no individualismo possessivo para modelos com focos voltados para o social. (CORDERO QUINZACARA, 2008). A ampla liberdade prevista nos códigos civis era absolutamente inadequada para esse novo cenário, porque ao invés de orientar para a solução, aprofundava as desigualdades, o que passou a ser inaceitável no plano ético e moral, pondo fim ao que se denominou de bela época jurídica. (LÓPEZ y LÓPEZ, 1998). O excesso de individualismo e a crítica do ponto de vista ético e moral, levaram o cristianismo social, a socialdemocracia, a sociologia funcionalista, o pensamento corporativo, apresentar fundamentos para uma revisão da tradicional categoria da propriedade liberal, com o propósito de impor ao proprietário a

utilização da propriedade de acordo com o interesse da coletividade, ao invés de servir unicamente ao interesse individual, ou seja, a função social da propriedade. (CORDERO QUINZACARA, 2008).

Desenha-se um novo modelo de Estado constitucional, que tem como precursores as Constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, as quais, a despeito de garantir o direito de propriedade, deram-lhe um novo tratamento ao atribuir-lhe uma nova dimensão, que é a social. Esse modelo de Estado se caracteriza “[...] não mais pela omissão na defesa dos direitos fundamentais, mas na promoção de políticas e serviços públicos.” (ASSIS, 2008, p. 785). O Estado assume uma nova postura, ainda que permaneça de certa forma como expectador em face dos direitos fundamentais de primeira dimensão, em relação aos direitos fundamentais de segunda dimensão se transformou em ator, passando a exercer protagonismo promocional em face dos direitos fundamentais, que exigem ações concretas e positivas do Estado, na modalidade de serviços públicos e políticas públicas, que viabilizem a concretização daqueles direitos.

Nesta perspectiva, o regime jurídico da propriedade privada não se restringia mais a reger os conflitos entre os proprietários, pois, o conflito de interesses havia se ampliado para toda a coletividade, o que levou o legislador a atribuir à propriedade uma função social, estabelecendo mutação na cultura jurídica, por força das finalidades axiológicas do constitucionalismo pós-guerra, voltada para a concretização da igualdade, através de políticas efetivas de promoção social e satisfação das necessidades mínimas, rompendo com o modelo liberal de propriedade. Da função individual para a função social, significa que a propriedade deixou de se legitimar pela perspectiva subjetiva, centrada na utilidade individual, sujeita a intervenções limitadoras, para uma propriedade com pluralidade de funções sociais, de acordo com os princípios, objetivos e direitos fundamentais. La función social no impone limitaciones al derecho de propiedad, sino que lo configura fijando sus contornos: “La propiedad no es una función social, tiene una función social.” (CORDERO QUINZACARA, 2008, p. 511).

Se do ponto de vista funcional, a propriedade privada evoluiu da função individual para a social; do ponto de vista conceitual dogmático, o núcleo conceitual permanece inalterado. Em linhas gerais, os juristas clássicos definiam a propriedade como “[...] a possibilidade de exercer um poder sobre uma coisa, de acordo com a vontade do titular, respeitadas as leis e os direitos de terceiros.” Nesse sentido, Windscheid definiu a propriedade “[...] como o direito pelo qual o proprietário pode

impor a sua vontade em relação a um determinado bem, em todos os seus aspectos.” (WALD, 1977, p.280). No Brasil, Teixeira de Freitas concebeu o direito de propriedade como, “[...] direito real, perpétuo ou temporário, de uma só pessoa sobre uma coisa móvel ou imóvel, com todos os direitos sobre sua substância ou utilidade.” (WALD, 1972, p. 280). Para Caio Mario da Silva Pereira, a “[...] propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha.” (PEREIRA, 2016, p.75)

As definições legais, a começar pelo Código Civil francês, proclamava em seu artigo 554: “A propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira mais absoluta, desde que dela não se faça uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.” (WALD, 1977, p. 269). O Código Civil brasileiro, de 1916, dispunha no artigo 524: “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, o artigo 527 previa: “O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.” O atual Código Civil, em seu artigo 1.228 dispõe: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” e, no artigo 1.231, consta: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.”

A redação do Código Civil de 2002, ao tratar do direito de propriedade, apresenta evolução em face da redação do Código de 1916, ao incorporar as noções de função econômica, social e ambiental, visto que 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, por isso, são defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. O proprietário pode ser privado do direito nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente e, também, se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Se por um lado, a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, o que impede o

proprietário de se opor a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las; por outro, não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais. Além disso, o proprietário do solo tem o direito de explorar os recursos minerais de emprego imediato na construção civil, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial.

A despeito do avanço do Código Civil de 2002 e, também, da conceituação dogmática, dado que existe o reconhecimento de que a propriedade, como direito subjetivo, não atende mais a realidade do século XXI, porque ela compreende “[...] uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas[...]” (FARIAS e ROSENVALD, 2016, p.262), a noção de direito de propriedade vai além da relação jurídica subjetiva, em que o proprietário detém o poder sobre a coisa que lhe pertence e deve usá-la de acordo com o interesse social, porque existe uma complexidade relacional dentro de contornos constitucionalmente definidos, que transcendem a noção de função social objetiva imposta ao proprietário, porque existe a necessária intervenção qualificadora do Estado, com fundamento nos princípios, nos objetivos e nos direitos fundamentais, através de políticas públicas de acesso, proteção e uso.

4.2 Da evolução dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, gerada pela teoria dos direitos fundamentais, até o advento da Constituição de 1988.

A política pública como referenciado no primeiro capítulo, a política pública, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, é observada de modo complexo e não metafísico, envolvida numa trama de relações, que resulta do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, como reflexo do processo evolutivo que diferenciou os sistemas da administração e da política. No Brasil a política pública começa a surgir como opção na década de 1930, porém, ainda num ambiente que apresentava certas desdiferenciações entre política e administração, visto a complexidade era menor do que veio a apresentar mais tarde, levando a uma

diferenciação mais clara entre os referidos sistemas. A organização político-administrativa brasileira forjada numa mentalidade presa a valores como o individualismo possessivo, revela traços identificados com a formação colonial e que marcaram a constituição da coisa pública no Brasil: o primeiro foi o caráter conservador de Portugal e do seu Estado absolutista e o segundo, tem como pano de fundo o século XVI e a escassez de recursos o que levou a Coroa portuguesa a se associar a capitais privados na exploração dos negócios ultramarinos. A Administração Pública não estava estruturada hierarquicamente e a função pública, notadamente arrecadadora, era delegada aos poderosos locais, que tinham poderes de prover os cargos públicos, nos limites fixados pela Coroa. Neste contexto, as primeiras unidades administrativas estruturadas foram os municípios, que dispunham de ampla autonomia política, que foi se perdendo em razão do centralismo fiscal, o que gerou conflitos com os poderes locais, cujos interesses se confundiam com os dos proprietários das terras. (CARVALHO, 2011).

A centralização político-administrativa e a redução da autonomia municipal foi reforçada pelas reformas pombalinas, através da racionalização dos instrumentos político-administrativos, com o objetivo de aumentar as fontes de arrecadação. A reforma da administração, ainda que não tenha operado modificações substanciais, estimulou as atividades econômicas, racionalizar a administração, reforçou o controle sobre o território com o propósito de aumentar a arrecadação de tributos. A vinda da família real para o Brasil, representou um marco no processo de construção do Estado nacional e, neste contexto, foram criados novos cargos, funções e tarefas administrativas, ainda assim, não houve modificação substancial de seu *modus operandi*, mantido mesmo depois da independência. O processo de independência atribuiu importância maior às atividades políticas e burocráticas, contudo, o sistema administrativo mesclou a ética do clientelismo com uma burocracia qualificada e, com isso, a racionalidade foi desvirtuada pelos servidores das esferas inferiores. (CARVALHO, 2011).

Na segunda metade do século XIX o Brasil experimentou certa prosperidade, por força da expansão primário exportadora, cuja renda foi transferida para atividades não agrícolas, o que contribuiu para a expansão de serviços. Aliado a isso, a substituição da mão-de-obra escrava pela assalariada diversificou a estrutura produtiva e social, que teve como um de seus reflexos, o desenvolvimento urbano, com algumas melhorias na infraestrutura urbana, nos serviços de saúde e educação, permanecendo, todavia, as relações patrimonialistas no trato da coisa pública. Com a instauração da

República, foram instituídos sistemas administrativos nos Estados, conformando uma Administração Pública de caráter regulador e aristocrática, com limitadas fontes de financiamento, acentuando as nomeações através de mecanismos de apadrinhamento e favoritismo político. Essas razões históricas explicam, ainda que parcialmente, como a sociedade brasileira foi se moldando, de base rural, aristocrática e escravista, cujas demandas do setor público basicamente se restringiam a manutenção da ordem e a defesa do território, (CARVALHO, 2011), sem espaço para políticas públicas.

Esse quadro começa a se modificar a partir dos anos de 1930, com as mutações de natureza socioeconômicas e político-administrativas, que exigiram a ampliação dos serviços públicos e outras atividades estatais, como suporte para o desenvolvimento de políticas públicas de âmbito nacional, como por exemplo, a política nacional de saúde. (DRAIBE, 1985). No governo de Getúlio Vargas foi criado o Departamento Administrativo de Serviço Público-DASP, com o objetivo de aumentar a eficiência do funcionalismo público e reorganizar a Administração Pública para fazer frente às novas demandas que foram surgindo. Além da tentativa de implantar a meritocracia, houve também a expansão do aparelho administrativo brasileiro, com a criação de autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, cujos conceitos e diretrizes estavam previstos no Decreto-lei n.º 200/1967, que, também fez uma distinção entre as funções de direção, a cargo da Administração direta e às de execução, à cargo da Administração indireta. (CARVALHO, 2011a).

Estes apontamentos conferem uma pista de que a evolução dos modelos tradicionais das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, gerada pela Teoria dos direitos fundamentais, passou por diversos estágios, acompanhando as mutações políticas, sociais e econômicas, sintetizadas nos textos constitucionais. Inicialmente o ambiente para a formulação, implementação e execução de políticas públicas não foi favorável, por vários fatores, que se refletiram na organização social e político-administrativa, como por exemplo, o individualismo que se caracteriza pela cooptação do Estado para fins privados e não públicos. Mas a despeito de tudo, a partir dos anos de 1930 o quadro começa a se modificar e aos poucos a Administração Pública vai se estruturando e contribuindo para a abertura de espaços e possibilidades para a implantação de políticas públicas de caráter nacional, o que em termos profissionais é efeito de processo evolutivo envolvendo a política, a administração e o direito, propiciando a diferenciação funcional de cada um dos sistemas.

Os modelos são simplificações criadas pela sociedade, com o propósito de entender e explicar determinados fenômenos da realidade, que depois de comunicadas ao ambiente ingressam nos sistemas através dos mecanismos evolutivos, variação, seleção e estabilização, como são os modelos de acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada. Entede-se possível fazer uma aproximação da evolução dos modelos explicativos com a evolução e a conseqüente diferenciação dos sistemas sociais, porque a evolução dos sistemas possui implicação direta na evolução do próprio modelo explicativo. O modelo de propriedade privada institucionalizado no Brasil, desde a instauração das Capitânicas hereditárias e a concessão de sesmarias, está em permanente processo evolutivo, embora que não de forma linear e alcançado todos os aspectos. O fato é que a caracterização semântico social de propriedade privada evoluiu mais rápido do que o conceito jurídico de propriedade, que a despeito da função social da propriedade, no plano jurídico-estrutural permaneceu inalterado.

A evolução dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada no Brasil, com fundamento na Teoria dos Direitos Fundamentais, até o advento da Constituição de 1988, foi condicionada e impulsionada por vários fatores de natureza social, econômica e política. Se por um lado, a concepção dos modelos se manteve vertical e centralizado, por outro, o processo evolutivo dos direitos fundamentais estabeleceu uma relação de co-naturalidade entre eles e as políticas públicas. Contudo, somente após o advento da Constituição de 1988, os direitos de acesso, proteção e uso do direito de propriedade, passaram a ser considerados direitos fundamentais implícitos, visto que o direito fundamental à propriedade necessita da garantia do acesso, da proteção do direito e, também, o direito ao uso, sob pena de não se concretizar.

O direito fundamental surge no momento em que o sistema político elege determinados direitos como fundamentais e o sistema jurídico atribui a eles essa condição jurídica. Por isso, a evolução dos modelos de políticas públicas possuem relação com a evolução da compreensão da eficácia das normas constitucionais, porque foram as Constituições, que ao longo da história constitucional brasileira, qualificaram como fundamentais determinados direitos. Essas, por sua vez, também foram evoluindo por força de impulsos decorrentes da evolução da própria sociedade, ordinariamente em razão de alterações nas estruturas políticas e econômicas, com forte repercussão no âmbito social. Além disso, a compreensão da eficácia das normas constitucionais também passou por um processo evolutivo, que pode ser identificado pelo aporte de três aportes teóricos, propostos por Ruy Barbosa, J.H. Meirelles Teixeira

e José Afonso da Silva, que influenciaram a teoria constitucional e, além disso, deitaram influência sobre a formulação de políticas públicas ao longo do tempo. (SARLET, 2009).

O primeiro fundamentou a distinção entre normas autoexecutáveis – *self-executing*), com forte densidade normativa, e, as normas não autoexecutáveis – *not self-executing* –, com fraca densidade normativa, por isso, dependiam de legislação infraconstitucional para serem eficazes, como eram as normas de direito social; o segundo, baseou-se na teoria de que as normas não autoaplicáveis deveriam ter alguma eficácia, ainda que reduzida e subdividiam-se em normas programáticas e legislação, sendo que as primeiras ficaram reservadas a função de impor limites ao legislador e, também, servir de norte para a interpretação das normas autoaplicáveis e da legislação; o terceiro aporte foi apresentado por José Afonso da Silva, ao distinguir as normas constitucionais em: (i) *normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata*, àquelas sem a necessidade de interposição do legislador; (ii) *normas de eficácia contida (ou restringível) e aplicabilidade imediata*, àquelas que são eficazes, mas admite a interposição do legislador para efeitos de regulação de sua aplicabilidade e, (iii) *normas programáticas de aplicabilidade diferida*, àquelas que possuem eficácia meramente negativa, como era o tratamento dado aos direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, que possuem aplicabilidade direta e imediata. (SARLET, 2009, p.90-92).

A falta de eficácia constitucional, imediata e concreta, das normas positivas de direitos fundamentais, notadamente os econômico-sociais, talvez explique o porquê, a implementação e a concretização dependia sempre da boa vontade dos governantes de plantão e, por consequência, não havia a segurança constitucional de exigir do Poder Judiciário a necessária intervenção, como ocorre hoje. A Constituição não era considerada no tráfico jurídico, porque a lei valia mais que a Constituição e o decreto e a portaria, valiam mais do que a lei. (SARMENTO, 2009). Este quadro permite sinalizar o porquê da formulação, implementação e execução das políticas públicas ficarem a mercê dos governantes e suas políticas clientelistas, ratificando comportamentos do modelo clientelista instituído na outorga das Capitânicas hereditárias e das semarias, numa perspectiva patrimonialista, em que o governante atua como se tivesse a disponibilidade do interesse público.

No plano dos direitos fundamentais, a Constituição de 1824 trouxe em seu artigo 179, a garantia da inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, com base na liberdade, na segurança individual, e na propriedade, além de

apresentar uma relação de direitos; na mesma toada, a primeira Constituição republicana assegurou, no artigo 72, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, além de um rol de direitos e garantias individuais, não muito diferentes daqueles previstos na Constituição de 1824. Essas duas Constituições solidificaram o modelo liberal individualista, que permeou as relações envolvendo os direitos de acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada no Brasil.

A Constituição do Império apresenta uma contradição, pois, contemplava ao mesmo tempo a Monarquia (fechado politicamente) e o liberalismo (aberto economicamente), revelando escolhas contingenciais dentre as disponíveis, adotando a liberdade e a propriedade privada como dois dos direitos fundamentais e pilares do sistema econômico. Como assegurou a proteção da liberdade, inclusive em face do poder do Monarca e a proteção do direito de propriedade de modo absoluto e aos moldes das Constituições Francesas e Portuguesas. (FIGUEIRA, 2007). Esta contradição pode ser observada a partir de algumas garantias asseguradas constitucionalmente, como a liberdade individual, a segurança da propriedade, a liberdade moderada da imprensa e a igualdade de todos perante a lei, (NEVES, 2003, p.21), em que o objetivo foi muito mais no sentido de evitar uma revolução social e política, portanto, reduzir os ânimos do povo brasileiro, do que propagar e prestigiar o valor liberal relacionado com o pleno exercício da propriedade individual. (LIMA e CARVALHO, 2013).

Outro aspecto importante sobre a evolução dos modelos de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito de propriedade imobiliária, está relacionado com o território, que é o espaço no qual se exerce a cidadania, concretizam-se as relações sociais, as condições de vida entre os moradores, as diferenças sociais, a presença/ausência e qualidade/não qualidade de serviços públicos. O território é o espaço onde o direito de ter direito é garantido ou negado, onde a expressão política reivindicatória é permitida ou não permitida. (KOGA, 2011). O foco das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade é o encaminhamento ou a solução concreta de demandas nestas searas e a formação da agenda e a formulação, assim como a execução das políticas públicas está diretamente relacionada com a dinâmica do território.

As políticas públicas têm o desafio de democratizar o poder público, a gestão do interesse público, a universalização dos direitos sociais, assim como reduzir as

desigualdades socioterritoriais, notadamente nos lugares e contextos habitados por pessoas que não gozam da cidadania plena. O território brasileiro apresenta contradições sociais, econômicas e culturais, dividindo as pessoas entre os que povoam determinados lugares e os cidadãos que possuem condições e poder para exercer a cidadania e interferir nas decisões que afetam o destino desses lugares. Por isso, é vital incorporar a perspectiva territorial no contexto das políticas públicas, manejando as potencialidades ativas na constituição de processos e relações de poder, observando as diferentes dimensões e temporalidades que compõem o mosaico de espaços e suas diferenciações, ainda que o ponto de partida possa denotar uma certa homogeneidade temática. (KOGA e NAKANO, 2006, p.99-101).

A despeito da contradição presente na Constituição de 1824, a origem do modelo econômico brasileiro foi capitalista, e assim se manteve ao longo da história constitucional, tendo a liberdade contratual e a propriedade privada como seus pilares, ainda que com o passar do tempo a liberdade relacionada ao contrato e, também, à propriedade fossem mitigadas pelo princípio da função social. Além disso, a propriedade sempre foi reconhecido como um direito fundamental, inicialmente na perspectiva do individualismo possessivo especialmente até a década de 1930, quando a função social passou a mitigar a concepção individualista e ocorreu um incremento das limitações administrativas que afetaram o uso, o gozo e, até mesmo, o próprio direito de propriedade através da intervenção do Estado no exercício da função de polícia. Todavia, a despeito de ser um direito de primeira dimensão e possuir natureza patrimonial, os direitos ao acesso, à proteção e ao uso da propriedade também perpassam a organização do território, porque contribuem a democratização da propriedade, a diminuição das desigualdades entre os que povoam determinados espaços, sem infraestrutura urbana e social e a ausência ou falta de qualidade serviços públicos e os proprietários que gozam dos meios instrumentais da cidadania.

Não é a propriedade em si a condição para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, mas uma das possibilidades dentre outras possíveis, como a posse para efeitos de moradia, porque o direito social à moradia, independe do direito de propriedade visto que a simples posse é suficiente. Todavia, é na produção do espaço que as políticas públicas de acesso, proteção e uso podem contribuir, dado que podem definir externalidades positivas ou negativas, tanto para os proprietários, quanto aos não proprietários. Ainda que alguém detenha a moradia na condição de possuidor, outro detém o direito de propriedade, que pode ser pública ou privada. Por isso, é na produção formal e material do espaço urbano e agrário que se estabelecem

as premissas necessárias para a dignificação da vida humana. Neste aspecto as políticas públicas urbanísticas, agrárias, são preparatórias para o implemento de outras políticas públicas que possam implementar o acesso, a proteção e o uso da propriedade imobiliária privada.

O modelo mental do individualismo possessivo contaminou as Constituições brasileiras, mantendo resquícios inclusive nas Constituições que contemplaram o princípio da função social da propriedade, o que acabou traduzido na compreensão jurídico-dogmático do direito de propriedade no Código Civil de 1916. Com exceção da Constituição de 1937, que assegurou aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, dentre outros, o direito à propriedade, todas as outras Constituições, do Império até a de 1969, asseguraram aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no País, a inviolabilidade de alguns direitos, dentre os quais o direito à propriedade. Ainda que as Constituições ao longo do tempo foram incorporando princípios que afetaram o uso e o gozo e, por vezes, o próprio direito, a noção jurídico-constitucional do direito de propriedade permaneceu o mesmo.

A constituição de 1824, em seu artigo 179, assegurava a inviolabilidade dos direitos civis e políticos, baseada na liberdade, na segurança individual e na propriedade, cujas garantias encontravam-se na legalidade, na irretroatividade da lei, na igualdade, na liberdade de pensamento, na inviolabilidade de domicílio, na propriedade, no sigilo de correspondência, na proibição dos açoites, da tortura, da marca de ferro quente e outras penas cruéis, entre outras. (GROFF, 2008). Apesar dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais previstos constitucionalmente, não foram instituídas leis infraconstitucionais de proteção judicial aos referidos direitos, embora o *habeas corpus* pudesse ser extraído da própria Constituição. (MIRANDA, 1999). A proteção jurídico-formal infraconstitucional, do direito de propriedade, estava prevista basicamente no Código Civil de 1916, visto que o primeiro Código de Processo Civil somente veio a ser instituído em 1939 e o Código Penal no ano de 1940.

A Constituição é uma aquisição evolutiva, em razão da diferenciação entre os sistemas da Política e do Direito (LUHMANN, 1996) e assim, de acordo com a Teoria dos Sistemas a Constituição permite o acoplamento estrutural entre a política e o direito, dado que a partir de comunicações constitucionais ao ambiente, o sistema da política faz a seleção daquelas que lhe fazem sentido e as processa, mas é o sistema jurídico que decide se a decisão política está ou não de acordo com o Direito. Noutro rumo, o sistema jurídico seleciona comunicações informacionais no ambiente, desde

que faça sentido, e o código da política funciona como um segundo código estrutural dentro do sistema do Direito, decide o que é viável politicamente. É desse processo evolutivo, em que cada sistema social parcial se vale da variação (comunicações existentes no ambiente/entorno = múltiplas possibilidades), seleção (escolhas contingenciais) e estabilização (decisões), exercendo a sua função principal, que surge a política pública, razão pela qual, impõe-se conhecer a concepção de cada constituição em relação aos direitos fundamentais, para que se possa fazer uma aproximação da evolução dos modelos de políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada. (LUHMANN, 2005).

Também é importante para os efeitos de agendamento, formulação, implementação e execução de política pública a influência que determinou a forma como a propriedade privada foi introduzida no Brasil e o conseqüente modelo mental utilizado para introjetar a lógica do direito de propriedade, em sentido amplo, porque cada sociedade determina a sua própria organização política e jurídica, além do modo de produção. “Os indivíduos já nascem, por assim dizer, nos modos preexistentes de produção, e são condicionados a assumir papéis ofertados por tais modos.” (SINGER, 1998, p.10). Por isso é inevitável retomar o individualismo possessivo, como núcleo ideológico que “formatou” o modelo mental originário da sociedade brasileira, para referir que o capitalismo brasileiro não utilizou apenas o fundamento da economia de mercado, mas na perspectiva mcphersoniana, contribuiu para a constituição de uma sociedade de mercado, em que o valor da pessoa depende do que é capaz de oferecer em troca no âmbito do mercado.

Na perspectiva da Teoria dos Sistemas, a organização política, econômica e jurídica da sociedade, ocorre através da diferenciação funcional entre aqueles sistemas e o acoplamento estrutural entre eles, quando necessário, definindo e redefinindo a todo momento a evolução da própria sociedade. Como a propriedade é um dos códigos do sistema da economia, as diretrizes para o desenvolvimento econômico, são comunicadas ao ambiente, contudo, em face do acoplamento estrutural entre o sistema da economia e do direito, no âmbito do Estado de Direito, o sistema jurídico “filtra” as comunicações da economia que estão de acordo com as diretrizes constitucionais, tanto de meio, como de fins. As políticas públicas relacionadas com o direito de propriedade, resultam do acoplamento entre os sistemas da política e do direito, assim como da política e da economia, de acordo com as diretrizes constitucionais relacionadas com a economia e com o desenvolvimento social e econômico. Por isso, a análise da evolução das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade,

requer a observação do tratamento constitucional ao direito de propriedade, em especial e, também, o núcleo irradiador principal dos direitos fundamentais.

Em termos de políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso do direito fundamental da propriedade imobiliária no Brasil, é possível afirmar que elas não existiam na concepção que possuem atualmente. Primeiro, porque o acesso à propriedade imobiliária não era de interesse público, visto que o bem imóvel era uma mercadoria de acesso restrito, não apenas em razão do aspecto econômico, mas também, em face do poder político que a propriedade representava. “O espaço agrário brasileiro foi organizado em um contexto no qual a terra era sinônimo de poder e, em consequência disso, concentrava-se nas mãos de alguns poucos proprietários.” (RIBEIRO e OLIVEIRA, 2015); segundo, porque a função do imóvel era contribuir para a concretização do exercício da liberdade individual do proprietário, sinalizando a prevalência do interesse privado sobre o público; terceiro, porque à época as políticas públicas – entendidas como programas, atividades, direcionamentos da ação estatal – com vistas à realização de direitos fundamentais, ainda não estavam em pauta, o que somente veio a ocorrer no pós-guerra.

Mesmo não se tratando de política pública ou programa, que direciona uma ação estatal, com vistas a promoção de direitos fundamentais, porque o fundamento era o individualismo possessivo, o Código Civil de 1916, a partir do artigo 554, estabeleceu regras sobre o direito de vizinhança e, nesse contexto, o proprietário ou o inquilino podiam impedir o não uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sono e a saúde dos que o habitam e, também, o proprietário tinha o direito de exigir do dono do prédio vizinho a demolição, ou reparação necessária, quando este ameace ruína, bem como que preste caução pelo dano iminente, além de estabelecer regras pertinentes à titularidade dos frutos de árvores localizadas nos limites das propriedades, o corte de raízes e ramos de árvores invasoras de terreno vizinho; regras sobre a passagem forçada para prédio rústico ou urbano que se achar encravado em outro; regras sobre o manejo e o uso das águas; regras sobre os limites entre os prédios, sobre o direito de construir e sobre o direito de tapagem.

Havia, por outro lado, um interesse que talvez possa ser classificado como público, que ensejou a instituição de mecanismos de proteção do direito de propriedade, em face do Estado e das demais pessoas naturais e jurídicas o que, em última análise representava a segurança do próprio ordenamento jurídico, porque historicamente a identidade do sistema jurídico-político liberal está associado à forma pela qual ela assegura a propriedade privada, além de, entre outros objetivos,

assegurar o livre jogo do mercado e, assim, a economia se converte numa questão eminentemente privada. O princípio da legalidade é o elemento básico do Estado Liberal, para efeitos de mediação entre o político e o econômico e, assim, “[...] a liberdade formal tem um caráter ‘negativo’ e ‘defensivo’ na medida em que é transformado pelo Estado de Direito em certeza jurídica e garantia individual.” (FARIA, 1988, p. 85). Nessa toada, é possível acrescentar, que uma das características do Estado Liberal é justamente a separação entre a política e a economia, visto que cabia ao Estado garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos e, assim, a economia ficava sujeita à dinâmica da autorregulação do mercado. (NOVAIS, 2006). E neste sentido, o Código Civil de 1916 instituiu algumas regras protetivas do direito de propriedade e, sobretudo, instituiu o registro de imóveis de natureza publicista, para efeitos de concretizar e proteger o direito de propriedade individual.

Antes da instituição de mecanismo protetivo do direito de propriedade, foi criado o Registro Hipotecário, através da Lei Orçamentária de n.º 317, de 21 de outubro de 1843, com a finalidade de proteção do crédito e não do direito de propriedade. Contudo, em face do escasso préstimo para o crédito, foi estendido à transmissão da propriedade através da Lei 1.237, de 24 de setembro de 1864, que instituiu o chamado Registro Geral, que substituiu a tradição pela transcrição do título, a qual foi derogada pelo Decreto de n.º 169-A, de 19 de janeiro de 1890, cuja vigência se estendeu até a entrada em vigor do Decreto n.º 4.827, de 7 de fevereiro de 1924, que regulamentou o Registro de Imóveis de natureza publicista previsto no artigo de n.º 856 e seguintes do Código Civil de 1916. A vigência do referido Decreto se manteve até a entrada em vigor da atual lei dos Registros Públicos, de n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973, mas que vigorou apenas a partir de 1º de janeiro de 1976. (CARVALHO, 1997).

O modelo de atuação da Administração Pública na vigência do Estado Liberal, cuja função era defender a garantia dos direitos naturais do homem (NOVAIS, 2006), subordinava a atuação administrativa ao princípio da legalidade numa perspectiva negativa, de acordo com o ideário de não intervenção, de limitação ao exercício do poder do Estado, com vistas a concretização dos direitos fundamentais de liberdade, abstendo-se de intervenções que pudessem restringir o exercício dos direitos, ressalvados aqueles admitidos em lei, como por exemplo, a desapropriação por necessidade ou utilidade pública. Assim, o Estado promovia a garantia dos direitos do cidadão, assegurando a ele as liberdades e protegendo a propriedade. Mas como o Estado promoveu esses direitos fundamentais do cidadão? – Através do deslocamento do homem para o centro da ação política de forma autônoma e livre do Estado,

considerando-o a si mesmo na sua individualidade. Para dar suporte à liberdade e autonomia do homem, promoveu a segurança e a justiça no contexto da separação Estado e sociedade civil. A segurança significava a certeza jurídica, nos exatos termos da lei e a justiça, um efeito da interpretação formal da lei, assegurando a todos os mesmos direitos e obrigações, sem levar em consideração as possibilidades de cada um exercer os direitos e cumprir as obrigações impostas. (LIBERATI, 2013).

A estrutura e organização do Estado oligárquico, de matriz liberal é rompida com a introdução de uma nova ordem política e jurídica, com a promulgação da Constituição de 1934, formalmente social, trazendo como valor o bem comum, com a introdução de novos princípios, ignorados pelos textos constitucionais anteriores. Os novos princípios tratavam os direitos fundamentais noutra perspectiva, ressaltando o seu aspecto social, influenciada pelo modelo de Weimar. (BONAVIDES, 2015). Introduziu novos direitos individuais de garantia, dentre os quais, o de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Inovou, também, ao introduzir os direitos sociais de segunda geração, tratados separadamente dos tradicionais direitos individuais, no âmbito da ordem econômica e social. Por um lado, afirmava a garantia da liberdade econômica e, de outro, estabelecia o limite assentado nas necessidades da vida nacional, com a finalidade de promover a existência digna de todos. Ao se referir ao direito de propriedade, estabeleceu no artigo 113, XVII, que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. (GROFF, 2008).

A vigência da Constituição de 1934 chegou ao fim com a outorga da Constituição de 1937, a qual institucionalizou um Estado autoritário, de cunho fascista, que ampliou e centralizou os poderes na pessoa do Presidente da República, reconhecendo dele a autoridade suprema do País, restringindo as liberdades civis e políticas, de sorte que não havia espaço para os direitos fundamentais. Após o término da Segunda Guerra Mundial, houve uma onda de democracia no mundo que contribuiu para que em 1946 fosse promulgada a quarta Constituição brasileira, reestabelecendo os direitos fundamentais da Constituição de 1934, (GROFF, 2008), expressando, pela primeira vez em termos constitucionais, preocupação com a função social da propriedade (TEPEDINO, 2004a), ainda que, inicialmente, se referia apenas à possibilidade de desapropriação por interesse social. Todavia, a Constituição de 1946 foi substituída pela de 1967, no âmbito da qual, os direitos fundamentais civis sofreram restrições. (HERKENHOFF, 1994). Contudo, pela primeira vez aparece expresso no texto constitucional, mantido pela Emenda n.º 1, de 1969, concebido como princípio da

ordem econômica e social, em que a economia tem por fim realizar a justiça social tendo como base, dentre outros princípios, a função social da propriedade.

Se por um lado as Constituições mantiveram a mesma concepção de propriedade e a sua proteção, por outro, a noção de função social da propriedade foi sendo incorporada gradativamente, superando a noção individualista da propriedade privada albergada pelas primeiras duas Constituições. A partir da segunda metade do século XIX, as estruturas sociais e econômicas sofreram mutações, decorrentes do processo de industrialização, e impuseram novas formas de vida no espaço urbano, muito diferente daquelas vivenciadas no meio rural, forjado por um processo migratório em direção às cidades, resultando numa forte concentração da população em espaços geográficos reduzidos, o que acarreta conflitos de interesses derivados do exercício do direito de propriedade, o que faz aumentar a intervenção do Estado na propriedade privada, tanto no plano legislativo, como administrativo, com a finalidade de viabilizar a convivência social. (CORDERO QUINZACARA, 2008).

As mutação econômicas e sociais modificaram o desenho do Estado e, por consequência, alteram o seu comportamento que passou a desempenhar ações voltadas ao interesse público através de serviços públicos e políticas públicas. O direito de propriedade privada permaneceu garantido, assegurado e protegido, mas foi no conteúdo que apareceram as mudanças, com reflexos no acesso e no uso da propriedade. A função de polícia, com o propósito de mediar os interesses individuais em face do interesse público, condicionando o uso da propriedade, passou a ser um instrumento importante, porém insuficiente, em face das demandas relacionadas com o acesso à propriedade. Isso exigiu do Estado a formulação de políticas públicas com o propósito de permitir o acesso à propriedade, notadamente no espaço urbano com a finalidade de moradia e, também, no meio rural através da reforma agrária. Neste sentido, far-se-á breve narrativa das principais iniciativas governamentais, em termos de políticas públicas, tendo como marcos temporais as Constituições de 1934 e a de 1967, com a Emenda Constitucional de 1969.

É inexcusável, porém, contextualizar que o processo de urbanização no Brasil foi moldado a partir do modelo agrário-exportador para o modelo urbano-industrial, em especial o período Getulista, a partir do ano de 1930, que impôs profundas modificações na estrutura das cidades brasileiras, baseado no modelo de substituição de importações. Como não ocorreu uma ruptura entre os dois modelos, o urbano-industrial se tornou hegemônico e, manteve-se a estrutura agrária, latifundiária e concentradora de renda, que foi determinante para o êxodo rural, fazendo com que a

população urbana brasileira, que em 1940 atingia 31,3% da população total, para 74,8%, em 1991, o que gerou um espaço urbano fragmentado e excludente, com forte pressão por moradia, mas mesmo assim não constituiu demanda para política pública, porque os investimentos estavam voltados para o capital imobiliário. (BOTEGA, 2007).

Na perspectiva socioeconômica, a cidade é o *locus* da reprodução do capital e a urbanização como um conjunto de relações sociais e, de acordo com as novas dinâmicas impostas pelos estágios de desenvolvimento capitalista, as populações das cidades, notadamente nas médias e grandes, passaram a requisitar serviços e equipamentos, quando a questão do déficit habitacional era fato. (GOMES; SILVA; SILVA, 2003). A consolidação do padrão de acumulação urbano industrial, foi acompanhada de uma forte expansão estatal e, no campo político, a ascensão da burguesia industrial e do aumento na participação no processo político, deram início a institucionalização de algumas políticas públicas de bem-estar, dentre as quais, a criação da Fundação da Casa Popular, por meio do Decreto-lei n.º 9.218, de 1º de maio de 1946, como resposta a forte crise habitacional, cabendo-lhe “[...] financiar obras urbanísticas de abastecimento d'água, esgotos, suprimento de energia elétrica, assistência social e outras que visem à melhoria das condições de vida e bem-estar das classes trabalhadoras [...]” (AZEVEDO; ANDRADE, 2011).

Entretanto, os problemas urbanísticos tiveram um agravamento a partir dos anos de 1960, em razão da migração não absorvida pelas cidades, ensejando ações por parte de alguns setores do governo federal, através de programas em nível nacional, destacando-se o Sistema Financeiro de Habitação e o Banco Nacional da Habitação-BNH, com a finalidade de “[...] estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda” e, posteriormente, foi instituído o Conselho de Desenvolvimento Urbano-CNDU, vinculado ao Ministério do Interior, com uma linha um tanto tecnocrática, com o propósito de colocar em ordem as cidades. (GRAZIA, 2002). Neste contexto os principais atores são: os proprietários dos meios de produção, os proprietários fundiários, os promotores imobiliários e o Estado e os grupos sociais excluídos, cabendo ao Estado a distribuição e a gestão dos equipamentos urbanos indispensáveis à vida nas cidades. (CORREA, 1989). Assim, o Estado, protagoniza a política pública no processo de produção do espaço, constituindo-se como produtor e consumidor do espaço urbano, investindo e implementando infraestruturas, instituindo mecanismos de financiamento e regulando o solo urbano. (GOMES; SILVA; SILVA, 2003).

A preocupação com a ordenação dos imóveis rurais precede à preocupação com a ordenação do espaço urbano, o que fica comprovado pela usucapião pro-labore para efeitos de colonização previsto na Constituição de 1934, seguido da edição de leis extravagantes, dentre as quais, as que estabeleceram o regime jurídico das águas e de proteção à fauna e à floresta. A Constituição de 1946 impregnou avanços significativos, com destaque para a desapropriação por interesse social, mais tarde adaptada para fins de reforma agrária, servindo de suporte para a criação do Instituto Nacional de Imigração e Colonização (INIC), através da Lei no 2.163, de 1954, responsável pela elaboração de planos de reforma agrária. Contudo, o fato histórico significativo foi a Emenda Constitucional no 10, de 9.11.64, que conferiu autonomia legislativa ao Direito Agrário e atribuiu competência legislativa exclusiva da União, ensejando a aprovação do Estatuto da Terra, Lei federal n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964. (MARQUES, 2015).

As políticas públicas durante o período que compreende a Constituição de 1934 até o advento da Constituição de 1988, tem como características a baixa participação popular nas discussões, a despeito do princípio democrático permear os textos constitucionais, foram orientadas pelo modelo *Top-Down*, identificado com o pensamento racionalista e com o modelo weberiano de burocracia, executadas por uma cadeia de comandos, de forma vertical, com a elaboração e a decisão na esfera política e a implementação na esfera administrativa. Quanto ao conteúdo da política pública, notadamente a de acesso, se manteve fiel ao modelo urbano-industrial, concentrador, protagonizado pelo Estado como o indutor do processo de produção do espaço urbano, assumindo a responsabilidade pelos investimentos e implementação na infraestrutura, instituindo financiamentos e regulando o uso do solo, tendo como coadjuvantes os proprietários fundiários e os promotores imobiliários.

Embora tenha conquistado o *status* de um Direito nacional e codificado, a República brasileira consolidou um modelo privatista de legalidade que não divergiu muito do período imperial, notadamente pelo distanciamento que manteve das reais necessidades da população e, também, por desconsiderar as condições histórico-sociais e, com isso, não traduziu as aspirações da sociedade como um todo. Permanece uma contradição filosófica, em que por um lado, estão os princípios do individualismo burguês originários da moderna cultura jurídica europeia e, de outro, uma praxis burocrático-patrimonialista, cuja finalidade é a garantia e a proteção de bens patrimoniais, o que contribui para a injustiça social e, por consequência, os conflitos sociais. Isto se deve à natureza oligárquica e autoritária do Estado, expressiva na

legislação privada e nas políticas públicas, o que acabou por aprofundar a concentração da riqueza e aumentar as desigualdades sociais e, por consequência, a exclusão da moradia e da posse da terra para uma grande parcela da população brasileira. (WOLKMER, 2003).

Acerca da evolução dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, gerada pela teoria geral dos direitos fundamentais, infere-se que a despeito da inserção da teoria dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras, notadamente a partir de 1934, os programas relacionados com políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade privada imobiliária, se concretizaram através da via legislativa, como a instituição do Sistema Financeiro Habitacional-SFH, o aperfeiçoamento do sistema registral imobiliário, a regulamentação da desapropriação para efeitos de interesse público, utilidade pública e interesse social, disposições sobre o ordenamento e parcelamento do solo urbano e instrumentos legais sobre o tema reforma agrária, além da ampliação dos instrumentos administrativos de intervenção do Estado na propriedade, notadamente na seara do poder de polícia, com a finalidade de compatibilizar o uso privado com o interesse público.

E por fim, a evolução dos modelos de políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade, desenvolveu-se dentro dos parâmetros da noção conceitual jurídica da propriedade, encontra-se estruturada desde a Constituição do Império, como um direito individual, assegurado através de garantias constitucionais e na legislação civil estão os elementos definidores, como no artigo 524 e seguintes, do Código Civil de 1916, o qual dispõe que “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, ainda, no artigo 527, que o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.” Qualquer política pública relacionada com o direito de propriedade imobiliária privada revela certa tensão, decorrente da contradição que existe entre a individualidade do direito e finalidade que é social. Existe, portanto, um descompasso entre a noção da dogmática jurídica e a forma como a sociedade instituiu o direito de propriedade numa perspectiva semântica focada no social.

4.3 Da observação das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade à luz da teoria dos direitos fundamentais e das políticas

públicas, com fundamento na Constituição de 1988 e a insuficiência do conceito dogmático de propriedade.

A constituição de 1988 representa um marco, que pode ser traduzido como divisor de épocas, notadamente no âmbito dos direitos fundamentais e da democracia, com reflexos nas políticas públicas, porque foi concebida em favor do cidadão e não do Estado. Ao dispor sobre os princípios fundamentais, no artigo primeiro, instituiu o Estado Democrático de Direito e ao relacionar os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, sinaliza de forma contundente, que é o foco principal é o cidadão, corroborado pelo artigo terceiro, ao eleger como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Existe um enlace, arquitetônico-estrutural, no texto constitucional que tem como fio condutor o cidadão, assegurando-lhe direitos, não apenas os negativos oponíveis em face do Estado, mas também, direitos fundamentais sociais, exigíveis do Estado.

Esse fio condutor leva também ao conjunto de direitos fundamentais individuais, suas respectivas garantias e aos direitos fundamentais sociais, de onde se irradiam efeitos que servem de suporte para a distribuição de competências entre as diversas esferas da Federação e a instituição de políticas públicas, em especial para a concretização dos direitos fundamentais que impõem ao Estado obrigações de fazer, prestação em sentido amplo. Tudo isto está compreendido e alinhado no ideário do Estado Democrático de Direito, que é democrático porque de direito e, de direito, porque democrático, resultando numa democracia de Estado de direito, com fundamento num conjunto de princípios e regras constitucionais, conformadores da noção nuclear do Estado de direito, garantidor da liberdade, igualdade em face da lei e à segurança, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana; e um Estado de direito de democracia, em que a legitimidade do domínio público e a legitimação do exercício da função pública radicam na soberania popular. (CANOTILHO, 2003).

O Brasil, de acordo com a Constituição, é definido como Estado Democrático de Direito e a Constituição de Portugal define o Estado português como Estado de Direito Democrático, o que não impõe diferença fundamental, apenas expressa a preferência

designativa, porque o Estado Democrático e Estado de Direito integram o vocábulo jurídico contemporâneo, norteado pela ideia de uma sociedade democrática, limitada pelo direito e com participação do povo nas decisões políticas. Estas Constituições têm dois pilares importantes, que são o direito e a democracia, com forte repercussão nos direitos fundamentais e os mecanismos judiciários de garantia. (DALLARI, 2005). A concepção dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, tem origem nos processos de redemocratização e constituinte, dos quais resultaram um catálogo de direitos fundamentais, com o propósito de salvaguardar reivindicações e conquistas e, por extensão, marcar o caráter compromissário do Estado em face das posições e reivindicações decorrentes do pluralismo de interesses, reconhecendo uma gama de direitos classificáveis nas várias dimensões dos direitos fundamentais. (SARLET, 2009).

Os direitos fundamentais, na perspectiva da Constituição de 1988, são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, por estarem asseguradas pelo direito constitucional positivo, foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos e, também, todos os direitos que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparados, mesmo sem assento formal na Constituição. (SARLET, 2009). Tratam-se de direitos com especial garantia, porque o povo e diferentes organizações sociais possuem legitimidade para recorrer ao Poder Judiciário, com vistas à preservação e a garantia dos direitos, porque a função dos direitos fundamentais é dar efetividade à integridade física e psíquica, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Neste aspecto a Constituição vai além de um governo da lei, em que a importância maior está centrada no modo como as leis devem ser feitas (BOBBIO, 1988), mas o que os governos devem fazer, porque possui um compromisso instrumental de proteção da liberdade, das injustiças sociais e de promoção da vida digna, afastando-se da concepção meramente formal, para assumir a responsabilidade pela concreção dos direitos fundamentais. (DALLARI, 2005).

Do ponto de vista material, a Constituição brasileira de 1988, incorporou valores ao adotar um conjunto de princípios fundamentais, fez opções políticas ao estabelecer um catálogo de direitos fundamentais, assumiu compromissos através de disposições que impõem ao Estado obrigações de fazer, que são os objetivos fundamentais. Existe um traço que permeia os valores, as opções políticas e os compromissos, que é a irradiação dos efeitos para todo o ordenamento jurídico, como decorrência da centralidade da Constituição. Neste sentido, a Constituição é a norma jurídica central, com força normativa e que vincula a todos, sobretudo os Poderes Públicos e, de todas

as normas constitucionais, as que dispõem sobre os direitos fundamentais, integram o núcleo normativo, que deve ser especificamente garantido, porque são elas que protegem e promovem a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dois dos princípios fundamentais. Existe uma relação de reciprocidade entre os direitos fundamentais e a estrutura organizacional do Estado, em virtude do duplo caráter que possuem, visto que, além da dimensão subjetiva ou individual, assumem também, um aspecto institucional conformadores da ordem estatal e social. (MELO, 2009).

No âmbito da conformação estatal e social, estão situados os direitos e os instrumentos para a sua concretização, seja no plano legislativo, administrativo e jurisdicional. Um aspecto inovador, introduzido pela Constituição de 1988, é a possibilidade de acionar o Poder Judiciário, quando os outros Poderes não desenvolverem ações com a finalidade de levar a bom termo os direitos fundamentais. Como já referido anteriormente, o Estado brasileiro assumiu, dentre outros compromissos, a manutenção da democracia e a garantia de maior igualdade, ao arrolar como um dos objetivos fundamentais, a redução das desigualdades sociais e regionais, o que poderá ser obtido através dos bens que viabilizam a vida digna, em boa parte arrolados no artigo 6.º, da Constituição federal. Em especial, os direitos fundamentais sociais, impõem obrigações positivas ao Estado no sentido da efetivação por meio de políticas públicas e, em ocorrendo a omissão, cumpre ao Poder Judiciário exercer o controle de constitucionalidade de seus atos. (CANELA JÚNIOR, 2011).

Assim, consolida-se no Brasil um novo modelo constitucional, que se caracteriza pela normatividade axiológica, em oposição ao constitucionalismo clássico, como a superação do positivismo clássico, elevando os direitos fundamentais à centralidade e diferenciando qualitativamente os princípios e regras, além da revalorização do direito, portanto, uma nova perspectiva constitucional designada de neoconstitucionalismo. (AGRA, 2008). A expressão Neoconstitucionalismo, é uma das utilizadas para designar o estágio do constitucionalismo contemporâneo, em particular, para caracterizar uma nova cultura jurídica, que tem como pressuposto o Estado Constitucional de Direito, como resultado da convergência de duas tradições constitucionais, frequentemente separadas: a primeira que concebe a Constituição como a regra do jogo organizacional da sociedade e da política, numa perspectiva liberal-individual e, a segunda, que concebe a Constituição como a encarnação de um projeto político com um propósito de transformação social e política. Em síntese o, neoconstitucionalismo reúne dois elementos destas duas tradições: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional. (SANCHÍS, 2001).

Ainda que a palavra neoconstitucionalismo não seja empregada no debate constitucional americano e na Alemanha, trata-se de um conceito formulado na Espanha e na Itália, com repercussão na doutrina brasileira, considerado como um novo paradigma, tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, reconhecendo a força normativa dos princípios jurídicos, a constitucionalização do direito e a irradiação das normas e valores constitucionais, com destaque para os relacionados aos direitos fundamentais, assim como a aproximação entre o direito e a moral e a judicialização da política e das relações sociais. (SARMENTO, 2009). Para Ana Paula de Barcellos, o neoconstitucionalismo, do ponto de vista metodológico-formal, apresenta três premissas fundamentais, para compreensão dos sistemas jurídicos ocidentais: a normatividade, a superioridade e a centralidade da Constituição e, do ponto de vista material, dois elementos: a incorporação explícita de valores e opções políticas, notadamente à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, como elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos e, a expansão de conflitos específicos, resultantes da colisão de direitos dentro do próprio sistema constitucional. (BARCELLOS, 2005).

A colisão pode ocorrer, por exemplo, entre o direito de propriedade e um interesse público, que justifica a desapropriação, pelo Poder Público para efeitos de concretização de um interesse público ou social, assim definido em lei. Todavia, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, não fica restrita somente nesse quadro. É possível ampliar a contextualização do direito fundamental à propriedade, sua garantia constitucional e a dignidade da pessoa humana, pois, a última não constitui apenas uma garantia negativa, protegendo-a de ofensas ou humilhações, mas irradia efeitos também numa projeção positiva, focada no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. (LUÑO, 2016). Apesar de uma possível dimensão exclusivamente patrimonial, mesmo assim, entende Ingo Wolfgang Sarlet, que a garantia e o direito fundamental da propriedade, pode encerrar muitas vezes conteúdo de natureza existencial, vinculando-o diretamente com a própria dignidade da pessoa humana, exemplificando com a propriedade imobiliária que serve de moradia, considerado como um dos direitos sociais dignificadores da vida humana. (SARLET, 2009).

Por isso, a compreensão dogmática do direito de propriedade privada é insuficiente para dar conta de toda a complexidade inerente à noção de propriedade, visto que a Constituição Federal não apenas assegura o direito de propriedade e impõe a ela uma função social, mas impõe condicionamentos orientados pelos princípios,

objetivos e direitos fundamentais, impondo a ela um conjunto axiológico de valores que rompem com a noção individual-possessivo-individualista tradicional. Entende-se fundamental alargar a relação entre o direito fundamental à propriedade e a dignidade da pessoa humana, ao considerar os direitos ao acesso, à proteção e ao uso como direitos fundamentais implícitos, que são “[...] posições jurídicas fundamentais subentendidas nas normas de direitos fundamentais integrantes do catálogo constitucional”, (SARLET, 2009, p.92), no caso concreto, deduzidas do direito fundamental à propriedade. Ainda que seja difícil defender o acesso à propriedade imobiliária privada, como um direito fundamental ao mínimo existencial, posto que o direito à moradia digna não pressupõe o direito de propriedade do morador, até porque ele por si só não dignifica, visto que é na utilidade do bem, sintetizado no uso e o gozo, que se realiza a dignidade.

A dignidade do proprietário não fica adstrita ao uso da infraestrutura privada do bem, mas também da infraestrutura pública, como por exemplo, acesso aos serviços públicos eficientes, de energia elétrica, telefonia, água e saneamento, transporte público, entre outros, o que demanda a existência de políticas públicas, além da disposição de bens públicos a serem utilizados pelo povo ou prestação de serviços públicos em sentido amplo. Assim, para a dignidade da pessoa humana, não são suficientes políticas públicas de acesso à propriedade imobiliária, como por exemplo, o Programa Minha Casa Minha Vida-PMCV, o Programa Nacional de Crédito Fundiário-PNCF, Programa Nacional de Reforma Agrária, o Programa Nacional de Regularização Fundiária-PNRF, ou ainda, a regularização fundiária agrária e a regularização fundiária urbana-REURB, sem a devida qualificação urbanística, com toda a infraestrutura necessária e, também, a qualificação ambiental.

Portanto, como visto, os direitos ao acesso e ao uso podem contribuir para dignificar a vida das pessoas, mas e o direito à proteção ao direito fundamental à propriedade, da mesma forma, pode apoiar a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana? – O direito fundamental à propriedade sem proteção é ineficaz, por isso necessita de garantias que assegurem ao proprietário a segurança necessária, para viabilizar a concretização de suas múltiplas funções, social, patrimonial e ambiental, no contexto da dupla função que os direitos fundamentais possuem, a individual e a coletiva, (ANDRADE, 2012). Ao definir o domínio dos direitos fundamentais, com o propósito de reconhecer a autonomia institucional dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade, utiliza três critérios funcionais e um deles é justamente a função protetiva que é “[...] a garantia de determinados *bens jurídicos das*

peças ou de certo conteúdo das *posições ou relações* na sociedade que sejam considerados essenciais ou primários.” (ANDRADE, 2012, p.79). Assim, somente podem ser considerados direitos fundamentais, os preceitos constitucionais que direta ou indiretamente, garantem posições jurídicas, individuais ou coletivas.

Nesse contexto, os direitos fundamentais impõem deveres estatais de proteção, qualificados como direitos públicos subjetivos de garantia e que não se reduzem a simples ação estatal, mas deveres protetivos, de onde é possível deduzir desdobramentos objetivos, que projetam a instituição de organizações estatais e procedimentos assecuratórios, notadamente nos planos administrativo e jurisdicional. Existe, portanto, vinculação entre direitos fundamentais e organização e procedimento. (SARLET, 2009). No âmbito protetivo do direito de propriedade imobiliária e os direitos reais conexos, é possível exemplificar, através do sistema registral imobiliário e os seus procedimentos administrativos, que tem por finalidade a segurança jurídica do direito de propriedade; as organizações e os instrumentos jurídico-administrativos no âmbito da segurança pública, para a proteção física do objeto sobre o qual recai o direito de propriedade; o Poder Judiciário e sua organização, as leis de natureza material e processual, os processos e as decisões, com a finalidade de proteger os direitos, de acordo com os valores constitucionais.

No quadro das garantias fundamentais na Constituição de 1988, é possível diferenciar os direitos-garantia das garantias institucionais, embora ambas são consideradas como autênticos direitos subjetivos, visto que asseguram ao indivíduo a exigibilidade de sua efetivação, junto aos poderes públicos. Os direitos-garantia são aqueles “[...] que, além de sua função instrumental (assecuratória e protetiva), podem ser consideradas autêntico direito subjetivo” (SARLET, 2009, p.180). Por outro lado, as garantias institucionais, de acordo com Paulo Bonavides, a despeito dos riscos e das insuficiências e vacilações que permanecem na esfera teórica, define as garantias institucionais como sendo aquelas em que “[...] a proteção da Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.” (BONAVIDES, 2015, p.549). Para Sarlet, as garantias institucionais possuem a função de proteger determinados institutos jurídicos-privados (garantias de instituto) e jurídico-públicos (garantias institucionais), considerando o seu objeto como um complexo de normas jurídicas e cita como exemplo de autêntica garantia institucional, dentre outras, a garantia da propriedade. (SARLET, 2009).

Assim em matéria de direito de propriedade privada, tem-se por um lado, que o direito fundamental à propriedade, traz implicitamente as garantias de acesso, proteção e uso, sob pena de ineficácia do próprio direito e, por outro lado, o direito fundamental à garantia do direito de propriedade, como uma garantia institucionalizada. Todavia, na perspectiva constitucional, o conjunto de direitos-garantia e as garantias institucionais estão diretamente vinculados ao plexo de valores morais adotados pela Constituição, em especial os princípios fundamentais, de onde se extrai, dentre outros, o valor segurança jurídica e os objetivos fundamentais, que compreendem os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, no seu todo, compreendendo todas as pessoas político-institucionais, órgãos e agentes, corroborados pelos princípios conformadores da concepção de Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988.

Neste diapasão, o marco teórico do novo direito constitucional apresenta três conjuntos de mudanças: o reconhecimento da força normativa da Constituição e irradiadora de fundamento para todo o ordenamento jurídico, seja nas postulações de direitos, assim como para efeitos de argumentação jurídica; a expansão da jurisdição constitucional, viabilizando a propositura de ações constitucionais diretas, o que permitiu a judicialização de algumas questões do debate político, social e moral contemporâneo e, por fim, a transformação no âmbito da hermenêutica jurídica, através da adoção de um conjunto de ideias alinhadas como a nova interpretação constitucional, o que acabou por elevar à constitucionalização geral do direito e a Constituição, nesse contexto, passa a desfrutar, além da supremacia formal, também uma supremacia material, axiológica, inaugurando uma ordem objetiva de valores, (BARROSO, 2013).

Esse novo paradigma representa o rompimento com o paradigma anterior, essencialmente legicêntrico, que tinha no Parlamento a fonte, quase que exclusiva, do direito e, além disso, não atribuía força normativa às constituições, por extensão a validade dos direitos fundamentais estava na medida da legalidade e, em geral, não havia garantias contra o arbítrio ou descaso com as políticas públicas, além do distanciamento entre o Direito e a moral. Apesar das críticas pertinentes que o novo paradigma possa receber, como a deficiência democrática de seu pendore judicialista, o perigo da sua preferência por princípios e ponderação, em detrimento de regras e subsunção e que “[...] ele pode gerar uma panconstitucionalização do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e da autonomia privada do indivíduo”, (SARMENTO, 2009, p.33), o aspecto positivo é o da aproximação do direito e da moral, notadamente, em relação aos direitos fundamentais. Contudo, neste contexto a força

normativa da Constituição e a sua vinculação ao legislador ordinário, têm como critérios de validade: o material, como extra-sistêmicos, e o formal, como intra-sistêmicos, enquanto que o critério de validade, no constitucionalismo clássico, era apenas formal, independentemente de conteúdo axiológico, bastando a satisfação dos critérios formais intra-sistêmicos. (AGRA, 2008).

Assim, no âmbito do neoconstitucionalismo, a racionalidade moral tem importante função no papel da racionalidade jurídica, porque reconhece uma relação intrínseca entre o Direito e a Moral, em face da inserção de princípios morais nos ordenamentos jurídicos, especialmente na seara dos conceitos jurídicos indeterminados que são permeados de conteúdo axiológico e alto grau de abstração, que exigem para a sua aplicação direta, fundamentação racional de valores, mas para tanto é necessário que existam concepções axiológicas que possam determinar, de forma clara e precisa, o sentido do conteúdo em causa. (CADEMARTORI, 2012; DUARTE, 2012). Contudo, a relação intrínseca entre o direito e a moral, na concepção neoconstitucionalista, dificulta a observação diferenciada de cada sistema, o que compromete a sua unidade, porque a validade material do direito neste caso é extra-sistêmica, ou seja, é exterior ao direito, o que enfraquece o sistema jurídico, porque o torna dependente de comunicações de outro sistema.

Destarte, busca-se na Teoria dos Sistemas uma resposta a esse fenômeno, que surgiu com o resgate ético do Direito, com a finalidade de auxiliar na interpretação e entendimento acerca da positivação dos direitos fundamentais, ainda que não na totalidade, mas em boa parte, possuem como núcleo central o princípio da dignidade da pessoa humana. A questão é: como entender esta imbricação entre a moral e o direito, sem afetar a unidade, a autonomia e a diferenciação que identifica cada um dos sistemas? – A diferenciação entre os sistemas se concretiza por meio da comunicação, como efeito da redução de complexidade do próprio meio, visto que a escolha recai somente sobre as opções que estiverem dentro da comunicação eleita, de acordo com a estrutura de cada sistema, porque “[...] o sistema estabelece seus próprios limites, mediante operações exclusivas, devendo-se unicamente a isso que ele possa ser observado.” (LUHMANN, 2011, p. 102). Assim, a resposta pode estar no acoplamento estrutural entre os sistemas do Direito e da Moral e com isso, cada um deles permanece com a sua unidade, autonomia, sem prejuízo de suas respectivas funções.

A função do direito, na perspectiva da Teoria dos Sistemas luhmanniana, é a de generalizar e estabilizar as expectativas, por força dos comportamentos generalizados

congruente, (LUHMANN, 2016), e a moral, por sua vez, “[...] é um processo de codificação com a função específica de dirigir a comunicação sobre estima pelas vias das condições de estima e, com isso, controlar a nivelção das sínteses ego/alter” (LUHMANN, 2013, p.103). Os conflitos integram a própria estrutura do sistema do direito, dentro da estrutura lícito/ilícito, razão pela qual, cabe ao direito dar conta das demandas decorrentes da frustração, fundadas em expectativas normativas, promovendo a regulamentação dos conflitos e, assim, mantendo os mecanismos generalizadores e as expectativas normativas, o que não ocorre com a moral, porque ela não precisa dar conta da manutenção da expectativa, nem mecanismos de generalização congruente, visto que a sua função precípua é controlar as comunicações entre *Alter* e *Ego*, processando as informações do entorno que lhe fazem sentido, dentro de estrutura binária bem/mal ou bom/mau, sem preocupação com a estabilização de expectativas.

Para Luhmann, a moral é uma comunicação funcionalmente diferenciada, porém, não forma um sistema social parcial, porque não possui a amplitude que poderia ser confundida com a própria sociedade, visto que não existe uma moral, mas moralizações, como por exemplo: a individual, a interativa, de regras de referência a casos (casuística), além da moralização da ação em relação aos fins, ou seja, a moralização da utilização dos meios em face dos fins. (LUHMANN, 2013). É importante a diferenciação do sistema do direito com a moral, assim como entre todos os outros sistemas sociais parciais, de sorte que os princípios, embora possam conter conteúdos próprios do sistema da moral, não podem inviabilizar as comunicações do sistema do direito. O sistema do direito ao selecionar informações comunicadas pelo sistema da moral, processa-as de acordo com os seus programas e as transforma em jurídica, de acordo com o código binário lícito/ilícito, mantendo a sua autonomia e garantindo a autopoiese do sistema do direito. Assim, a autonomia do sistema do jurídico “[...] será garantida perante a moral em razão do acoplamento estrutural, que garante a abertura cognitiva do Direito para os outros subsistemas, sem, com isso, desdiferenciá-los.” (LIMA, 2009, p. 30-31).

Os direitos fundamentais, na perspectiva da Teoria dos Sistemas, resultam do acoplamento estrutural entre o sistema da política e do direito, entre o sistema da política e da moral, entre o sistema do direito e o sistema administrativo, entre os sistemas do direito e da moral, portanto, contextualizando em termos sistêmicos, não existe uma origem antológica para os direitos fundamentais, mas fruto da evolução do

processamento de múltiplas comunicações existentes no ambiente/entorno e selecionadas por cada um dos sistemas, naquilo que lhe faz sentido e, depois de processadas, cada sistema reenvia para o ambiente/entorno novas comunicações, aumentando a complexidade, forçando novas escolhas contingenciais por cada sistema, sem com o propósito de estabilizar expectativas. Assim, por exemplo, o princípio da dignidade humana é de ordem moral, mas que foi juridicizado, porque ao ser comunicado pelo sistema da moral ao ambiente, o sistema do direito selecionou e processou, através de seus programas e, depois reenviou ao ambiente/entorno uma comunicação, agora jurídica, sem prejuízo ao princípio da dignidade da pessoa humana, no âmbito do sistema da moral. Destarte, o mesmo princípio, por força do acoplamento estrutural, comunica mais de um sentido ao entorno.

A Constituição federal ao comunicar os direitos fundamentais ao ambiente, pode causar irritações à diversos sistemas, dentre os quais, destacam-se: da política, do direito, da economia e o administrativo, que selecionam o que lhes faz sentido e, após o processamento interno de cada sistema, emitem novas comunicações, que podem resultar em comunicações designadas como políticas públicas. A ideia de política pública é uma comunicação, ao lado de outras, como o serviço público e a função de polícia, com as quais não se confunde, observável pelo sistema do direito, visto a instrumentalização da política pública é jurídica. (BITENCOURT, 2013). Entende-se que a política pública pode ser observada igualmente pelo sistema administrativo, que acoplado estruturalmente ao sistema do direito, por força da Constituição federal, comunica à Administração Pública, que da mesma forma possui natureza instrumental para a política pública. Ademais, a concretização da política pública pode ser observável, ainda, pelo sistema da economia, considerando que a implementação muitas vezes requer meios econômico-financeiros para sua concretização. Assim é possível afirmar que a política pública, no contexto da Teoria dos Sistemas, permite múltiplas observações, todas elas como comunicações resultantes da diferenciação funcional de cada sistema parcial.

Para Janriê Rodrigues Reck, a observação da política pública sob a ótica do Constitucionalismo contemporâneo, apresenta certa complexidade, porque compreende um complexo comunicativo de múltiplos elementos e sentidos, para diferentes situações pragmáticas, o que requer uma observação relativamente flexível do conceito de política pública e, com isso, permitir o acoplamento com diferentes fenômenos comunicativos. Assim, a política toma forma, não em razão de um significado essencialista *a priori*, mas por causa dos diferentes vínculos que uma

política pública pode proporcionar. Dessa forma, a política pública é uma unidade política, que se autorreferência enquanto fim e enquanto meio, portanto, um todo orgânico especializado, que “[...] faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e valores a serem alcançados.” (RECK, 2018, p.115).

Nesse contexto, toda política pública resulta de uma trama de relações, oriundas do acoplamento estrutural entre sistemas sociais e, neste sentido, pode ser observada como a decisão que se configura como comunicação produzida por organizações políticas, no âmbito de suas competências e tem como efeito importante e necessário a diferenciação funcional, por força da qual a política pública adquire identidade, o que lhe permite acoplar instrumentos como serviço público e o poder de polícia, no contexto do regime jurídico da política pública. (RECK, 2018). Este entendimento aproxima-se do exposto por João Pedro Schmidt, para o qual, as políticas públicas resultam do processo político, “que se desenrola sob o pano de fundo institucional e jurídico, e estão intimamente ligados à cultura política e ao contexto social”. (SCHMIDT, 2018, p.122)

Nessa perspectiva, a política pública adquire a sua identidade num processo evolutivo, forjado por comunicações funcionalmente diferenciadas, presentes no ambiente ou entorno, que potencializam a estrutura do sistema política pública, resultando no código binário inclusão/exclusão, considerando que as políticas públicas têm por função a efetivação de algumas comunicações identificadas como direitos fundamentais, na Constituição federal e, para tanto, utiliza os seus programas – organizações e decisões – para processar as comunicações, que lhe fazem sentido, colhidas no entorno, para na sequência expedir novas comunicações recursivas e assim alcançar o *status* de sistema autopoieticos. Destarte, somente o sistema de política pública pode expedir comunicações qualificadas como política pública, cuja decisão vincula toda a sociedade, mas ao se acoplar estruturalmente com o sistema do direito, as comunicações assumem a forma jurídica. O fenômeno do acoplamento estrutural entre os sistemas, faz com que as operações assumam uma unidade simbólica, que faz com que “[...] as operações de ligação entre processos, órgãos e decisões pareçam coerentes.” (RECK, 2018, p. 28).

Essa unidade simbólica também está presente no acoplamento estrutural entre o sistema administrativo e o sistema do direito, dado que o primeiro emite comunicações qualificadas como administrativas, mas ao se acoplar estruturalmente com o sistema do direito, as comunicações administrativas assumem a forma jurídica, de onde advém a comunicação Administração Pública. O sistema da política pública estabelece vínculos

com operações – processos, órgãos e decisões – com o sistema administrativo, cujas decisões, em parte são tomadas pela organização Administração Pública, através da função administrativa e do ato administrativo. Igualmente, o sistema da política pública estabelece vínculos operacionais, por força de acoplamento estrutural, com o sistema da política que ao decidir, comunica decisões vinculantes para toda a comunidade. Todavia, para que essas decisões vinculantes tenham eficácia, é vital o acoplamento estrutural entre o sistema da política e o sistema do direito, cuja unidade simbólica se caracteriza pelos programas normativos, condicionais e finalísticos e as decisões com a função de estabilizar expectativas normativas.

Portanto o sistema do direito possui uma função importante na formatação, implementação e execução de políticas públicas, porque cabe a ele estabilizar as expectativas que surgem no âmbito da sociedade em face das políticas públicas, posto que a política pública, na sua formatação jurídica, se caracteriza por um emaranhado de leis, regras administrativas, atos administrativos, processos, decisões e arranjos institucionais. Exemplificando: a Constituição federal dispõe que a política de desenvolvimento urbano, é executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, que é o Estatuto da Cidade, tendo por função ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O sistema da política pública urbana, por força do acoplamento estrutural entre o sistema da política e do direito, compreende um conjunto de comunicações sob a forma de leis, processos, decisões administrativas, políticas, econômicas, além de outras comunicações que contribuiram para instituir a política pública urbana, de acordo com as comunicações constitucionais, indicadoras de princípios e valores, enviadas pelo sistema ao entorno.

A Constituição federal apresenta os elementos estruturantes das políticas públicas, urbana, artigo 182 e seguintes, e agrária, artigo 184 e seguintes, de onde é possível observar, considerando a sistematicidade interna da própria Constituição, envolvendo princípios, objetivos e direitos fundamentais, a presença do princípio da democratização da propriedade imobiliária no Brasil, que orienta programas de acesso ao direito fundamental à propriedade, tanto urbana, quanto rural e, assim, no contexto constitucional das políticas públicas, urbana e agrária, o direito fundamental, implícito, ao acesso à propriedade tem a função, de concretizar outros dois direitos fundamentais sociais, que são a moradia e o trabalho, sintetizados no direito fundamental, implícito, ao uso, orientado pelo princípio da função social da propriedade. Noutra direção é possível observar que o direito fundamental ao uso, tem a função de impulsionar ações

e programas com a finalidade de concretizar o direito fundamental ao acesso à propriedade. Num sentido mais restrito, pode-se afirmar que o direito de propriedade necessita de segurança jurídica, sintetizado na noção de proteção jurídica, que se concretiza, por atos administrativos e sentenças judiciais, no âmbito das organizações estatais de acordo com a distribuição de competência. Noutro sentido, é possível afirmar, também, que a segurança jurídica não fica restrita à proteção ao direito de propriedade, mas se faz necessária, também, em face dos direitos fundamentais de acesso e uso.

As ações e programas de acesso à propriedade imobiliária urbana assim como os programas relacionados ao uso dela, devem se ajustar aos programas da política urbana como um todo, cuja competência legislativa é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal, consoante artigo 24 e residual para os Municípios, de acordo com o artigo 30, cabendo, contudo, a sua execução pelos Municípios, nos termos do artigo 182, também da Constituição federal, que atribui ao Poder Público Municipal, a execução da política de desenvolvimento urbano, conforme diretrizes fixadas no Estatuto da Cidade, tornando o plano diretor o instrumento básico e obrigatório da política de desenvolvimento e de expansão urbana, para cidades com mais de vinte mil habitantes. O Estatuto da Cidade, Lei federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, estabelece normas de ordem pública e de interesse social regulatórias do uso da propriedade urbana, com vistas ao bem coletivo, assim como da segurança, do bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental, com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, com o propósito de garantir o bem-estar de seus habitantes, dentre os quais se destaca, o direito às cidades sustentáveis, o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações, rompendo “[...] com uma tradição de regulação do direito de propriedade pela matriz do liberalismo jurídico clássico [...]” (ALFONSIN, 2002).

As políticas públicas e os programas, de acesso à propriedade, não podem desconsiderar as diretrizes que orientam o uso dela, com base em dois pressupostos fundamentais: a função social da cidade e a sustentabilidade, o que leva ao uso adequado e compatível com a função social da cidade, que, para tanto, deve ser dotada de infraestrutura sustentável, evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental, com a finalidade de proteger a população a riscos de desastre. Ademais, é necessária a integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, de acordo com o desenvolvimento socioeconômico do

Município e o território sob sua influência, a adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços compatíveis com os limites da sustentabilidade, assim como a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico, de sorte a garantir condições condignas de acessibilidade, utilização e conforto nas dependências internas das edificações urbanas, inclusive nas destinadas à moradia e ao serviço dos trabalhadores domésticos, observados requisitos mínimos de dimensionamento, ventilação, iluminação, ergonomia, privacidade e qualidade dos materiais empregados.

A Constituição federal, igualmente, apresenta os elementos estruturantes da política fundiária agrária, regulamentada pela Lei federal n.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, diferenciando-se da urbana, pelo fato de que não é descentralizada, porque de competência exclusiva da união, nos termos dos artigos 22, 184 e seguintes da Constituição federal. Para concretizar o direito fundamental ao acesso, prevê a desapropriação de terras improdutivas, para efeitos de reforma agrária e, quanto ao uso da propriedade agrária, sem se afastar do princípio da sustentabilidade, relaciona-o ao cumprimento da função social, que se concretiza, quando a propriedade rural atende simultaneamente, nos termos da legislação, o aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Observa-se que a partir desses dois pilares estruturais, com fundamento na Constituição federal e nas leis que dispõem sobre o Estatuto da Cidade e sobre a Reforma Agrária, foram desenvolvidos programas setoriais, como por exemplo, o Programa Minha Casa Minha Vida-PMCMV, instituído por força da Medida Provisória n.º 459/2009, convertida na Lei federal n.º 11.077/ 2009 e, posteriormente, modificado pelas das Leis federais n.ºs 12.424/2013 e pela Lei federal n.º 13.173/2015, com a finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais e compreende os seguintes subprogramas: o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), com o objetivo de promover a produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos, desde 14 de abril de 2009 e, o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR), cuja finalidade subsidiar a produção ou reforma de imóveis para agricultores familiares e trabalhadores rurais.

Outro programa de fomento à aquisição da propriedade rural, é o Programa Nacional de Crédito Fundiário-PNCF, com fundamento na Lei Complementar n.º 93,

que criou o Fundo de Terras e Reforma Agrária, regulamentado atualmente pelo Decreto n.º 4.892, de 25 de novembro de 2003, que compreende o programa de reordenação fundiária, que se caracteriza por ação do poder público com a finalidade de ampliar a redistribuição de terras, consolidar regimes de propriedade e uso em bases familiares, visando a sua justa distribuição, por intermédio de mecanismos de crédito fundiário; o programa de assentamento rural, que se caracteriza por ações dos poderes públicos federal, estadual ou municipal, cooperativas ou associações de trabalhadores rurais que, com ou sem apoio do poder público, promoveram ações de redistribuição de terras com a dimensão da propriedade familiar; os programas que venham a ser financiados com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária e os atos administrativos deles decorrentes obedecerão, dentre outros, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, os programas, projetos e atividades que venham a ser financiados com recursos do Fundo de Terras e da Reforma Agrária deverão levar em conta as questões de gênero, etnia e geração, bem como aquelas de conservação e proteção ao meio ambiente.

Observa-se, por um lado, que os programas ainda apresentam setorizações e verticalizações, nem sempre abrangendo o conjunto de requisitos estipulados pela política urbana e pela política fundiária rural. Neste aspecto, a política urbana, de acordo com a Constituição, foi atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal, competências eminentemente legislativas, reservando aos Municípios e, também, ao Distrito Federal, por força do parágrafo primeiro, do artigo 32, da Constituição Federal, a implementação fática e jurídica da política pública urbana, por meio de programa de ordenação do solo urbano, das edificações, do uso da propriedade urbana, da infraestrutura, dos serviços públicos, entre outros; por outro, é possível observar, também, a partir da Constituição e de políticas públicas como, por exemplo, a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, que tem na Política Nacional de Mobilidade Urbana, um de seus instrumentos, assim como a Plano Nacional de Reforma Agrária-PNRF, que tem complementaridade no Programa Nacional de Crédito Fundiário-PNCF; o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar-PRONAF, entre outros, uma abrangência horizontal comunicativa de escala maior, revelando uma concepção voltada para intersetorialidade, embora boa parte dos programas mantenha a característica de setorialidade.

De uma forma geral as políticas públicas de natureza social, no âmbito da organização societária brasileira, adotam a lógica da setorização, recortando o social em partes, o que requer alteração no processo de articulação, com a finalidade de

superar a tendência de compreensão dos problemas independentemente das causas estruturais responsáveis pela sua origem e, além disso, cada área da política pública tem a sua própria rede de instituições, que atuam através de programas estatais que não se comunicam com outros programas, executados paralelamente a outras políticas e, em muitos casos, várias políticas atendendo aos mesmos beneficiários, porque carente de articulação, revelando um *modos operandi* da gestão pública, numa perspectiva fragmentada. (YASBEK, et all. 2011, p.164).

Contudo, parece que essa realidade não é exclusivamente em relação às políticas públicas de caráter social, como o exemplo as políticas públicas relacionadas com o desenvolvimento urbano, detalhado nos cadernos do Ministério da Cidade, em cujo contexto os direitos fundamentais implícitos à aquisição, ao uso e à proteção da propriedade imobiliária urbana estão inseridos, embora não arrolados expressamente como políticas de desenvolvimento urbano, como as políticas de: saneamento ambiental, habitação, planejamento territorial urbano e política fundiária e mobilidade urbana sustentável. Apesar da concepção de intersectorialidade nas diretrizes que configuram o desenho das políticas públicas antes referidas, com o propósito de desenvolver uma atuação intersectorial, a rigor ocorre apenas uma articulação institucional, interministerial, sem envolver troca de saberes, experiências, com exceção da política de saneamento ambiental. (NASCIMENTO, 2010).

A intersectorialidade, é a "[...] articulação de saberes e experiências no planejamento, realização e avaliação de ações para alcançar efeito sinérgico em situações complexas visando o desenvolvimento social, superando a exclusão social." (JUNQUEIRA & INOJOSA, 1997). Abre a possibilidade de novas maneiras de encaminhamento de resolução de problemas através de políticas públicas, é uma forma diferente de articulação desenvolvida pelo governo em face de seus interesses, porque de maneira integrada, com o propósito de superar a fragmentação, implementação e gestão de políticas públicas de forma fragmentada, numa perspectiva holística que considera o homem na sua totalidade, conjugando as dimensões sociais com outras, como por exemplo, infraestrutura, meio ambiente, passando "[...] pelas relações homem/natureza, homem/homem que determinam a construção social da cidade." (JUNQUEIRA, 1997, p. 37).

Embora a intersectorialidade, como ferramenta e mecanismo de gestão de políticas públicas, seja relevante porque amplia as possibilidades na gestão da política pública, isto não quer dizer que as políticas setoriais devem ser suprimidas, substituídas pela intersectorialidade. Pode haver a complementaridade entre políticas

setoriais e interestoriais, até porque, existem limites para a intersetorialidade, como a crescente especialização do poder público e a eficiência maximizada em cada um dos órgãos estatais, (AZEVEDO, 2003), ou, ainda, no sentido de que não basta a conjugação de ações de diferentes órgãos, para se caracterizar a intersetorialidade, além da dificuldade de se estabelecer uma estratégia comum e definidora dos tipos de intervenção que devem ser feitas. (KOGA, 2011).

O Estado Democrático de Direito, ancorado em princípios, objetivos e direitos fundamentais, donde se irradiam dimensões objetivas e subjetivas, para uma sociedade altamente complexa, em que coexistem interesses individualizados, coletivos e difusos, o modelo mental identificado com a matriz liberal, de cunho individual, ainda mantém resíduos que permeiam as ações da Administração Pública, o que dificulta das demandas encerradas pela Constituição Federal. A concretização plena dos direitos fundamentais, aqui em especial o direito fundamental à propriedade, necessita de ações sistêmicas da Administração Pública, com a inserção de competências transversais que se comunicam sistemicamente com todas as organizações, com vistas a concretizar os compromissos assumidos pelo Estado, no âmbito dos direitos fundamentais, cujas decisões não fiquem restritas à matéria e ao sujeito, como se a dignidade da pessoa humana pudesse ser concretizada de forma fragmentada, de acordo com o modelo fordista, ainda que sistêmica, porém com a especialização por competência e função, sem repercussão imediata com o todo, apenas mediata, o que dificulta a concretização dos direitos fundamentais na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

4.4 Da função administrativa e a segurança jurídica em face da teoria dos direitos fundamentais: silêncio eloquente no conceito de propriedade.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais, possuem duas funções complementares: uma definidora de competências no âmbito constitucional, com reflexos na organização da Administração Pública e a outra, informadora da teoria do direito administrativo contemporâneo e, por extensão, da função instrumental da função administrativa. Como referido anteriormente, com o advento do Estado

Democrático de Direito, o Direito Administrativo passa por uma revisão democrática, inclusive no âmbito das políticas públicas, cuja legitimação encontra-se ancorada nos direitos fundamentais e na observância dos princípios e objetivos fundamentais, porque é sob este tripé que o regime jurídico administrativo está estruturado, numa perspectiva institucionalista, em que o direito é observado como “[...] um conjunto de normas jurídicas produzidas por instituições aptas a disciplinar a conduta social e a organizar a utilização legítima da coerção para impor valores, escolhas e soluções.” (JUSTEN FILHO, 2012, p.85). O direito administrativo clássico, fundado na ideia de prerrogativas, fundado no ideário da supremacia do interesse público sobre o privado é substituído por um direito administrativo finalístico, redimensionado nas suas categorias essenciais, baseado nos direitos fundamentais.

Da mesma forma a segurança jurídica, caracterizada como um dos elementos estruturantes do Estado de Direito, ao lado dos direitos, das garantias fundamentais, da divisão das funções do Estado e da legalidade administrativa, (SILVA, 2003), é redimensionada em face da concepção do Estado Democrático de Direito, que compreende um conjunto axiológico de valores e a posição de centralidade do homem e seus direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica. No liberalismo havia a exigência de segurança e de certeza, sintetizadas na ordem, condição primeira para o desenvolvimento das sociedades humanas, sob o comando da regra jurídica formal. (ROUBIER apud REALE, 1986). Na perspectiva contratualista, a segurança jurídica foi tratada como o “[...] tránsito desde el estado de naturaleza a la sociedad como la superación *dels ius incertum* y su conversión en estado de seguridad” (PEREZ LUÑO, 1994, p. 26). Sob a ótica do Estado Democrático de Direito a segurança jurídica assume outra dimensão, que transcende à mera legalidade formal, para assumir a posição de direito fundamental à segurança jurídica dos direitos fundamentais.

As mutações pelas quais passaram a função administrativa e a segurança jurídica, em face dos direitos fundamentais, é reflexo das transformações pelas quais passaram a Administração Pública e o direito administrativo, no contexto do Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito e a tripartição de poderes contribuíram para juridicizar a Administração Pública, através da definição de competências e respectivas funções jurídico-administrativas, afastando, contudo, entendimento no sentido de que não haviam atividades de cunho nitidamente administrativa, executadas preteritamente para atender a interesses coletivos, assim como o direito administrativo existe, ainda que incipiente, desde o momento em que os seres humanos se organizaram de algum modo ordenar de comum acordo as exigências de justiça, por

isso, nem 1789 é o centro da história do direito administrativo, nem seu princípio. Contudo, é com o advento do Estado Liberal, que se implanta a racionalização, a limitação e a objetivação do poder, com fundamento na soberania nacional, a separação de poderes, o reconhecimento de direitos inatos à pessoa humana e o princípio da legalidade, como expressão da vontade geral. (RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, 2006).

Todavia, a despeito do princípio da legalidade, como expressão da vontade geral, no princípio houve a reprodução de práticas administrativas do Antigo Regime, afastando qualquer possibilidade de controle social, dado que foi o Conselho de Estado que formulou princípios gerais e regras jurídicas para viabilizar soluções fora do direito civil. Assim, “[...] a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo.” (BINENBOJM, 2014, p.10). Para Paulo Otero existe uma dupla contradição com os postulados presentes na interpretação dogmática da separação de poderes: em primeiro lugar, o ativismo normativo do Conselho de Estado, através da via jurisprudencial, é incompatível com a concepção de Montesquieu, na perspectiva da concepção mecanicista de aplicação judicial à lei; em segundo lugar, porque o Conselho de Estado ao dispor sobre princípios e regras para a Administração Pública, substituiu o legislador. Assim, “[...] a gênese do Direito Administrativo francês, ao violar os postulados nucleares do princípio da separação de poderes, não se mostra de acordo com a visão da subordinação do poder executivo ao poder legislativo, à lei e ao parlamento.” (OTERO, 2007).

O outro postulado da gênese do direito administrativo, princípio da legalidade, também se apresenta como um mito repetido por inúmeras gerações, visto que ao atribuir a função de legislar a um órgão de jurisdição administrativa, integrante do Poder Executivo, se afasta das noções clássicas de legalidade, fundadas no ideário da submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e do partilhamento das funções estatais fundado na separação de poderes. (Montesquieu). Desta forma, o postulado da separação de poderes foi um pretexto para concretizar um objetivo político com a finalidade de alargar o exercício da liberdade decisória da Administração Pública e garantir a imunidade a qualquer controle judicial, em que a própria Administração se julgaria a ela própria e, assim, se manteria a identidade entre o modelo do *Ancien Régime* com o modelo de controle administrativo. (OTERO, 2007). A instituição desse modelo ao invés de assegurar a garantia de submissão da atividade administrativa ao

controle pelo Poder Judiciário, diminuiu as garantias, ao fazer o autocontrole, por meio do contencioso administrativo. (BINENBOJM, 2014).

Um afluente teórico-histórico que contribuiu para modelar a gênese estrutural do Estado Liberal e, por extensão, a Administração Pública e o direito administrativo é o paradigma judaico-cristão, baseado na irreconciliável dicotomia entre Deus e mundo, céu e terra (Russel), entre outros, de sorte que o Deus é um monarca situado fora e acima do mundo, a partir do qual o imaginário coletivo reconheceu o Estado como entidade superior, pairando sobre a sociedade, exigindo obediência e disciplina, sob ameaça de intervenção e punição, resultando na dicotomia entre Estado e sociedade. O Estado foi concebido como pessoa jurídica, fruto da teoria germânica e, como tal, passou a ser considerado “[...] como um fim em si mesmo (autorreferência), da burocracia como detentora de interesses próprios e do positivismo jurídico como dogma.” (MOREIRA, 2016, p.76). O interesse do Estado contraposto ao dos indivíduos é qualificado como o interesse público, que serviu de ideário em torno do qual o direito administrativo estabeleceu suas articulações, instrumentalizando poderes-deveres para a realização dos interesses da própria Administração, quando não do Estado como um todo. (MOREIRA, 2016).

Se no imaginário coletivo a figura do Estado é entendida como uma entidade superior, pairando sobre a sociedade como uma entidade que exige e pune, é compreensível a sua gênese autoritária, com reflexos no exercício da função pública. Isto porque, ainda que não com exclusividade, a visão religiosa, filosófica e política tinha como função a instrumentalização ideológica para a *divinização* autoritária do Estado, na linha do pensamento weberiano de que a consciência religiosa influencia a conduta de vida, a cultura e o caráter de um povo. Essa concepção revela, também, uma incongruência entre o discurso acerca dos direitos fundamentais inerentes à condição humana e o tratamento dado ao indivíduo pela legislação (MOREIRA, 2016). A influência do modelo mental se faz presente na contemporaneidade, como por exemplo a Lei federal n.º 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, ao tratar o cidadão como administrado, portanto, um objeto em face do qual a Administração Pública atua e não um sujeito com direitos subjetivos em face do Estado, a despeito do conjunto de direitos fundamentais constitucionalizados.

A instituição do Estado corresponde a superação da teoria divina do poder e da dependência da política à moral e se consagra como um projeto racional e secularizado, segundo a ética particular e utilitária, “*raison d’État*”, que atende aos

princípios da possibilidade e da necessidade (Maquiavel). O Estado é desta forma a autodeterminação do poder político tanto nas relações internas, quanto externas, porque goza de soberania (Bodin), sintetizado na ideia de “potência absoluta e perpétua da república.” O Estado liberal, enquanto organização política, instituído sob a justificativa de garantia da liberdade e dos direitos individuais, com fundamento na separação de poderes, encontra expressão nos ideários de Locke e Montesquieu – autolimitação do poder através da separação de poderes –; e nos ideários de Hobbes e Rousseau – elemento democrático, fundamentando o Estado na vontade geral das pessoas que constituem a sociedade. Contudo, a despeito da teorização democrática, o Estado democrático e liberal apresentava uma faceta autoritária e outra liberal, o que explica a continuidade entre o *Ancien Régime* e o Estado Liberal. (SILVA, 1996, p. 14-15).

A instituição do Estado liberal, na sua concretização histórica francesa, é fruto de um “compromisso teórico” entre duas concepções: uma liberal, fundado no ideário dos contratualistas; e, outra, totalitária, representativa do antigo regime. Os princípios liberais informaram a organização do poder política, ao passo, que os princípios autoritários informaram a Administração Pública e, também, as instituições controladoras, destacando-se, o contencioso administrativo na condição de um juiz “doméstico”, afastando o controle jurisdicional, porque havia receio por parte dos revolucionários franceses que os tribunais ordinários pudessem por em causa a conquista. Assim a Administração Pública, originária do Estado liberal, apresenta como características gerais, quanto às formas de atuação, o ato administrativo como instrumento de ação jurídica; quanto à organização administrativa, estrutura concentrada e centralizada e, quanto à fiscalização e controle, o contencioso administrativo.

O primeiro modelo de ato administrativo, como instrumento de ação da Administração Pública, no exercício da função jurídico-administrativa, foi autoritário ou desfavorável (SILVA, 1996) e teve a sua origem na França e, como “berço”, o contencioso administrativo, o qual passou por duas fases: a primeira, a “fase do pecado original”, totalmente isento de controle jurisdicional, submetendo-se à fiscalização dos órgãos internos, produtores do ato administrativo, porque servia apenas à Administração e, num segundo momento, a “fase do baptismo”, quando o ato passa a ser controlado pelos tribunais administrativos, funcionando como garantia dos particulares, resultando numa função dupla: de um lado é visto como um “privilégio da Administração”, quando editado concretamente no exercício da função administrativa e,

de outro, como garantia dos particulares, abrindo a possibilidade de defesa jurisdicional. De uma forma simplificada, o elemento autoritário inerente à concepção originária do ato administrativo, coloca ele na realidade central do Direito Administrativo europeu continental. (SILVA, 1996, 44-46).

A doutrina clássica, de acordo com Vasco Pereira da Silva, apresenta dois modelos teóricos paradigmáticos do ato administrativo, como suportes teóricos do direito administrativo Europeu Continental, que são: Hauriou e Mayer, para os quais o ato administrativo típico é o da administração da polícia, da atuação policial, visto que “[...] todo o poder administrativo é construído à volta desta ideia de polícia administrativa, destinada a assegurar a ordem e a paz estadual.” (HAURIOU apud SILVA, 1996, p. 100). Esses autores teorizaram sobre o ato administrativo autoritário, que estava em sintonia com a concepção de Administração agressiva, que marcou as dogmáticas clássicas francesa e alemã. (SILVA, 1996). A despeito da fonte ser doutrina portuguesa, é possível trabalhar o Direito Administrativo brasileiro na mesma perspectiva, a da construção do Direito Administrativo, tendo como eixo central, o ato administrativo expedido no exercício da função administrativa, como atividade jurídica fundamentada nas prerrogativas públicas da Administração Pública.

Defluem destas afirmações duas importantes características do regime jurídico administrativo: o autoritarismo, confirmando um certo continuísmo do regime anterior, apenas sob uma roupagem jurídica, ainda que não pela lei em sentido formal; e a função administrativa, como instrumento do exercício do poder administrativo, de onde se origina a noção dos poderes administrativos, normativo, disciplinar, hierárquico, entre outros a referidos pela doutrina (MEIRELLES, 2018; DI PIETRO, 2016; ARAGÃO, 2012;), a despeito da noção de que o poder é do Estado e apenas o exercício da função é da Administração Pública. Todavia é do poder estatal, que deriva a funcionalização das competências estatais (JUSTEN FILHO, 2012) e, quando esse poder está locado na Administração Pública, decorre a existência da função administrativa, como manifestação de poder-dever (DI PIETRO) ou dever-poder (MELLO), com vistas ao atendimento do interesse público, assim definido no ordenamento jurídico positivo.

Embora o direito administrativo, na sua gênese, tenha sido concebido de uma forma autoritária, baseada no “compromisso teórico” referido por Silva, o direito administrativo não pode ser entendido como se fosse único, universal, aplicável de forma igual em todos os países e em todos os tempos, porque é a concepção política – autoritária ou democrática –, assim como os fins do Estado que vão definir o conteúdo

do direito administrativo. (BREWER-CARIAS, 1975). O direito administrativo foi concebido como um dos ramos do direito público, que em seus princípios concentra a noção de poder, por isso, compreende “[...] la suma de todos los preceptos jurídicos para la regulación de todas las relaciones jurídicas soberanas entre el Estado y el ciudadano.” (FLEINER, 1933). Por isso o autoritarismo do direito administrativo não escolhe local, nem época, como refere Dalmo de Abreu Dallari (1999), ao referir uma passagem de Fritz Fleiner, no qual o administrativista alemão justifica a ação autoritária da Administração Pública, argumentando que deve ser levado em conta que o Estado atua com base na soberania e autoridade, não apenas no exercício de seu poder de mando coativo, governamental, militar, “[...] sino también en los casos en que, en virtud de disposiciones legales, presta al ciudadano servicios de protección y previsión (jurisdicción voluntaria, tutela, asistencia benéfica y protección pública em general, etcetra.” (FLEINER, 1933, p.43).

As relações jurídicas observadas a partir da ideia de poder, tendem a ser autoritárias, porque concentram o foco nas prerrogativas e, quando observadas a partir da ideia de “dever”, o foco muda para a finalidade a ser cumprida, sintetizada na noção de interesse público. (DALLARI, 1999). A concepção política do Estado tem implicações diretas na estruturação e funcionalização do regime jurídico administrativo da função pública. A função administrativa pressupõe alguém investido no dever de satisfazer determinadas finalidades em proveito do interesse de outrem e, para tanto, precisa manejar poderes que são instrumentais, resultando no binômio dever-poder e, quando se tratar de interesse público, a sua realização se opera por meio do exercício da função administrativa, com fundamento na supremacia do interesse público sobre o privado. Todavia, nos Estados Democráticos de Direito, em que o poder emana do povo e em seu proveito tem que ser exercido, o exercício das prerrogativas público-administrativas, sintetizadas na função administrativa, se qualificam melhor sob o binômio deveres-poderes. (MELLO, 2014).

O direito administrativo brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito administrativo Europeu continental, recebendo contribuições do direito francês, do qual “herdou” o conceito de serviço público e suas formas de delegação, as teorias do ato administrativo e a sua autoexecutoriedade, do contrato administrativo, da responsabilidade civil do Estado, do princípio da legalidade, e o regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum ao qual a Administração Pública deve se submeter, o que permite afirmar que a noção autoritária do direito administrativo, típico do Estado Liberal, foi importado e influenciou a teoria do direito

administrativo nacional. Houve influência, também do direito italiano, especialmente quanto aos conceitos de mérito do ato administrativo, de autarquia e entidades paraestatais, a noção de interesse público como elemento finalístico, além do método de elaboração e estudo do direito administrativo. Além de outras influências, do direito alemão, do sistema da *commom law* e, até mesmo, da doutrina social da igreja. (DI PIETRO, 2016).

A despeito das influências que o direito administrativo brasileiro recebeu do direito administrativo Europeu Continental, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández observam que Administração Pública não representa para o Direito Administrativo uma função objetiva ou material, porque sempre existe uma mobilidade contingencial e historicamente que atribui variação às funções e atividades executadas, visto que dependem basicamente de demandas sociais e essas são diferentes em cada conjuntura cultural, em cada contexto socioeconômico. Além disso, os autores entendem também, que a Administração Pública não é para o Direito Administrativo um complexo orgânico, dado que a relação estrutural entre a Administração Pública e o ordenamento jurídico, faz-se através de uma pessoa jurídica, que é a Administração Pública e não com um conjunto de órgãos. É a Administração Pública o sujeito de direito que exerce a função administrativa, emitindo declarações de vontade. Assim, a personificação é a única que se mantém imutável, independentemente dos órgãos e funções, tornando possível o Direito Administrativo. (ENTERRÍA & FERNÁNDEZ, 2014).

Numa perspectiva linear e existencial dos modelos de Estado, após a vigência do Estado Liberal surge o Estado Social, com características distintas do modelo anterior, que se comportava como expectador da dinâmica social, enquanto que o Estado Social passou a assumir a responsabilidade por demandas sociais, agindo como um tutor da sociedade. Se por um lado o Estado social passou a intervir na vida social e econômica, limitando o exercício das liberdades e da propriedade, por outro, promoveu a transição do ato administrativo autoritário do Estado Liberal para o ato administrativo prestacional, (SILVA, 1996), a despeito do fortalecimento as prerrogativas públicas em contraste com a limitação das liberdades. Essa nova realidade ampliou a estrutura e a organização do Estado, com reflexos na Administração Pública, a qual passou a instituir pessoas jurídicas autárquicas, notadamente para dar conta das demandas por serviços públicos e sociais, além de pessoas jurídicas de direito privado, para intervenção direta na economia, atividade

anteriormente reservada com exclusividade para a iniciativa privada e não apenas sobre a economia.

Esse novo quadro forjado pela transição do Estado Liberal para o Estado Social, faz surgir um novo modelo de ato administrativo, o ato administrativo prestador, (SILVA, 1996), com implicação direta na função administrativa, que deixa de ser exercida predominantemente no plano interno, como ocorria na vigência do Estado Liberal, para se projetar no âmbito social, através das atividades jurídicas cometidas à Administração Pública agora no âmbito do Estado do bem-estar ou *Welfare State*. Diferentemente do Estado Liberal, em que a lei era sinônimo de Direito, o Estado Social desencadeia uma aproximação entre o Direito e a Moral, como por exemplo, os princípios da igualdade e da justiça social, que nortearam o Estado, por força dos quais passou a atuar como protagonista na tarefa de formular e implementar políticas públicas, além de remodelar mercados e comandar a renovação de estruturas sociais e econômicas. (JUSTEN FILHO, 2002).

Neste contexto, operou-se uma mudança radical dos quadros da dogmática tradicional, porque a função jurídico-administrativa, no âmbito da Administração Pública prestadora do Estado Social, passou a ser exercida para além de intervenções próprias das atuações administrativas agressivas, que eram esporádicas e intermitentes, mas de forma generalizada, com regularidade e frequência, produzindo regulamentos, planos, atos administrativos, instruções, contratos, atividades técnicas, no quadro de uma administração prestadora e interveniente que introduz na dogmática jurídica inovações importantes, como os atos administrativos constitutivos de direitos, as omissões administrativas passaram a ter relevância pela possibilidade de sindicabilidade, além da privatização, contratualização e tecnicização da atividade administrativa. Assim, o ato administrativo não possui mais a função exclusiva de determinar autoritariamente o direito que deve ser aplicado ao particular, mas também servir de instrumento para “[...] a prossecução de interesses públicos através da satisfação de interesses dos privados, a quem presta bens ou serviços.” (SILVA, 1996, p.100).

Outra mutação no Direito Administrativo e, por extensão, atingindo também a função administrativa, ocorreu com a instauração do Estado Democrático de Direito, forjando uma aproximação entre Estado e a sociedade, orientando a Administração Pública para uma atuação mais democrática, pactuada e concertada. (MOREIRA, 2016). A concepção do Estado Liberal tinha como uma de suas marcas o

distanciamento entre o Estado e a sociedade; o Estado social foi concebida dentro de uma lógica de aproximação entre o Estado e a sociedade e o Estado Democrático de Direito, obedecendo a uma lógica de intersecção entre o Estado e a sociedade, por força da democracia como valor que permeia as relações entre o Estado e a sociedade, em especial, as relações administrativas, que se estabelecem por força da função administrativa. A concepção política e jurídica desse modelo de Estado reconhece o caráter axiológico e normativo da Constituição, da qual se irradia força normativa para todo o ordenamento jurídico e o cidadão e os direitos fundamentais passam a ocupar a centralidade na ordem jurídica.

O Estado Democrático de Direito busca a reconciliação entre o Estado e a sociedade, superando o autoritarismo através da democracia formal e substancial, em que o “Estado deixa de ser um ente superior e autoritário para significar uma instituição a serviço da sociedade, senão a própria sociedade institucionalizada; [...]” (MOREIRA, 2016, p.68). A democracia substantiva é identificada com a assunção do compromisso com a justiça social, via materialização dos objetivos fundamentais e a concretização dos direitos fundamentais, sem prejuízo da necessária segurança para alcançar o progresso social, visto que as demandas de segurança e justiça possuem relação de pertinência lógica, em que uma conduz à outra e vice-versa. Nesse contexto, fica superada, também, a dicotomia existente entre os direitos individuais, políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, pois passam a assumir posição de complementaridade, indivisibilidade e interdependência, assim como as garantias instrumentais de proteção desses direitos. (MOREIRA, 2016).

A intersecção entre Estado e sociedade ou a reconciliação entre o Estado e a sociedade (MOREIRA, 2016), introduz uma nova característica que é a distinção entre esfera pública e esfera estatal, na qual a autonomia privada do indivíduo é substituída pela autonomia social dos participantes. Todavia, talvez seja prudente, valer-se da teoria de paradigmas de Thomas Kuhn, no sentido de que os antigos paradigmas já começam a ser combatidos, ainda que o novo não tenha se estabelecido, para tratar do Estado Democrático de Direito, pois, esse novo paradigma está em fase de construção, dado que ainda não foram superados os preceitos do Estado social, dentre os paradigmas do direito. Todavia, é possível apresentar algumas características deste paradigma em construção e, neste sentido, é possível verificar sob a ótica procedimentalista habermasiana, que as decisões governamentais e administrativas não são mais tomadas exclusivamente na esfera estatal, mas através da democratização da tomada de decisão, por conta da institucionalização de espaços

participativos da sociedade civil, em que a legitimidade do direito administrativo se afasta da lei para encontrá-la no processo democrático decisório. (DIAS, 2003).

O Estado Democrático de Direito apresenta complexidade maior em comparação com o Estado Social, o que aumenta, também, a contingencialidade no momento da escolha das decisões. Para a teoria sistêmica, que também pode ser observada sob a ótica procedimental, cada decisão tomada no âmbito do processo decisório é uma comunicação, porém, diferentemente da teoria habermasiana, a legitimidade da decisão não tem como base o processo democrático decisório, mas a sua aceitação, mesmo que não tenha havido concordância com a decisão. Precisa haver uma correspondência entre o comportamento prescrito e o comportamento observado, porque todo aspecto normativo de uma decisão jurídica deve ter como finalidade a generalização, ou seja, “[...] casos iguais serão decididos da mesma forma.” (LUHMANN, 1985, p.35). Contudo, a generalização está fundada em premissas decisórias, ancoradas em regras procedimentais, que geram expectativas – aceitação ou não aceitação –, o que alivia o Estado de ter que legitimar individualmente cada decisão, operando-se assim, a legitimação pelo procedimento.

Nesse sentido, o decisor não está obrigado a atingir determinados fins, assim como não precisa defender nenhum compromisso para o futuro, “[...] apenas comprova se se verificam as hipóteses preestabelecidas para uma decisão definida.” (LUHMANN, 1980, p.170). A legitimação pelo procedimento é uma fórmula de contingência, porque as decisões são escolhas dentre outras também possíveis existentes no ambiente e assim, ao decidir por uma, exclui as demais, porém não definitivamente, visto que em razão da recursividade mantêm-se a possibilidade de novas decisões futuras, que então podem recair sobre comunicação preteritamente excluída. Existe uma diferença, contudo, entre as decisões tomadas no âmbito da organização judiciária e as decisões tomadas no âmbito da Administração Pública. No procedimento judicial todos os envolvidos buscam a decisão que comunica o resultado da participação de todos, que resulta consensual não no sentido de acordo, mas a garantia de que não foi apenas uma das partes que tomou a decisão, o que requer a adaptação do processo à assimilação da desilusão e ao aprendizado, enquanto que as decisões programadas condicionalmente, no âmbito da Administração Pública, decorrem sem desilusões, porque não se pode “[...] prever quais os processos que levam a uma desistência ou são frustrados”, (LUHMANN, 1980, p.170), isto porque a decisão administrativa comporta “[...] decisões como se não houvesse decepção, remetendo suas condições de possibilidade ao legislativo e ao judiciário.” (LUHMANN, 1980, p. 4).

A legitimidade da decisão tomada no âmbito do exercício da função administrativa, está no processo decisório e não na decisão em si, ou seja, está nas regras e nos princípios que definem a processualidade ativa da Administração Pública, porque é ela que cria a expectativa normativa de que haverá aceitação, ainda que existe sempre a possibilidade da não aceitação por alguns. São elas que definem a forma de agir – processualidade – e, também, os fins a serem alcançados e na hipótese da decisão – comunicação – ser ilegítima, existe no âmbito do próprio sistema administrativo regras e princípios que permitem a anulação ou revogação da decisão ilegítima. Se a decisão mantiver a frustração e não havendo mais possibilidade de revisão no âmbito administrativo, estabelece-se um conflito e, nesse caso, cabe ao sistema do direito decidir por meio de seus programas, porque “[...] a sociedade depende em grande parte de que seus sistemas válidos, em caso de conflitos, possam acionar o sistema jurídico.” (LUHMANN, 2016, p.212).

O reconhecimento da legitimidade da decisão jurídico-administrativa traz implícita a noção de segurança jurídica, visto que se a decisão foi tomada de acordo com as regras e os princípios que informam o procedimento decisório, cria-se a expectativa normativa de que a decisão é segura juridicamente, tanto é que o ato administrativo goza da presunção de legitimidade, assim como de resto, as comunicações decisórias no âmbito estatal, o que acaba por criar expectativas reflexivas. Por um lado, o Estado emite comunicações – decisões – através de seu processo decisório e, por isso, espera a aceitação da decisão pelo particular, porque legítima e o particular espera que a decisão estatal esteja de acordo com o processo decisório, que a legitima. O conceito de segurança jurídica se expressa através da probabilidade existente na expectativa, fundando-se na ideia de que o esperado será cumprido, dado que desde o momento em que se forma a expectativa, o valor segurança jurídica que não é deduzível do entorno, mas do próprio sistema, sob a forma de decisão, ainda que uma parte da segurança é absorvida pelo processo de ambiguidade da expectativa. (LUHMANN, 1998).

Nasce da expectativa a certeza do direito, que não se traduz em algo absoluto, mas provável, ou seja, a fé subjetiva de que existe a probabilidade do cumprimento das comunicações emitidas através dos processos comunicativos. Todavia, a segurança jurídica é operada por força da diferenciação entre codificação e programação do sistema jurídico, por isso, Luhmann entende que a segurança do Direito deve residir, antes de tudo, na certeza de que as comunicações selecionadas pelo sistema do Direito, sejam tratados exclusivamente pelo código do Direito – lícito/ilícito – e não por

qualquer outro não contemplado no sistema jurídico. (LUHMANN, 2005). Todavia, não basta o tratamento exclusivo pelo código do Direito, é indispensável que o processamento da comunicação selecionada pelo sistema do Direito, seja de acordo com os programas do Direito, que têm a dupla função, tanto de servir de apoio para a tomada de decisão, assim como a de criar expectativas, isto porque os programas intencionais fixam as consequências e as condições das ações esperadas e os programas condicionais definem as causas desencadeadoras de determinadas ações através de um esquema “se/então.” (LUHMANN, 1983).

Contudo, assim como a função administrativa, também a noção de segurança jurídica passou por diversos estágios, acompanhando as mutações modelares do Estado, desde o Liberal até o Democrático de Direito. Apesar de a noção de segurança jurídica estar atrelada, desde a sua origem, à noção de Estado de Direito, por lhe ser conatural, a noção surgiu em razão da necessidade humana para poder coordenar e organizar a vida social, por isso, considera-se, desde cedo, a segurança jurídica e a proteção da confiança, elementos constitutivos do Estado de Direito. (CANOTILHO, 2003, p. 257). Para Humberto Ávila, baseado no entendimento de Franz-Xaver Kaufman, a segurança jurídica passa a ter importância, quando adentra a dimensão axiológica social, não meramente comportamental, mas como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de determinada sociedade, como valor ou norma e o jurídico com a função de estabelecer o seu objetivo e o instrumento necessário para alcançá-la. (ÁVILA, 2016, p.122). Para Perez Luño, a segurança jurídica, influenciada pela filosofia contratualista e iluminista, converteu-se em pressuposto e função dos ordenamentos jurídicos no Estados de Direito, constituindo “[...] el factor primario que impulsó a los hombres a constituir una sociedad y un Derecho, o, dicho en términos racionales, lo que constituye el motivo radical y primario de lo jurídico.” (PEREZ LUÑO, 1994, p. 27).

Com a transferência do monopólio legítimo da força ao Estado, como forma política própria do mundo moderno, assim como a concentração da produção jurídica nas mãos do Estado, modificaram o centro de gravidade da segurança jurídica, ou seja, foi a partir do monismo jurídico moderno, que iniciou a coexistência entre o pluralismo ideológico e o individualismo crescente, que surge a segurança jurídica, sem prejuízo de precedentes antigos no Direito Romano. (PECES-BARBA MARTINEZ, 1990). A noção de segurança jurídica começa a permear os textos legais, a doutrina e a jurisprudência e, às vezes, foi tomada como sinônimo de boa-fé ou proteção à confiança, o que não é correto, apesar de pertencerem à mesma constelação de

valores. A boa fé é noção que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente; a segurança jurídica, é um conceito ou um princípio que apresenta, por um lado, natureza objetiva, envolvendo a questão dos limites à retroatividade dos atos jurídicos, ainda que legislativos; do Estado até mesmo, quando esses se qualifiquem como atos legislativos e, por outro, natureza subjetiva, que diz respeito à proteção à confiança das pessoas em face dos atos, procedimentos e condutas do Estado. (COUTO E SILVA, 2004).

Portanto, a segurança jurídica não se resume numa síntese unívoca e, neste sentido, é possível designar outro conjunto de ideias e conteúdos, como: “[...] a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade[...]; “[...] a confiança nos atos do poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade[...]; “[...] a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova[...]; a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados”; a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.” (BARROSO, 2005, p. 139-140). Essas ideias estão alinhadas com uma concepção de segurança jurídica abrangente, que transcende da certeza e segurança jurídica protetiva dos direitos individuais, para alcançar a proteção, a garantia e a concretização dos direitos fundamentais constitucionais.

Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, a segurança jurídica não é valor, é a qualidade de um sistema jurídico e a sua aplicabilidade, (ROCHA, 2009), para outros, todavia, constitui valor fundamental do Estado de Direito, que assegura certa estabilidade a determinadas posições jurídicas, (SARLET, 2009), porque a positividade do direito é uma das exigências dos valores segurança e certeza jurídicas, pois o motivo imediato não é a justiça, mas a segurança, ainda que o fim supremo do Direito seja a realização do valor do justo. (SILVA, 2009). É possível, ainda, atribuir à segurança jurídica um valor funcional, “[...] quando se entende que ela é portadora de um valor em si mesma.” (ÁVILA, 2016, p. 194). Do valor segurança é possível extrair da Constituição brasileira, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, um direito geral à segurança, marcado pela multifuncionalidade e complexidade inerente aos direitos fundamentais, e, também, algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica, que constitui um direito fundamental da ordem jurídica estatal. Apesar de não haver previsão expressa acerca do direito à segurança jurídica, no

texto Constitucional, está contemplado, por exemplo, no princípio de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, passando pela proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, além de outras garantias constitucionais. (SARLET, 2009).

É na positividade do Direito que está plasmada a segurança do direito, porque aquela é condição de possibilidade e, neste aspecto, encontra, na Constituição, o seu fundamento de validade (Kelsen), além de certas exigências de conteúdo e praticabilidade, buscando harmonização com o justo, planteado no princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual, a segurança do direito somente será legítima quando a garantia for para todos e na perspectiva do justo. Por outro lado, a compreensão de segurança jurídica num sentido amplo, tem o sentido de garantia, proteção, estabilidade nas relações e, também, de posições jurídicas, de acordo com o artigo 5.º da Constituição, (SILVA, 2009, p.17), o que leva a concluir que, para ter algum sentido, “[...] só pode mesmo se referir à segurança em toda a sua abrangência, inclusive como segurança jurídica, quer como segurança do Direito, quer como segurança pelo Direito.” (ÁVILA, 2016, p. 222). Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, ainda que ocorra mutabilidade legal, numa perspectiva subjetiva, sob os enunciados de que a lei não prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. (SILVA, 2009, p.17).

A centralidade do homem e os seus correspondentes direitos, plasmados na Constituição, atribuem ao princípio da segurança jurídica uma amplitude maior, que transcende aos enunciados do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Todo o cidadão, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, tem assegurado constitucionalmente, o direito subjetivo de exigir do Estado a proteção, garantia e a concretização material dos direitos fundamentais, de acordo com a natureza e a função que lhes estão reservados pela Constituição. Além disso, é imprescindível que o Direito assegure, também, a proteção da confiança na própria ordem jurídico-constitucional, ao exigir um patamar mínimo de continuidade do e no direito, com vistas a proteger as posições jurídicas individuais e, assim, não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, evidenciando conexão direta entre a boa-fé e a proteção da confiança, estabelecendo uma relação inequívoca com a noção de proibição de retrocesso. (SARLET, 2009, p. 95-98).

A despeito das mutações geradas pela evolução da função administrativa e da segurança jurídica, na relação entre o direito de propriedade, função administrativa e

segurança jurídica, é mantida a dicotomia entre o direito público e o direito privado, visto que o Código Civil não faz a devida conexão entre o direito de propriedade com a função administrativa e a segurança jurídica, como se o direito civil pudesse sobreviver de forma autônoma. É a realidade que impõe a presença implícita, porém, limitadora da função administrativa no Código Civil, quando, por exemplo, dispõe que o proprietário tem as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa, as quais devem estar em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, porque o exercício das faculdades está condicionado pelas regras da função de polícia, mas não como possibilitador do acesso, da proteção e do uso, o que traduz um silêncio eloquente das funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica na perspectiva conceitual jurídico-dogmático do direito de propriedade no Código Civil.

Baseado no que foi apresentado até o momento, sobre a segurança jurídica, é possível fazer conjecturas acerca da segurança jurídica dos direitos fundamentais implícitos do acesso, da proteção e do uso à propriedade imobiliária privada no Brasil. O Estado Democrático de Direito assegura o direito ao acesso à propriedade, de sorte que havendo obstrução a esse direito, poderá se valer do direito subjetivo e buscar a garantia junto ao Poder Judiciário. Como o direito de propriedade é um direito fundamental de natureza patrimonial, existe a garantia do próprio direito, a garantia de ter e direito, mas o cidadão não tem o direito subjetivo de reivindicar a concretização individual deste direito. Todavia, o valor segurança assegura ao cidadão o direito de reivindicar política pública que possa viabilizar o acesso à propriedade a todos os que necessitam e tenham interesse. Um dos possíveis consectários do direito fundamental à propriedade é o direito social à moradia, cujo tratamento, em termos de segurança jurídica, diferencia-se do direito ao acesso, porque este pode ser buscado individualmente, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

A proteção do direito de propriedade é inerente a todo ordenamento jurídico que garante o direito de propriedade, todavia, é possível observá-lo sob duas perspectivas: a proteção do direito de propriedade constituído e a proteção do direito à aquisição, que é o direito fundamental ao acesso, já referido. O direito fundamental ao uso do direito de propriedade é inerente ao próprio direito de propriedade, que está garantido constitucionalmente, desde que de acordo com as múltiplas funções da propriedade: social, ambiental e econômica. Apesar da consagração constitucional do direito à segurança e, também do princípio da segurança jurídica, ora pontual e em outras, implicitamente, não significa estabilidade absoluta do ordenamento jurídico, assim como não existe garantia absoluta da concretização dos direitos fundamentais, por

impossibilidades materiais, por exemplo, o que leva a legitimação de outro princípio, que é o do mínimo existencial, esse sim, oponível inclusive ao princípio da reserva do possível, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2009).

Na perspectiva sistêmica luhmanniana, a segurança jurídica reside na decisão conforme os programas jurídicos, ainda que haja o acoplamento estrutural entre o sistema econômico – responsável pelos programas econômicos de meio – e o sistema do direito – responsável pelos programas jurídicos. Isto porque a despeito das trocas recíprocas entre os dois sistemas, cabe ao sistema jurídico a função específica no sistema social, de promover a generalização congruente de expectativas normativas. Isto porque “[...]: o comportamento social em um mundo altamente complexo e contingente exige a realização de reduções que possibilitem expectativas comportamentais recíprocas e que são orientadas a partir das expectativas sobre tais expectativas”. (LUHMANN, 1983, p. 109).

5 DAS DIRETRIZES DE REVISÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO, PROTEÇÃO E USO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA PRIVADA NO BRASIL, A PARTIR DA TEORIA SISTÊMICA.

Os primeiros capítulos foram considerados teórico-instrumentais para a reconstrução de conceitos dogmáticos, com vistas à extração de diretrizes para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade. Agora, neste a abordagem tem como foco principal a reconstrução deles, a partir da Teoria dos Sistemas e a teoria da evolução dos sistemas sociais, os quais serão considerados como diretrizes, para visitar as políticas públicas antes referidas. Então o propósito é se valer dos conceitos dogmáticos de governança, regulação, segurança jurídica, poder de polícia, serviço público, infraestrutura e fomento público, para a construção de noções socialmente mais adequadas, como forma de demonstrar que a matriz sistêmica propicia a formulação de diretrizes para maior integração entre os diferentes mecanismos administrativos, na perspectiva de um regime jurídico sistêmico da propriedade. Os constructos dogmáticos têm por função estabelecer sentidos para o manejo de políticas públicas, porém com um sentido semântico restrito, o que não permite maior integração entre os múltiplos eventos que estão relacionados com o direito fundamental à propriedade, visto que a dogmática é uma metalinguagem que controla a tomada de decisão.

Os conceitos dogmáticos podem ser considerados como *scripts* em sentido mais restrito, que obscurece toda complexidade existente no encadeamento reticular que existe em cada regime jurídico de cada um deles. Para Luhmann, através de esquemas, também denominado de *script*, é feita a descrição “[...] de algo em calidad de algo, pero también de atribuciones causales que vinculan ciertos efectos con ciertas causas y con ello alientan los juicios morales, las conminaciones a actuar, las valoraciones.” (LUHMANN, 2006c, p. 432). Para Reck, os *scripts* são relações sociais, de causa e efeito, relacionadas com o todo e, também, com todas as operações, o que demonstra a complexidade e, por extensão, a natureza sistêmica, resultante do processo evolutivo. Assim, o regime jurídico é sempre uma espécie complexa de *script*,

construído socialmente, através de esforços conjuntos e contínuos da doutrina e da jurisprudência, passando por contínuos processos de aprendizagem. (RECK, 2016).

O sistema jurídico se utiliza de conceitos dogmáticos para se comunicar, como por exemplo, direito de propriedade, contrato de compra e venda, escritura pública, os quais são formas estandardizadas que determinam algo e por isso fazem sentido ao sistema jurídico e assim cristaliza juízos e condensa na memória, (LUHMANN, 2006b), que podem ser entendidos como roteiros institucionalizados e por isso inteligíveis. A função da dogmática é aumentar a liberdade no trato do texto e do contexto, o que [...] possibilita una toma de distancia también y precisamente allí donde la sociedad espera vinculación. (LUHMANN, 1983a, p. 29). Embora vinculado à norma jurídica, a concepção dogmática é interpretada diante do fato concreto, inserindo no sistema jurídico a incerteza, que é a alavanca para a evolução do sistema jurídico, visto que a dogmática define aquilo que é ou não juridicamente possível. “Así, la dogmática jurídica constituye el plano más elevado y más abstracto de las posibles determinaciones de sentido del derecho dentro del propio sistema jurídico.” (LUHMANN, 1983a, p. 34).

Assim, o regime jurídico da propriedade imobiliária privada é um *script* altamente complexo, mas que na dimensão dogmática, não revela toda a rede de conexões, políticas, jurídicas, econômicas, administrativas, entre outras, presentes no seu contexto. O regime jurídico do direito fundamental à propriedade imobiliária privada não é apenas um ponto singular, mas um processo que pode ser dividido em ciclos, que se observados na perspectiva sistêmica, ampliam a percepção acerca do conjunto de conexões existentes e isso pode contribuir para a construção de um conceito de propriedade socialmente mais ajustado, com repercussão nas políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso. O direito de propriedade, numa perspectiva processual é dividido em ciclos, que podem ser definidos como pré-requisitivo, aquisitivo e extintivo, elementos temporais para a reconstrução das diretrizes que vão servir de suporte para a construção de uma concepção sistêmica de propriedade.

O conceito dogmático de direito fundamental à propriedade imobiliária privada mantém conexões com vários *scripts*, dentre os quais, destacam-se, política pública, governança, regulação, segurança jurídica, serviço público, função de polícia ou ordenadora, infraestrutura e fomento público. Esses *scripts* são relações sociais, que se comunicam com todo o sistema jurídico do direito fundamental à propriedade Imobiliária privada e também com todas as suas operações, o que faz sugerir uma complexidade muito além daquela que o sentido dogmático de direito de propriedade pode significar.

Para Paolo Grossi, “[...] a ordem fundiária de um certo momento histórico é muito mais aquilo que circula invisível no ar daquele momento, do que aquilo que resulta inscrito entre os sinais sensíveis da paisagem agrária.” (GROSSI, 2006, p. 24).

Por isso, na sequência será feita a reconstrução desses conceitos dogmáticos os quais servirão de diretrizes para a elaboração sistêmica do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, no último subtítulo desse capítulo, com o propósito de demonstrar que o seu regime jurídico, no sentido teórico-dogmático, encobre uma multiplicidade de discursos exarados por atores públicos e privados viabilizadores do engajamento das ações relacionadas com o direito de propriedade e, também, as conexões que o sistema estabelece com o ambiente ao selecionar, processar e emitir comunicações, com repercussão na definição de seu regime jurídico.

5.1 Das diretrizes reconstitutivas das políticas públicas para a realização do acesso, proteção e uso do direito de propriedade, numa perspectiva processual.

Como referenciado no primeiro capítulo, a política pública traz consigo uma intencionalidade finalística para atender às finalidades constitucionais, por isso expressa uma racionalidade política. Assim, a “[...] política pública é uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público” (SECCHI, 2016, p.5). Neste sentido, também a definição de política pública adotada por João Pedro Schmidt: “política pública é um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político”. (SCHMIDT, 2018, p. 127). A institucionalização da política pública viabiliza a sistematicidade delas, estabelecendo o nexo de unidade entre os vários elementos que se fazem presente na ação governamental, sintetizando o paradoxo entre mudança e permanência, porquanto existe um movimento simultâneo no âmbito do governo, o qual procura dar às transformações caráter de permanência, que se consolida em estruturas e na organização jurídica estatal. No contexto da institucionalização, o arranjo de uma política pública é formado pelo marco geral de ação, no qual são identificadas as autoridades competentes, as decisões e o regramento das condutas comportamentais dos agentes envolvidos, protagonistas ou destinatários. (BUCCI, 2013).

Para Cristiane Derani, política pública é um “[...] fenômeno oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade. É fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais.” (DERANI, 2009, p. 131). Para Maria Paula Dallari Bucci, “[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 241). Pode ser conceituada, também, como o conjunto de programas de ações, políticas e administrativas, com o propósito de elaboração de plano de formulação, implementação e execução, com vista a alcançar metas através de resultados concretos, que o Governo institui para a resolução de interesse público, com provável, porém não exclusivo, foco na concretização de direitos fundamentais.

No modelo sistêmico, o Estado Democrático de Direito, confere autonomia à política e ao Direito, com base em códigos binários e programas próprios, reconhecendo-os como sistemas diferenciados funcionalmente e autopoieticos, a política como esfera da tomada de decisão coletiva vinculante e o Direito como esfera geradora de expectativas comportamentais generalizadas congruentemente. Assim, o Direito “modela” o exercício do poder político na perspectiva do que é lícito e do que não é, e, por outro lado, a política contribui para “modelar” o Direito porque ela, a política, tem a sua “matéria prima” informações que resultam de decisões políticas. (NEVES, 2006). Nesse contexto, a política pública é observada de modo complexo e não metafísico, envolvida numa trama de relações, que resulta do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico, o que nas palavras de Janriê Rodrigues Reck, parece ser adequado em face do constitucionalismo contemporâneo, que tem os Direitos fundamentais e a democracia como seus pilares estruturantes. (RECK, 2018).

Dentre os instrumentos que o Estado Democrático de Direito dispõe para a proteção dos direitos e das garantias fundamentais, estão as políticas públicas, que surgiram à medida que o Estado foi assumindo deveres de proteção social. A partir dos anos de 1930, começaram a ser construídos modelos de políticas públicas, apontados na bibliografia especializada, como: o sequencial ou do ciclo político *ou Policy Cycle* ; o modelo metáfora dos fluxos múltiplos *ou Multiple Streams Framework*; o modelo do equilíbrio interrompido *ou Punctuated Equilibrium Theory*; o modelo denominado de quadro teórico das coligações de causa ou interesse *ou Advocacy Coalitio Framework – ACF*, que sintetiza os melhores contributos das abordagens *top-down* e *bottom-up*

explicativas das políticas públicas, entre outros. Esses modelos de políticas públicas, chamados de tradicionais, construídos dogmaticamente, também são conquistas do processo evolutivo social, comunicados por sistemas sociais parciais, notadamente o político, jurídico, econômico e administrativo.

Através do conceito dogmático não se consegue observar toda a complexidade existente no ambiente, o que justifica a revisão do modelo de política pública visando aumentar a compreensão dos fenômenos sociais, dentre os quais, está o direito fundamental à propriedade privada e as suas garantias constitucionais e as políticas públicas. O propósito de revisar o modelo, sob o ponto de vista da dogmática jurídica, reside no fato de que a função administrativa é tida como instrumento típico de uma tecnologia, dado que atribui caráter abstrato às formulações jurídicas, vinculando-as ao direito posto e as transformando em instrumentos a serviço da ação sobre a sociedade. O pensamento tecnológico, contudo, é um pensamento fechado à problematização de seus problemas, por isso, suas premissas e conceitos básicos não podem ser tomados numa perspectiva problemática, mas apenas para cumprir sua função, que é a de criar condições para a ação, que no caso da dogmática jurídica, é “[...] criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos”. (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 93).

Da mesma forma o modelo tradicional de política pública tem uma característica tecnicista, como, por exemplo, o modelo sequencial ou de ciclos da política, de onde derivam os outros modelos tradicionais, além de apresentar como função a resolução de demandas setoriais, numa abordagem *top-down*, com alguma defasagem democrática. Apesar das mutações ocorridas a partir da vigência da Constituição de 1988, com a ampliação da participação democrática e o controle jurisdicional das políticas públicas, a formulação, implementação e execução delas ainda permanece vinculada à noção analítica-cartesiana, com base num arranjo institucional de uma política pública formado pelo marco geral de ação, no qual são identificadas as autoridades competentes, as decisões e o regramento das condutas comportamentais dos agentes envolvidos, protagonistas ou destinatários. (BUCCI, 2013).

Dogmaticamente a política pública é processada numa dimensão mecânica, produzida pela ação política e a institucionalizada juridicamente, sem que sejam observadas e mantidas as identidades de cada sistema, o que possibilita a sobreposição de um sistema sobre o outro, além de não esgotar todas as potencialidades constitucionais que podem informar a política pública. Além disso, outros eventos que se fazem presente e que poderiam permitir um alargamento da

abrangência qualitativa e quantitativa da política, são deixadas de lado. Todavia, isto é possível, através de uma abordagem sistêmica da política pública, em que as comunicações relacionadas com a política pública, são processadas por todos os sistemas sociais que se “irritam” com as comunicações lançadas no ambiente ou entorno, pelos demais sistemas sociais.

O desenvolvimento dos modelos de políticas públicas tradicionais foi se estruturando com base em pressupostos dogmáticos que, como referenciado anteriormente, obscurecem a observação de toda a complexidade envolvida no processo de tomada de decisões. Por isso, a redução de complexidade, com base nos modelos de políticas públicas tradicionais, é “engessada” por pressupostos intocáveis, além de serem formuladas, implementadas e executadas em perspectivas verticais e parciais. Também o direito de propriedade, no sentido clássico, fundado na ideia de poder do homem sobre a coisa, é outro exemplo, que omite a complexidade que se faz presente no processo que culmina com tal afirmação. Por isso, a proposição de reconstrução do modelo de política pública para a realização do acesso, proteção e uso do direito de propriedade, numa perspectiva processual, a partir de diretrizes da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com o propósito de revisionista.

O conceito de reconstrução é utilizado no sentido habermasiano, de modo que as garantias fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada imobiliária, através da reconstrução do modelo de política pública, a partir das diretrizes da Teoria dos Sistemas de Luhmann, podem ser aplicadas como comunicações mediadoras de determinados fenômenos sociais. Ainda que existe diferenciação entre o fundamento da teoria de Luhmann e a teoria de Habermas, pois, o primeiro adota a teoria sistêmica e o segundo a teoria do discurso. Para Jürgen Habermas, reconstrução significa a decomposição e recomposição de uma teoria “[...] em uma nova forma para que possa assim atingir o fim que ela mesma se pôs: esse é um modo normal (...) de se relacionar com uma teoria que, sob diversos aspectos, precisa de revisão, mas cujo potencial de estímulo (ainda) não se esgotou.” (HABERMAS, 2016, p. 25). A adoção do conceito habermasiano se justifica por ser um procedimento normal a ser aplicado sempre que uma teoria necessite de revisão, como é o objetivo da tese, em saber quais diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar as políticas públicas para o acesso, a proteção e o uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, assim como seu conceito?

Ademais, caso queira considerar a evolução social, é necessário refletir sobre as modificações na relação entre transformações na sociedade e transformações da teoria social as quais devem ser estudadas, sempre que a universalidade ou os alicerces da teoria social sofrem questionamentos. (LUHMANN, 2006c, p. 95-96). Por essa razão, ao se buscar a revisão do modelo de política pública, parte-se da noção de sociedade, que para Luhmann, é um sistema social complexo, formado por comunicações, que contribuem permanente e circularmente, para o processo evolutivo, que se caracteriza pela diferenciação entre sistema e ambiente ou entorno, no âmbito do qual coexistem os sistemas sociais parciais, que se identificam por meio de códigos binários, diferenciados funcionalmente, com base numa estrutura, cujos elementos são expectativas comunicacionais, que fazem a seleção de informações que lhes fazem sentido (comunicações contingências), através de abertura cognitivamente e as processam, através de programas operativamente clausurados, estabelecendo a autorreferência, condição para a autopoiese do sistema. (LUHMANN, 1983).

A política pública, na perspectiva da Teoria dos Sistemas luhmanniana, é uma conquista evolutiva no âmbito do Estado Constitucional com vocação social, no qual alcança o *status* de política sistêmica, porque compreende um complexo comunicativo de múltiplos elementos e sentidos, para diferentes situações pragmáticas. Assim, a política pública é uma unidade política, que se autorreferência enquanto fim e enquanto meio, portanto, um todo orgânico especializado, que “[...] faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e valores a serem alcançados.” (RECK, 2018, p.115). Ela resulta de uma trama de relações, oriundas do acoplamento estrutural entre sistemas sociais e, nesse sentido, pode ser observada como a decisão que se configura como comunicação produzida por organizações políticas, no âmbito de suas competências e tem como efeito importante e necessário a diferenciação funcional, por força da qual a política pública adquire identidade, o que lhe permite acoplar instrumentos como serviço público e o poder de polícia, no contexto do regime jurídico da política pública. (RECK, 2018).

A evolução da política pública pode ser explicada através da teoria da evolução, adotada por Luhmann, para o qual ocorre a ação conjunta de três mecanismos, que são: a geração de variedade, que se caracteriza pela superprodução de possibilidades, o que permite a diferenciação; seleção das possibilidades aproveitáveis através do processo, para efeito de tomada de decisões e, por fim, a manutenção e a estabilização, que pode ser traduzido pela solução dos problemas. Nesta perspectiva, a política pública adquire a sua identidade através de comunicações, funcionalmente

diferenciadas, presentes no ambiente ou entorno, que potencializam a estrutura do sistema política pública, resultando no código binário inclusão/exclusão, considerando que as políticas públicas têm por função a efetivação de algumas comunicações identificadas como direitos fundamentais, na Constituição federal e, para tanto, utiliza os seus programas – organizações e decisões – para processar as comunicações, que lhe fazem sentido, colhidas no entorno, para na sequência expedir novas comunicações recursivas e assim alcançar o status de sistema autopoieticos.

A política pública tem uma função estratégica na efetivação de alguns dos direitos fundamentais, por isso, cabe à Administração Pública planejá-las, elaborá-las, implementá-las e avaliá-las, tendo como vetor os direitos fundamentais. Na perspectiva processual, com base no referencial sistêmico, a política pública resulta do acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do direito, embora possam ocorrer, também, outros acoplamentos estruturais, como por exemplos, entre o sistema da política e o econômico, para viabilizar o financiamento de acesso à propriedade; entre o sistema do direito e o sistema administrativo, para formatar o instrumental necessário para a proteção e o uso da propriedade, dependendo sempre dos eventos que definem a abrangência quantitativa e qualitativa da política pública.

As demandas decorrentes do exercício do direito subjetivo público, aparecem no ambiente como comunicações que fazem sentido ao sistema da política, ao qual cabe produzir decisões coletivamente vinculantes, com base nas demandas fáticas, mediadas pela Constituição e o seu conjunto de princípios, objetivos, valores e direitos fundamentais. Destarte, somente o sistema da política pode expedir comunicações qualificadas como política pública, cuja decisão vincula toda a sociedade, mas ao se acoplar estruturalmente com o sistema do direito, as comunicações assumem a forma jurídica. O fenômeno do acoplamento estrutural entre os sistemas, faz com que as operações assumam uma unidade simbólica, que faz com que “[...] as operações de ligação entre processos, órgãos e decisões pareçam coerentes.” (RECK, 2018, p. 28).

Por isso, é possível relacionar o conceito de política pública com os dois tipos de programas jurídicos, pois, a noção de política pública pode ser vista como um programa finalístico, portanto uma decisão predominantemente política, mas que necessita de programas condicionais, decisões predominantemente jurídicas, para que o “[...] sistema possa gerar acoplamentos operativos “corretos” e, ao mesmo tempo, de uma conquista evolutiva da sociedade”. (RECK, 2012, p. 138). Cada sistema, em face da diferenciação, cumpre funções distintas, mas isso é insuficiente para assegurar expectativas normativas, estabelecer comportamentos sociais e compor conflitos. Além

das funções específicas de cada subsistema, eles “prestam serviços” aos demais subsistemas, cabendo ao Direito orientar comportamentos por meio da produção de liberdades artificiais, superando o entendimento de Hobbes, de que Direito caberia apenas proteger as liberdades naturais (LUHMANN), 2005, p.216).

A política pública é decisão a qual se configura como comunicação produzida pelo sistema político, através da tomada de decisões pelas organizações políticas, no âmbito de suas competências, tendo como efeito importante a diferenciação funcional, por força da qual a política pública adquire identidade, o que lhe permite acoplar outros instrumentos como, por exemplo, serviço público, poder de polícia, no contexto do regime jurídico da política pública. (RECK, 2018). É através das organizações políticas que a cidadania atua por si mesma, intersubjetivamente, produzindo um panorama emancipatório, tendo em vista que, nesse contexto, a cidadania pode estabelecer comunicações, como por exemplo, as que têm por finalidade a concretização de direitos fundamentais, através de programas jurídicos, finalísticos e condicionais, no ambiente complexo e contingente. (RECK, 2011).

Dessa forma, é possível inferir a política pública como resultado da tomada de decisões políticas com efeito vinculante para a sociedade, porém, é capital que ela promova acoplamentos com outros sistemas, como o sistema do Direito para assegurar expectativas normativas, com o sistema da Administração para a implementação e execução da política pública. Ademais, o sistema da política pública se acopla a outros instrumentos de gestão pública, como por exemplo, governança, regulação, serviço público, infraestrutura, função de polícia, entre outros. Após o desenvolvimento acerca da evolução do conceito de política pública, busca-se contruir uma diretriz de política pública, a partir da teoria sistêmica e da teoria da evolução, para o acesso, proteção e uso do direito de propriedade, tendo como premissa que na perspectiva processual ele compreende ciclos e, para cada um deles, existe(m) política(s) pública(s). Para tanto, far-se-á uma abordagem da política pública e a sua relação com os ciclos do direito de propriedade, que foram estabelecidos como pré-aquisitivo, aquisitivo e extintivo.

O conceito de direito de propriedade, como referido anteriormente, é uma conquista evolutiva que foi se construindo sob os impulsos e influxos da evolução da própria sociedade, cuja atualização se opera pela variação, seleção e estabilização e, assim, pode ser considerado um *script* utilizado pelo sistema do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, para se relacionar com o ambiente ou entorno. Todavia, a despeito da unidade na diferença que a concepção dogmática de direito de propriedade opera, a tutela positiva do direito de propriedade não é baseada

unicamente na dogmática tradicional, por isso, o conceito dogmático se acopla com outros instrumentos, como política pública, serviço público, governança fundiária, regulação, infraestrutura, poder de polícia e infraestrutura, entre outros. Mas isso ainda não é suficiente para demonstrar a complexidade relacional atrelada à noção dogmática do direito de propriedade, visto que também temporalmente, o direito fundamental à propriedade privada imobiliária, pode ser dividido em ciclos ou fases.

Na perspectiva evolutiva, o direito de propriedade somente passou a existir quando surgiram as condições comunicativas suficientes, leia-se complexidade, capazes de levar à formação do direito, com todos os seus pressupostos de existência, validade e eficácia. Contudo, paradoxalmente aquilo que existe também não existe, o que leva a deduzir pela possibilidade da extinção do direito. Destarte, temos uma fase que antecede a existência do direito, a fase da existência do direito e a fase subsequente à existência, ou seja, novamente a inexistência, mas que poderá recobrar a existência, desde que novamente se façam presentes as condições necessárias no ambiente, o que corrobora a noção de improbabilidade da comunicação, que pode estar relacionada com a compreensão, com a capacidade de compreensão ou, ainda, relacionada com os resultados pretendidos. (LUHMANN, 2006a). Contudo, uma coisa é a existência do direito reconhecido pelo sistema jurídico, outra coisa é o direito de propriedade ser de titularidade de alguém, situação que novamente se apresenta em ciclos, neste caso, o pré-aquisitivo, aquisitivo e o extintivo.

Por isso, é essencial inicialmente, explicar cada um desses ciclos e, na sequência, exemplificar por meio de algumas possíveis relações entre a política pública e os ciclos pré-aquisitivo, aquisitivo e extintivo. Explicar o porquê dessas relações com vistas à reconstrução do conceito-diretriz de política pública, o que permitirá fazer proposição à Administração Pública, com relação às políticas públicas de acesso, proteção e uso, adiantando que em face da hipercomplexidade do sistema ele se transforma e surge a opção de três sub-sistemas, do acesso, da proteção e do uso. Por isso, passo a tratar do ciclo pré-aquisitivo, esclarecendo, esse, compreende o espaço temporal, em que o ambiente ainda não produziu as condições comunicativas necessárias, para a concretização do direito de propriedade em favor de alguém. No mundo dos fatos um imóvel pode existir e o direito de propriedade sobre ele não, assim como pode existir o direito de propriedade em favor de alguém, sobre coisa futura. Pode haver a existência fática de um imóvel, o seu direito de propriedade constituído em favor de alguém, que tem a intenção de vendê-lo, mas a comunicação entre o proprietário e os interessados não é suficiente para concretizar o negócio jurídico. Pode

haver acordo comunicativo entre vendedor e comprador, em termos negociais, mas não existe comunicação suficiente entre o comprador e o agente financeiro, para viabilizar o empréstimo.

O ciclo aquisitivo é aquele que tem início com a constituição do direito de propriedade em favor do adquirente até o momento em que esse direito se extingui. Anota-se que nas hipóteses em que ocorrer derivação de direito, ao mesmo tempo em que ocorre a constituição do direito de propriedade em favor do adquirente se opera a extinção do direito em desfavor do transmitente, o que não acontece, quando se tratar de aquisição originária. Para que esse ciclo se concretize é primordial que o ambiente reúna todas as comunicações exigidas pelo sistema para a concretização do direito de propriedade em favor de alguém. Igualmente, o ciclo extintivo do direito de propriedade em face do titular do direito, somente vai se operar se o ambiente estiver munido de todas as comunicações para tanto. O que (in)viabiliza, os ciclos são as comunicações sociais que os sistemas psíquico e sociais conseguem estabelecer com o ambiente.

Após a diferenciação de cada ciclo, far-se-á a narrativa de possíveis conexões da política pública com os três ciclos. No ciclo pré-aquisitivo a conexão pode ocorrer através de estímulos no desenvolvimento de empreendimentos imobiliários (loteamentos, desmembramentos, incorporações, mutirões, etc.). Contudo, isto não é suficiente, porque os empreendimentos necessitam de segurança física e jurídica, o que pode levar à institucionalização de políticas públicas que estabeleçam padrões de segurança material, administrativa e jurídica. A segurança dos insumos utilizados nas obras pode ser assegurada por políticas públicas que estabelecem padrões via regulação de normas técnicas para os projetos e sua execução, regras para as relações de trabalho, disponibilidade de serviços públicos (acessibilidade, transporte, energia elétrica, telefonia, etc.). A segurança administrativa, está atrelada, por exemplo, às políticas públicas que instituem funções de polícia, urbanística, agrária, edilícia, ambiental, mobilidade urbana, infraestrutura, navegação aérea, entre outras. E, por fim, a segurança jurídica está afeita as políticas públicas para a instituição do instrumental jurídico para a constituição do direito de propriedade, como por exemplo, a legislação civil e, também, o serviço de registro de imóveis, que é o repositório dos imóveis juridicamente existentes.

O segundo ciclo, o aquisitivo, igualmente estabelece possíveis conexões comunicacionais com várias políticas públicas, notadamente a política pública tributária, com políticas públicas de serviços públicos, de fomento público, de regulação, de segurança jurídica, de função de polícia, entre outras. Isto se deve ao fato de a

Constituição determinar expressamente que a propriedade atenderá a sua função social, sem afastar a possibilidade extração de normas constitucionais acerca de outras funções, como a ambiental e econômica, embora o seu conceito dogmático ensejar a ideia de um regime jurídico de direito privado. Essas são apenas algumas das conexões possíveis neste ciclo, mas mesmo assim são amostras importante de quão complexo é o ambiente com o qual o sistema de direito fundamental à propriedade se comunica e precisa dar conta através de seus programas e se manter “saudável”, ou seja, operando de acordo com a sua capacidade operacional.

O terceiro ciclo, é o da extinção do direito de propriedade, que pode ocorrer, por várias causas, consoante disposição do artigo 1.275 do Código Civil, que podem ser: por alienação, pela renúncia, por abandono, por perecimento e, por desapropriação. A mesma referência feita nos comentários anteriores, vale para esse ciclo, ou seja, enquanto não se reunirem no ambiente as comunicações necessárias para a extinção do direito de propriedade, ele permanece existindo. Por exemplo, para que o proprietário transfira o direito que lhe pertence para outrem, todas as comunicações necessárias para tanto precisam se realizar e, nesta multiplicidade de conexões, existem as que possuem relação com políticas públicas, como por exemplo política pública de segurança jurídica, política pública tributária, burocrática, etc. Pode ocorrer, também, a extinção do direito de propriedade pelo fato de terem ocorrido comunicações omissivas, tanto do proprietário quanto do poder público como, por exemplo, na hipótese de imóvel tombado que não recebe a manutenção adequada.

A extinção do direito de propriedade pode ocorrer por força de políticas públicas sociais, como por exemplo, reforma urbana e reforma agrária, para viabilizar obras públicas, via desapropriação para fins de construção de rodovias, prédios públicos para funcionamento de serviços públicos. Além desses exemplos, outro, como a expropriação, prevista no artigo 243 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei federal n.º 8.257/91, no contexto da política pública de repressão à cultura de plantas psicotrópicas.

Portanto, cada ciclo é prenhe de uma multiplicidade de eventos comunicativos entre o sistema do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e as políticas públicas, porque o contorno e o conteúdo do direito de propriedade na vigência da Constituição é variável, de acordo com a função que ela deve atender. Nas palavras de Edson Luiz Fachin, o processo histórico de apropriação da terra desenvolveu-se de forma artificial, cujos contornos foram sendo adequado de acordo com as relações econômicas e sociais de cada momento e o grau de complexidade que atingiu

atualmente é um efeito da complexidade da própria sociedade. (FACHIN, 1988). Para Eugênio Fachini Neto, a propriedade é um direito subjetivo, que por um lado, assegura direitos ao proprietário e, de outro, impõe deveres e responsabilidades, por força dos quais o conteúdo fica condicionado pela funcionalização, alargando a esfera de direitos no interesse de terceiros, não proprietários. Contudo, isso não quer dizer que a propriedade é uma função social, nem que ela se tornou estatal, apenas que ela deixou de funcionalizar interesses exclusivos de seu titular. (FACCHINI NETO, 2018).

O reconhecimento constitucional do direito de propriedade privada, como um direito subjetivo, possui um enlace com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, que irradiam efeitos objetivos para os condicionamentos decorrentes da funcionalização do imóvel urbano e agrário, de acordo com as diretrizes da política urbana. Da política agrícola, fundiária e da reforma agrária, sem prejuízo de outras, como por exemplo, decorrentes da funcionalização ambiental. Por isso, se o conteúdo da propriedade imobiliária privada fosse exclusivamente privado, a conexão talvez se restringiria à política pública de função ordenadora ou de polícia, mas a partir da Constituição de 1988, com a rejeição à noção abstrata do direito de propriedade, o seu contorno e o conteúdo sofreram alteração, chegando “[...] à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.” (TEPEDINO, 2004, p. 316).

Deste contexto é possível reconstruir a noção de política pública e extrair a primeiro conceito-diretriz, que é a política pública, a qual pode ser descrita como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de políticas públicas, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões, com eventos da governança, da regulação, da segurança jurídica, do serviço público, da infraestrutura, do fomento, entre outros, que dão forma ao regime jurídico da política pública.

Se a política pública, na perspectiva sistêmica, caracteriza-se como um conjunto de eventos comunicativos, baseados em múltiplos discursos que organizam esses eventos, que se acoplam com outros instrumentos, como governança pública, regulação, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura e fomento, isso sinaliza que as Administrações Públicas precisam reconstruir, também, o modelo de formulação das políticas públicas. A migração do modelo setorial/vertical para um modelo intersetorial/horizontal, que promova a integração não apenas órgãos da mesma esfera estatal, mas também, órgãos públicos de outras esferas estatais, formando uma teia de

conexões para enfrentar as demandas públicas com maior integração e eficiência. A organização político-administrativo e a distribuição das competências, por força da adoção do princípio federativo, não oferece óbice porque as competências em razão da matéria estabelecem comunicações inevitáveis. A título de exemplo, os contornos do direito de propriedade são definidos pela legislação civil, cuja competência é da União – artigo 22, da CF –, mas o exercício do direito de propriedade está condicionado pela regulação das funções da propriedade, cuja competência é também dos dos Estados e dos Municípios.

Ampliando um pouco mais, a competência para legislar sobre desapropriação, águas, energia, informática, telecomunicações, serviço postal, diretrizes da política nacional de transportes, regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial, trânsito e transporte, entre outras matérias é, de acordo com o artigo 22, privativamente da União. Uma política pública municipal, com o propósito de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, de acordo com o artigo 30, VIII, da Constituição Federal, possivelmente vai se conectar parcial ou totalmente com as competências da União, acima referidas, entre outras não referenciadas, assim como competências dos Estados da Federação. Se a política pública for formulada numa perspectiva setorial e vertical, possivelmente se afastará da concretização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Para concluir, apresenta-se como exemplo de política pública com viés fortemente setorial e vertical, que é o Programa Minha Casa Minha Vida. Trata-se de um programa que tem o mérito de oportunizar o acesso à propriedade privada imobiliária para concretização do direito fundamental social à moradia, através de atividade de fomento público, mas ao mesmo tempo, pela ausência de uma integração estrutural e operacional com os Estados e Municípios, reforçou o modelo de distribuição da propriedade sem as necessárias condições para a o exercício da função social, como por exemplo, ausência de infraestrutura de mobilidade adequada, deficiência na prestação de serviços públicos e sociais, ausência de segurança pública o que permite a ocupação de unidades por agentes do tráfico de drogas e a consequente expulsão dos proprietários, conforme estudo desenvolvido pela Fundação Getulio Vargas e publicados na imprensa. (CARRANÇA, 2018).

5.2 Das diretrizes reconstrutivas de governança e regulação, para o acesso, proteção e uso do direito de propriedade.

A abordagem desse subtítulo tem como foco principal a reconstrução dos conceitos de governança e a regulação para o acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil. Isso se faz necessário, pois, a governança e a regulação, na perspectiva dogmática e, também, suas conexões entre Estado, sociedade e mercado, apresentam deficiências semântica-estruturais, em razão da complexidade social e das demandas relacionadas aos direitos fundamentais, nomeadamente, no âmbito do Estado Democrático de Direito. Todavia, como afirmado anteriormente, os *scripts*, têm a importante função de facilitar a comunicação, visto que têm um sentido institucionalizado, ainda que atualizado permanentemente de acordo com a evolução da sociedade. Em face disso, propõe-se a reconstrução de conceitos com fundamento na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, visando alocar diretrizes, que possam contribuir para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil.

Ambos estão relacionados com a noção de Administração Pública, embora o conceito de governança na esfera pública tenha a sua origem a partir de reflexões conduzidas pelo Banco Mundial, “[...] tendo em vista aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente”, (DINIZ, 1995, p. 400, *apud* GONÇALVES), e o conceito de regulação está relacionado à noção de Estado Regulador, adiantando que não se trata de sinônimo de regulamentação, porque deriva do termo *regulation*, que é muito mais amplo e qualitativamente distinto da expressão regulamentação. (JUSTEN FILHO, 2002, p. 16). Por essa razão, é indispensável contextualizar as respectivas conceituações e, por isso, far-se-á breve narrativa acerca dos principais modelos organizacionais de Administração Pública e as conexões com governança e regulação.

Cada um desses conceitos é uma conquista evolutiva, no âmbito da sociedade complexa e contingencial, forjados pelo processo evolutivo da Sociedade e seus sistemas sociais parciais da política, do direito, da Administração Pública, entre outros. A evolução, como referenciado anteriormente, decorre da ação conjunta de três mecanismos, que são a variação, seleção e estabilização e, nesse contexto, à medida que a variedade gerou a superprodução de possibilidades, complexificou o ambiente e potencializou a diferenciação e, conseqüentemente, foi estruturando a identidade de

cada sistema. É a partir da identidade que o sistema seleciona as comunicações que lhe fazem sentido e, processando-as, através de seus programas, emite novas comunicações recursivas e com isso alcança o *status* de sistema autopoiético. Assim, por exemplo, o sistema da Administração Pública seleciona, contingencialmente, as comunicações que lhe fazem sentido, localizadas ambiente ou entorno e as processa, emitindo permanente e circularmente, novas comunicações reestabilizadoras, materializando o processo evolutivo, que pode ser expressado em quatro modelos: o patrimonialista, o burocrático, o gerencial e o societal.

Todavia, à medida que o sistema da Administração Pública vai se hipercomplexificando, vão surgindo diferenciações internas e com isto vão se estruturando outros subsistemas, como é o caso da governança pública e a regulação. Cada uma deles, de acordo com a sua evolução, protagonizada pela complexidade ambiental e a capacidade de dar conta da seleção de informações e o consequente processamento interno, vai se acoplando com todos os outros subsistemas administrativos estabelecendo eventos comunicativos, de forma permanente e circular, não apenas no âmbito da gestão pública, como também em face de outros sistemas sociais com os quais se comunicam. A gestão pública também é uma aquisição evolutiva e ao longo do tempo foi se consolidando em modelos que evoluem permanentemente. O primeiro modelo de gestão pública, típico dos governos pré-capitalistas e pré-democráticos, caracterizava-se pela interpermeabilidade entre os patrimônios público e privado, ou seja, não havia diferenciação entre o patrimônio público e privado, o que somente veio ocorrer mais tarde. “Patrimonialismo, significa a incapacidade ou relutância de o príncipe distinguir o patrimônio público e seus bens privados. (BRESSER PEREIRA, 2005, p. 26). Esse modelo, foi instituído no Brasil, sob a perspectiva patrimonial, por Dom João VI, no início do século XIX, com a instalação do governo. (WILCKEN, 2010).

Para Raimundo Faoro, “O patrimonialismo, [...] fecha-se sobre si próprio com o estamento, de caráter marcadamente burocrático. Burocracia não no sentido moderno, [...], mas da apropriação do cargo – [...]”. (FAORO, 2001, p. 102). “A minoria exerce o governo em nome próprio, não se socorre na nação para justificar o poder, ou para legitimá-lo jurídica e moralmente”. (FAORO, 2001, p. 108). Na perspectiva sistêmica-evolutiva, no período em que esse modelo de gestão prevaleceu, ainda não estavam presentes os elementos necessários para a identificação do instituto da governança, dado que ainda não havia complexidade suficiente para a distinção entre interesse privado e público e, por consequência, a intervenção do Estado na propriedade e na

economia, assim como não havia elementos suficientes para a distinção entre regulamentação e regulação. O segundo modelo, burocrático, de dominação racional-legal, surgiu quando estiveram presentes alguns pressupostos, sociais e econômicos, que permitiram a diferenciação entre o público e o privado e, por consequência, um aumento quantitativo de tarefas administrativas, que contribuíram para a instauração de uma administração baseada na lógica burocrática, que tinha “[...] precisão, agilidade, univocidade, continuidade, uniformidade, otimização de recursos e previsibilidade são algumas das vantagens proporcionadas pela organização burocrática”. (OLIVEIRA, 2013, p. 21).

O terceiro modelo de Administração Pública, denominado de gerencial “[...] é um modelo normativo pós-burocrático para a estruturação e a gestão da Administração Pública baseado em valores de eficiência, eficácia e competitividade”. (SECHI, 2009, p. 354). As ações públicas e o controle delas, deveriam resultar de uma aproximação entre a sociedade e o Estado, através de parcerias, com foco em resultados, via descentralização de processos e delegação de poder. (OLIVEIRA, 2013). Para Bresser Pereira, a Administração Pública gerencial se caracteriza, pela orientação para o cidadão e para a obtenção de resultados, adota a descentralização e o incentivo à criatividade e à inovação, com o objetivo de responder às necessidades dos cidadãos e obrigada a prestar contas, com vistas a maior legitimidade os governos “[...] e uma reforma administrativa que ofereça os meios para se obter uma boa governança”. (BRESSER PEREIRA, 2005, p.36). Para José Matias-pereira, uma boa governança pública, está apoiada em quatro princípios: relações éticas; conformidade em todas as dimensões; transparência e prestação responsável de contas (MATIAS-PEREIRA, 2008).

Como referido anteriormente, a governança e a regulação são aquisições evolutivas, que foram se diferenciando ao longo da evolução dos modelos de gestão pública, cujas características básica estão postas, o que demonstra que os institutos sempre estiveram presentes, apenas as condições necessárias para o seu aparecimento não haviam se estabelecidos. A princípio, se tomarmos governança como sinônimo de responsabilidade pela gestão com o propósito de alcançar determinado resultado, pode-se dizer que a governança sempre esteve presente, assim como o instituto da regulação, se tomado como reguladora de comportamentos, também sempre esteve presente em todos os modelos organizacionais de gestão pública. Ocorre que de acordo com a teoria da evolução, a complexidade da sociedade as comunicações vão assumindo sentidos diferentes, porque a cada variação, seleção

e reestabilização, o conceito vai se atualizando, o que justifica que ambos os institutos têm hoje sentidos distintos daqueles que tinham no passado.

A Constituição, segundo Luhmann, é uma aquisição evolutiva e não algo dado num determinado momento, por algum evento, mas como reação à diferenciação entre os sistemas da política e do direito e suas respectivas funções e à consequente necessidade de religação entre eles, o que ocorre através do acoplamento estrutural entre os dois sistemas. (LUHMANN, 1996). No mesmo sentido, é o Estado Democrático de Direito e todo o seu conjunto de princípios, objetivos e direitos fundamentais, que têm um sentido diverso da noção de Estado Constitucional, sem que esse último tenha sido excluído do primeiro. São, portanto, os mecanismos de variação, seleção e estabilização, os responsáveis pela permanente atualização de sentidos semânticos, jurídico e político, às concepções envolvidas no Estado Democrático de Direito.

A semântica, nas palavras de Claudio Baraldi, é o patrimônio conceitual da sociedade, que em termos sociológicos, pode ser abordado como conceito de sentido e comunicação. No primeiro, a semântica pode ser definida como um conjunto de formas utilizáveis para a função de seleção dos conteúdos de sentido que surgem na sociedade ou o conjunto de premissas de sentido dignas de serem conservadas na sociedade e, como comunicação, pode ser definida como o patrimônio de ideias que têm importância do ponto de vista comunicativo. Um patrimônio semântico é constituído de várias formas conexas, através da seleção de conteúdos concretos que emergem em comunicações específicas, como resposta às exigências de relação entre as comunicações. Por isso, trata-se de e ideias utilizadas para a construção de concepções de mundo, ensaios de revista, teorias científicas, etc. “La evolución de la semántica es proporcional al desarrollo de los medios de difusión de la comunicación [...] y la mutación de la estructura de la sociedad.” (BARALDI, 2006, p.197). A semântica, na perspectiva sistêmica, compreende a atualização permanente dos conceitos através dos mecanismos que processam a evolução, variação, seleção e estabilização.

A ideia de governança já estava presente na compreensão do que vem a ser governabilidade, mas que em face das modificações estruturais e semânticas do Estado Democrático de Direito, a noção de governabilidade passou a ser insuficiente para concretizar o conjunto de valores e objetivos constitucionais. Governabilidade refere-se às condições sistêmicas do exercício do poder, como as características do sistema político, a forma de Governo, as relações entre os poderes, os sistemas partidários, o sistema de intermediação de interesses, entre outras; e governança está

relacionada à capacidade governativa, de ação estatal na implementação das políticas e na consecução das metas coletivas e os mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade. (DINIZ, 1996, p.12-13). Nas palavras de Marcus André Melo, o conceito de *governance* ultrapassa o marco do *modus operandi* das políticas, porque engloba questões mais amplas, como padrões de coordenação e cooperação entre atores sociais e está ancorado sobre o papel das instituições e do impacto da qualidade institucional de uma sociedade, porque a existência de instituições diminui os custos de transação, o que se traduz em ganhos para toda a sociedade.

Para o Banco Mundial, “[...] *governance* é definida como a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos econômicos e sociais tendo em vista o desenvolvimento” (World Bank, 1992). Portanto, existe *governança* quando um governo possui capacidade para criar e assegurar a prevalência de “[...] regras universalistas nas transações sociais, políticas sociais e econômicas, penalizando ou desincentivando o comportamento *rent seeking*, promovendo arranjos cooperativos e reduzindo os custos de transação”.(MELO, 1996, p. 69). O conceito de *governança* pode ser aproximada da ideia de bom governo e boa administração, porque no Estado de Direito é fundamental que governantes e administradores da coisa pública se habitem à prestação de contas sobre suas decisões e, sobretudo, porque “[...] El poder se ejerza desde da explicación, desde la razón, desde la luz, desde la transparência, desde la motivación e la posición que se tiene desde arriba. (RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, 2006, p.38). Para Juarez Freitas, boa administração é um direito fundamental que assegura a todo cidadão, uma Administração Pública fundada na cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2007).

Considerando a identificação da *governança* com a boa administração, quais seriam então as diferenças que fazem a diferença na *governança*? A *governança* possui sentidos distintos para o sistema da política, sistema do direito, da administração, da economia, o que levar ao entendimento de que ela corresponde a um conjunto de comunicações relacionadas à capacidade governativa, de ação estatal na implementação das políticas e na consecução das metas coletivas e os mecanismos e procedimentos para lidar com a dimensão participativa e plural da sociedade. (DINIZ, 1996, p.12-13). Mas como é possível diferenciar a *governança* de outros institutos relacionados a gestão pública? Com base na Teoria dos Sistemas, é possível afirmar que a diferenciação resulta da complexidade e se opera por meio de comunicações, visto que, à medida que a complexidade aumenta e o sistema não consegue dar conta,

as comunicações selecionadas começam a se diferenciar internamente, promovendo o surgimento de novos subsistemas no interior do sistema. Assim, no âmbito do sistema da Administração Pública, quando aumentaram os eventos comunicativos relacionados com a governabilidade, no sentido de gestão e coordenação, o subsistema da governabilidade não conseguiu mais dar conta e surgiu um novo subsistema, o da governança, com identidade, estrutura e programas próprios.

O surgimento de novos subsistemas mantém o sistema da Administração Pública “saudável”, porque mantém o equilíbrio, visto que cada um deles cumpre com as suas funções. Ainda, cada um desses subsistemas integrantes da Administração Pública acaba se acoplando aos demais, sempre que as expectativas sociais exigirem tais eventos comunicativos. Além disso, o sistema da governança se acopla com o sistema do Direito, dado que a governança é um discurso organizado e coerente, com vistas à boa Administração Pública, contudo, a expectativa gerada neste sentido pelo sistema da governança não assegura expectativas contrafáticas, que é função exclusiva do Direito, (LUHMANN, 1983), o que leva a deduzir que o Direito é um dos meios de organização dos engajamentos para as ações de governança.

No Estado Democrático de Direito, a governança, é dotada de mecanismos e procedimentos para lidar, também, com a dimensão participativa e plural da sociedade, de onde se deduz que a influência da sociedade por ela mesma ou parte dela, está compreendida na governança, o que acontece de forma consciente em face das escolhas dos instrumentos de controle social presentes na governança pública, destacando-se a *accountability*, definida como “[...] um atributo do Estado, enquanto controle social é um atributo ou qualidade da própria sociedade civil, que deve ser municada e habilitada para acionar os mecanismos de interpelação junto à gestão pública” (FERREIRA, 2006, p. 23).

Da noção de governança pública e a sua aproximação com os ciclos presentes no direito fundamental à propriedade imobiliária privada, talvez seja possível conjecturar de um subsistema de governança pública, que seria a governança fundiária. Todavia, não existe espaço para o desenvolvimento desse tema, mas de qualquer forma, vou exemplificar alguns eventos comunicativos entre a governança pública e os ciclos do direito de propriedade. O fundamento das comunicações entre os ciclos da propriedade e a política pública, também estão no texto constitucional, nomeadamente a partir dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, os quais irradiam comandos para todo o sistema jurídico, o que corrobora com a teoria sistêmica, visto que a base para as conexões está no texto constitucional. Conforme

referido anteriormente, o conteúdo da propriedade imobiliária privada está funcionalizado por comandos constitucionais, que impõe a intervenção democrática do Estado, com repercussão na governança pública, que se organiza e discorre através de atores públicos e privados.

Acerca do ciclo pré-aquisitivo é possível referir que a governança pública, do direito de propriedade, organiza os discursos entre os atores públicos (órgãos e entidades da Administração Pública indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tabelionatos de notas, registro de imóveis) e atores privados (proprietários de imóveis, associações de moradores, sindicatos, empreendedores imobiliários, corretores de imóveis, bancos privados, vendedores de insumos para construção, seguradoras, peritos, prestadores de serviços: engenheiros, arquitetos, advogados, técnicos, entre outros), impulsionados por demandas localizadas na sociedade e no mercado, cuja resolução impõe acoplamentos entre os instrumentos de gestão pública, como as políticas públicas, os serviços públicos, a infraestrutura, a função de polícia, a regulação, o fomento público, no qual cada um desempenha a sua função, mas que precisam de coordenação para aumentar a eficácia e a eficiência, cabendo, em linhas gerais, ao poder público a responsabilidade pela produção da infraestrutura e aos atores privados, a execução dos empreendimentos e a venda dos imóveis.

O segundo ciclo, o aquisitivo, que se caracteriza pela concretização da aquisição do direito sobre o imóvel, também se realiza caso haja uma coordenação de discursos e ações entre os diferentes atores, públicos e privados e seus respectivos instrumentos para atuação. Nesse ciclo, ocorre uma ampliação no conjunto de relações, formais e informais, incorporando outros atores públicos, como bancos públicos, prestadores de serviços públicos de energia elétrica, telefonia, escolas, hospitais, além daqueles que já faziam parte do primeiro ciclo, como as prefeituras, tabelionatos de notas, registro de imóveis e órgãos de regulação, entre outros. O negócio jurídico envolvendo a aquisição de um imóvel, visto de forma isolada, obscurece toda a realidade das relações e conexões, que vão muito além da relação jurídica entre o vendedor e o comprador, visto que sem a articulação entre os atores públicos e privados, cada um desempenhando o seu papel, na defesa de seus interesses, o direito de propriedade talvez nem chegaria a existir, o que em última análise, permite deduzir que todas as conexões e relações estão presentes no regime jurídico da propriedade.

A extinção do direito de propriedade, que corresponde ao último ciclo, a capacidade governativa para tanto, também requer relações de governança, entre

atores públicos e privados, para que os instrumentos possam ser manejados de acordo com os comandos constitucionais, ensejando a perda do direito de propriedade apenas nos casos por ela admitidos. É o caso típico da desapropriação para fins de reforma agrária, em que a União desapropria bens imóveis que não cumprem a função social, com base em parâmetros definidos por meio de regulação, com o propósito de fazer cumprir o mandamento constitucional da função social e, também, democratizar o acesso ao direito de propriedade, para efeitos de labor e moradia. Da mesma forma, o poder público pode desapropriar bens imóveis para viabilizar a produção de imóveis populares, com a finalidade de dar acesso ao direito e concretizar o direito social à moradia. Além desses exemplos, a extinção do direito de propriedade poderá decorrer da governança relacionada com a prevenção e repressão ao tráfico, produção e uso de entorpecentes.

Assim é possível concluir que a governança pública é uma diferença na diferença, ou seja, uma unidade sistêmica que se autorreferencia como meio e fim, formando um todo orgânico diferenciado, fruto do acoplamento estrutural entre os sistemas administrativo e jurídico, que se acopla com outros instrumentos de gestão pública com vistas à otimização da boa Administração Pública e tem no Direito um dos meios de organização dos discursos para o exercício da capacidade governativa, a despeito da existência de outros discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos para a organização dos engajamentos para as ações de governança, com a função de materializar o direito fundamental à boa Administração Pública, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, em face das escolhas dos instrumentos de controle social presentes na governança pública.

E desse contexto, é possível reconstruir a noção de governança pública e extrair o segundo conceito-diretriz que é a governança pública, a qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, porque potencializa as escolhas dos instrumentos de controle social presentes na governança pública, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de governança, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, regulação, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura, fomento que dão forma ao regime jurídico da governança pública.

Embora possível a observação sistêmica da governança pública, ainda existe um espaço a ser percorrido para alcançar uma gestão pública compartilhada entre atores públicos e privados, se torne mais eficaz. Dos princípios, objetivos e direitos

fundamentais irradiam efeitos protetivos tanto do interesse público como de interesses privados e, em face disso, oferece um conjunto de comandos para nortear aquelas situações em que o interesse público deve prevalecer, o que somente é possível diante de casos concretos, visto que a extração, em abstrato, do princípio da supremacia do interesse público em face do privado do texto constitucional, é discutível. Então, a despeito do tensionamento entre os interesses privados e o interesse público, a governança precisa ser entendida como um instrumento democrático de gestão pública, o que significa transparência, acesso à informação, desenvolvimentos de instrumentos de participação e controle social, porque se trata de uma ferramenta de mediação entre Estado, mercado e sociedade, em busca do necessário equilíbrio. Esse equilíbrio precisa ser construído de forma cooperativa, sem qualquer contaminação por fatores exógenos que tendem a desequilibrar a busca pela concretização do interesse público, como por exemplo, a corrupção.

É indispensável o controle social do poder autoritário da Administração Pública e do poder do mercado, através do empoderamento da sociedade, via instrumentos de participação democrática. Todavia, isso requer transformações comportamentais de todos os atores que integram a governança pública, o que requer a institucionalização de comportamentos que levem a uma atuação cooperativa e equilibrada. Na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann, os sistemas sociais podem modificar suas próprias estruturas pela evolução, pelo desvio da reprodução normal, de forma intencional ou não. O que se quer dizer é que os sistemas sociais envolvidos, sistema administrativo, sistema econômico e o sistema da política, podem apressar a evolução através de intencionalidades via planejamento, aumentando a complexidade, sem contudo assegurar o resultado evolutivo desejado, por força da contingencialidade que sempre se faz presente.

E quais seriam as diferenças que fazem a diferença na regulação? Parte-se do pressuposto que a ideia de regulação estava “contida” no conceito de regulamentação, mas que em razão da complexidade e da conseqüente evolução, acabaram por se diferenciar, embora mantenham conexão com a ideia de normatização. Nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, baseado em Ricardo Rivero Ortega, as transformações pelas quais o Estado passou afetaram, substancial e formalmente, “[...] a Administração Pública resultando, conseqüentemente, numa “metamorfose” do Direito Administrativo, em função dos novos fins que o Estado se propõe e das novas técnicas de que se utiliza”. (SOUTO, 2002, p.20). A regulamentação que possui natureza jurídico-político, não atende mais a todas as demandas da sociedade em face

da Administração Pública, em face do estágio técnico, que exigem expertise, nem sempre disponível na esfera política.

É nesse contexto que surge a regulação, conceito de natureza econômica, justamente para suprir essa demanda, tendo como função compatibilizar a eficiência econômica com a satisfação do consumidor. (SOUTO, 2000). A regulação, nas palavras de Francis, “[...] é a intervenção do Estado nas esferas de atividade privada, para realizar finalidades públicas”. (FRANCIS *apud* SOUTO, 2000, p.38), de onde é possível extrair a afirmação de que ela não tem como destinatário final, o consumidor em sentido estrito, mas o cidadão, titular de direitos públicos subjetivos ao serviço público, às políticas públicas, à infraestrutura, à função de polícia, ao fomento, com os quais acopla, estabelecendo condicionamentos técnicos a todas estes instrumentos de gestão pública.

Mas como é possível diferenciar a regulação de outros institutos relacionados com o poder normativo? Igualmente baseado na Teoria dos Sistemas, é possível afirmar que a diferenciação resulta da complexidade e se opera por meio de comunicações, visto que, à medida que ela aumenta e o sistema não consegue dar conta, as comunicações selecionadas começam a se diferenciar internamente, promovendo o surgimento de novos subsistemas no interior do sistema. Assim, quando o sistema da Administração Pública não conseguir dar conta dos eventos comunicativos com sentido técnico, surgiu um novo subsistema, o da regulação, com identidade, estrutura e programas próprios. O surgimento de novos subsistemas mantém o sistema da Administração Pública “saudável”, porque mantém o equilíbrio, visto que cada um deles cumpre com as suas funções, sem sobrecarregamento funcional.

Sempre que as expectativas sociais transcendem aquelas que a função de um sistema isolado pode oferecer, ocorre o acoplamento entre os vários instrumentos. Assim, é possível o acoplamento do sistema da regulação com todos os outros instrumentos sistêmicos de gestão pública e, além disso, o sistema da regulação se acopla com o sistema do Direito, dado que ela se caracteriza como um evento organizado e coerente, com vistas à boa Administração Pública, mas a expectativa geradas não asseguram expectativas contrafáticas, que apenas o sistema do Direito pode oferecer, (LUHMANN, 1983), o que leva a deduzir que o Direito é um dos meios de organização dos engajamentos para as ações do sistema de regulação. No Estado Democrático de Direito, a regulação, é dotada de mecanismos e procedimentos com dimensão participativa e plural da sociedade, de onde se conclui que a influência da

sociedade por ela mesma ou parte dela, está compreendida na regulação, o que acontece de forma consciente em face das escolhas dos instrumentos de controle social presentes na regulação.

A noção dogmática de regulação tem natureza econômica, sujeita a critérios técnicos, pois, procura suprir essa demanda, tendo como função compatibilizar a eficiência econômica com a satisfação do consumidor. (SOUTO, 2000). Compreende um conjunto de regras, de natureza administrativa-normativa, que tem a função de regular a economia, comunicando diretrizes para a eficiente implementação de políticas públicas, de serviços públicos, de infraestrutura, de fomento público, entre outros, o que permite inferir que a regulação é, também, instrumento para a materialização de direitos fundamentais. E para tanto, é um dos instrumentos da Administração Pública, cuja relação é multifacetada e dinâmica, o que se reflete em ambos os conceitos, que têm em comum, o que os aproxima e, ao mesmo tempo, o que os distingue, que é a transformação do Estado e da função que ele tem em face da vida econômica e social. (PECI, 2014, Kindle 973-976).

Nesse contexto, quem tem competência para expedir regras de regulação, no âmbito das organizações governamentais? As regras de competência para o exercício da função de regulação não estão definidas com a mesma densidade que as competências para efeitos de regulamentação, que têm sede constitucional, isto porque a função de regulação é infralegal, cuja competência pode ser definida por lei ordinária. Em face disso, as funções de regulação podem ser executadas tanto no âmbito da Administração Pública direta e indireta, notadamente, pelas agências reguladoras sob a forma autárquica, embora a função não seja exclusividade delas, visto que o Banco Central do Brasil executa função de regulação e não é agência reguladora, o que permite deduzir que existe ligação entre a função reguladora e as organizações governamentais.

Qual é a relação entre regulação e as atividades da Administração Pública? A regulação possui conexões com todas as atividades da Administração Pública, inclusive como reflexo do processo evolutivo do sistema administrativo, que antes do surgimento da regulação, algumas funções que hoje lhe são atribuídas, eram executadas no âmbito dos serviços públicos e a função de polícia. O serviço público, em sentido estrito, caracteriza-se no Brasil, como atividade material, que tem por função trazer comodidade ao cidadão e possuem natureza econômica, por isso, estão sujeitos à regulação, que estabelece padrões técnicos e econômicos para eles, o que demonstra a função auxiliar da regulação em face do serviço público. A função de

polícia tem por função compatibilizar o interesse privado com o público, notadamente no controle e fiscalização do uso de bens e exercício de atividades. A regulação não tem função de controle e fiscalização, mas tem uma função auxiliar, de assegurar que bens e serviços de interesse geral, não coloquem em risco o consumidor, o meio ambiente, através de normatização técnica. O ordenamento social compreende os serviços sociais do Estado, que visam a dignificação da vida humana e regulação estabelece regras relacionadas com o trabalho e a seguridade social, previdência, assistência social, saúde, educação, cultura, pesquisa, informação, preservação ambiental e desporto. (SOUTO, 2002).

O ordenamento econômico pode ser classificado em duas perspectivas: a intervenção do Estado na economia, quando o Estado atua como empresário e a intervenção do Estado sobre a economia, quando o Estado disciplina normativamente a economia. A conexão da regulação com o ordenamento econômico, passa pelo planejamento, que pode ser fonte para a regulação, pelo fomento que pode ser instrumento de regulação, assim como a regulação operacional, quando ocorre a exploração direta de atividade econômica. Ainda no âmbito do ordenamento econômico, através da regulação podem ser definidos critérios para o cumprimento da função social da propriedade, além de estabelecer critérios técnicos para a intervenção do Estado na propriedade privada. A regulação econômica em sentido estrito compreende a regulação para competição, regulação dos monopólios e as regulações setoriais de atividades econômicas. (SOUTO, 2002).

No universo das atividades estatais, relacionadas com a ordem econômica, estão também as políticas públicas, voltadas ao atendimento de demandas sociais, nas quais a regulação tem uma função importante, que é a de ordenar, qualificar e direcionar padrões, com a finalidade de qualificação delas. A regulação igualmente tem conexão com a governança, porque pode servir de instrumento para estabelecer regramentos técnicos com a finalidade de melhorar resultados, por exemplo, o que revela que a regulação é uma comunicação voltada às demandas sociais. Além disso, com fundamento no princípio da democracia e os seus desdobramentos, através de fórmulas de participação da sociedade na tomada de decisões em matéria de regulação, pode-se afirmar que através da regulação a sociedade atua, por ela mesma ou parte dela, de forma consciente. Da mesma forma que na política pública e na governança, os programas de regulação protraem no tempo e, além do discurso regulatório em sentido estrito, existem discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos.

Acerca do ciclo pré-aquisitivo é possível referir que a regulação, do direito fundamental à propriedade imobiliária privada, sugere a existência de uma regulação fundiária, que tem como função a regulação da produção de imóveis, a regulação da constituição do direito de propriedade, da proteção, do uso e da extinção do direito de propriedade imobiliária privada. Contudo, não existe espaço para o desenvolvimento desse tema, por isso a abordagem levará em conta o sistema da regulação em sentido amplo, cujos eventos comunicativos têm o seu fundamento no texto constitucional, nomeadamente a partir dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, que irradiam comandos para todo o sistema jurídico, corroborando com a teoria sistêmica. A regulação organiza os discursos regulatórios que vão condicionar as relações entre os atores públicos (órgãos e entidades da Administração Pública indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tabelionatos de notas, registro de imóveis) e atores privados (proprietários de imóveis, empreendedores imobiliários, corretores de imóveis, bancos privados, vendedores de insumos para construção, seguradoras, prestadores de serviços: engenheiros, arquitetos, advogados, técnicos, entre outros), e as respectivas ações de cada um desses atores, impulsionados por demandas localizadas na sociedade e no mercado, cuja resolução ordinariamente ocorre através dos instrumentos de gestão pública, referenciados ao longo do texto.

Para cada fase da produção de imóveis existe regulação, desde a fundação, passando pela estrutura, infraestrutura, hidráulica, energia, comunicações, prevenção, entre outros, que orientam e condicionam as ações dos profissionais habilitados, a análise e controle dos projetos, os padrões técnicos dos materiais de construção utilizados nas edificações, a execução das atividades, as relações trabalhistas, as normas técnicas sanitárias, médicas, ambientais, entre outras. Os documentos para o registro de imóveis devem atender a um conjunto de regras de regulação de diversos órgãos ou entidades, o próprio registro de imóveis deve observar as normas regulatórias do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, das Corregedorias-gerais dos Tribunais de Justiça dos estados da Federação. Fazem-se presente, também, a regulação de órgãos de classe, conselhos profissionais, entre outros, que contribuem para a formação da governança fundiária.

Além disso, para que o imóvel possa cumprir a multifuncionalidade que lhe cabe, à luz dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, precisa estar dotado de toda a infraestrutura urbanística, ambiental, viária, de serviços públicos, tais como transporte, energia elétrica, telefonia, escolas, hospitais, centros de lazer, etc. As obras de produção de imóveis estão condicionadas pela regulação das infraestruturas, dos

condicionamentos ambientais, do sistema viário, dos serviços públicos, da função de polícia, da segurança jurídica, entre outros. Assim, cada um desses institutos possui regulação, que condiciona a aprovação dos projetos, a execução das obras, a promoção das vendas e a aquisição do imóvel, que se integra no conjunto maior de comunicações no âmbito das políticas públicas e na governança fundiária.

O segundo ciclo, o aquisitivo, que se caracteriza pela concretização da aquisição do direito sobre o imóvel, também se realiza se houver a regulação para organizar os discursos necessários, dos atores públicos e privados, para levar a bom termo a aquisição. Por exemplo, a regulação dos conselhos profissionais, dos códigos de ética, do mercado financeiro, da atuação dos agentes financeiros, dos Ministérios e Secretarias de todas as esferas estatais; a regulação da formalização do contrato, das ações dos agentes financeiros, dos tabelionatos de notas, da atividade registral imobiliária, das atividades administrativas e os códigos de ética dos servidores públicos, a regulação das taxas, emolumentos e impostos. Por isso, a observação isolada da relação jurídica entre o vendedor e o comprador do imóvel obscurece toda a teia de relações e conexões condicionadas pela regulação, desde o momento da produção do imóvel até o momento da aquisição, que se amplia para a proteção e uso.

A extinção do direito de propriedade, que corresponde ao último ciclo, a capacidade governativa para tanto, também requer regulação para que a extinção seja de acordo com os comandos constitucionais. Nesse contexto, a regulação pode embasar políticas públicas, serviços públicos, infraestruturas, entre outros, que ensejam a perda de propriedade, como por exemplo a desapropriação para a reforma agrária, para construção de escolas, hospitais, abertura de rodovias. É através da regulação que o Governo federal estabelece os parâmetros de produtividade, o que define de forma objetiva, se o imóvel é produtivo ou não, para efeitos de destinação à reforma agrária. Através da regulação também são estabelecidos os padrões de ocupação do solo urbano, a taxa de ocupação, o índice construtivo, a incidência de tributos, entre outros, que pode auxiliar na tomada de decisão para a desapropriação com o propósito de fazer cumprir o mandamento constitucional da função social e, também, democratizar o acesso ao direito de propriedade, para efeitos de labor e moradia.

Além desses exemplos, a extinção do direito de propriedade poderá decorrer por expropriação, a partir de parâmetros definidores da utilização ou não de imóvel para fins de produção de plantas psicotrópicas, nos termos do artigo 243 da Constituição Federal. “As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem

localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.” (BRASIL, 1988).

Ao estabelecer a diferença da regulação, entre outras diferenças e os possíveis eventos comunicativos que a regulação pode ter com o ambiente, é possível concluir que existe uma narrativa interna e coerente possibilitadora da formação de uma identidade própria para o sistema da regulação, que se autorreferencia como meio e fim, formando um todo orgânico diferenciado, que pode ser observado, como um discurso exercido com fundamento no poder normativo, no âmbito das organizações governamentais, em conexão com as atividades da Administração Pública e, também, com os instrumentos de concretização dos direitos fundamentais e de outras demandas sociais. Tem no direito o meio para a organização das comunicações acerca da competência e, também, dos engajamentos para o exercício da função de regulação, através da qual, a sociedade atua, por ela mesma ou parte dela, de forma consciente, orientada não apenas pelo discurso regulatório em sentido estrito, mas também, por discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos.

A regulação tem como função materializar os princípios da ordem econômica e, nesse aspecto acopla com todos os outros instrumentos de gestão pública, compreendendo um conjunto de regras técnicas integradas por eventos comunicativos entre atores públicos e privados. Desse contexto, é possível reconstruir a noção de regulação e deduzir o terceiro conceito-diretriz que é a regulação, a qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos – regras técnicas – que se estabelecem entre atores públicos e privados, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, porque potencializa as escolhas dos instrumentos de controle social, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de regulação, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura e fomento que dão forma ao regime jurídico da regulação.

A regulação também é um instrumento de mediação entre Estado, mercado e sociedade, que encontra fundamento nos princípios, objetivos e direitos fundamentais,

de onde se irradiam efeitos protetivos tanto do interesse público como de interesses privados. Da mesma forma que a governança, a regulação também precisa ser entendida como um instrumento democrático de gestão pública, o que significa transparência, acesso à informação, participação e controle social, pois, trata-se de uma ferramenta de mediação, em busca do necessário equilíbrio entre os interesses envolvidos nas demandas públicas. A regulamentação não pode se fundamentar num tecnicismo acéptico, que se distancia do mercado e da sociedade, assim como não pode ser condicionada por fatores exógenos que tendem a desequilibrar a busca pela concretização do interesse público, como por exemplo, a corrupção.

É essencial o controle social do poder tecnicista da Administração Pública e do poder econômico do mercado, através do empoderamento da sociedade, via instrumentos de participação democrática, o que pode se concretizar através de transformações comportamentais dos atores que integram a regulação, o que requer a institucionalização de comportamentos que levem a uma atuação cooperativa e equilibrada. Na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann, os sistemas sociais modificam suas próprias estruturas pela evolução, por força do desvio da reprodução normal, que pode ser intencional ou não intencional. O que se quer dizer é que os sistemas sociais envolvidos, sistema administrativo, sistema econômico e o sistema da política, podem apressar a evolução através de intencionalidades via planejamento da regulação, embora não garante o resultado evolutivo desejado, por força da contingencialidade que sempre se faz presente.

5.3 Das diretrizes reconstitutivas para a segurança jurídica de acesso, proteção e uso do direito de propriedade.

Para Jaime Rodríguez-Araña Munhoz, o Estado de Direito é um Estado de Justiça, em que o exercício do poder deve estar de acordo com padrões e cânones formais substanciais e, neste contexto, o princípio democrático e o princípio da centralidade da dignidade da pessoa humana inspiram e explicam os conteúdos do Estado de Direito, porque funcionam como oxigênio ou a atmosfera para os processos de elaboração, aplicação e interpretação do Direito Administrativo. Nesse contexto, o princípio da segurança jurídica é um princípio básico do Estado de Direito, pois em razão de sua virtude, a aplicação do ordenamento jurídico é para todos e, sobretudo,

dota o tráfico jurídico de um ambiente de estabilidade, certeza e previsibilidade, que facilita a convivência harmônica e congruente. (RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, 2013). Nessa mesma toada, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que o Estado Democrático de Direito possui características conaturais, que o orientam no sentido de “[...] adotar providências aptas a assegurar o extremo fortalecimento da segurança jurídica.” (MELLO, 2013, p.42). Para Rafael Valim, o princípio da segurança jurídica, na perspectiva da segurança do direito, “[...] permeia o direito positivo, condicionando toda sua dinâmica”. (VALIM, 2013, p.74).

Feita esta abordagem introdutória, com o propósito de situar a segurança jurídica no âmbito do Estado de Direito, afirma-se que ela também é uma aquisição evolutiva que surgiu junto com o Estado de Direito e a Constituição, com a função de assegurar a “[...] garantía a las expectativas sociales que surgen en el plano de las conductas y de las acciones de los distintos sujetos; en otras palabras, tiene atribuida una función de orientación”. (SCHIMIDT-ASSMANN, 2012, p. 27). Contudo, muito antes do Estado de Direito, Aristóteles já afirmara que o homem, por sua natureza é um animal político feito para viver em sociedade e haveria um bem comum que une a todos. Ainda que assim não fosse, os homens se reuniriam só para pôr a vida em segurança. (ARISTÓTELES, 2006, p.53). A noção de segurança foi evoluindo até se positivar na primeira concepção na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, artigo 2.º, o qual dispõe: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.” e, na sequência, a Constituição francesa de 1793, traz no seu preâmbulo a inscrição: “A segurança jurídica consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades” (BARROSO, 2001, p. 50).

À medida que a sociedade foi se complexificando, foram surgindo novas necessidades e, também, novas opções para o atendimento dessas necessidades e uma delas, certamente é a segurança jurídica, visto que o homem necessita de segurança para conduzir a sua vida, porque sem ela não é possível planificá-la nem conformá-la autonomamente. Por isso, desde cedo os princípios da segurança jurídica e a proteção da confiança foram considerados como elementos constitutivos do Estado de direito. (CANOTILHO, 2002, p. 257). A segurança jurídica é “[...] uma condição estrutural de qualquer ordenamento jurídico.” Como fato é “[...] a possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou

comportamentos.” Como valor “[...] denota um *juízo axiológico* concernente àquilo que se julga bom existir de acordo com *determinado sistema de valores*” e, “[...] como norma-princípio, tem o sentido de prescrição normativa, dispondo “direta ou indiretamente, como algo proibido ou obrigatório.” (ÀVILA, 2016, p.124-127). Na perspectiva dogmática, a segurança jurídica, refere-se “a propriedades, a conteúdos, a processos, a métodos e a resultados que devem estar presentes para que o Direito possa ser instrumento garantidor dos direitos fundamentais.” (ÀVILA, 2016, p.122). Assim “[...] consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para a conservação de sua pessoa, de seus direitos e de sua propriedade.” (ARAÚJO; MOREIRA, 2010).

A segurança jurídica “[...] é um princípio causal dos atos humanos sociais, finalidade precedente, no tempo e em dignidade, dos bens particulares e a todos os meios que se dirigem à realização do fim comum.” (DIP, 2012, p.67). É um meio de realização das liberdades individuais, é um princípio funcional em relação a eles, por isso quanto maior a segurança, maior é o grau de liberdade e igualmente é a capacidade de o cidadão planejar o seu futuro de acordo com os seus ideais. Todavia, quanto maior a liberdade do indivíduo, menor será a liberdade dos outros indivíduos fazerem o mesmo. Isso porque se por um lado, a segurança é a ausência de riscos, por outro, a liberdade potencializa o aumento de riscos. (ÀVILA, 2011). Por isso a segurança jurídica se realiza numa relação de equilíbrio entre a liberdade e o bem comum, pois, ao assegurá-lo a todos, ao mesmo tempo, garante a dignidade humana, pela legitimação da autonomia privada.

O conceito de segurança jurídica é corrolário da evolução do Estado, da sociedade e do Direito, porque está atrelada às mudanças políticas, sociais, econômicas e jurídicas. Assim, quando se fizeram presentes as condições para a diferenciação, a segurança jurídica passa a “habitar” as Constituições modernas, como um de seus vetores teleológicos, protetivos dos direitos fundamentais, o que permite afirmar: sem segurança jurídica, não existe Estado de Direito. O Estado de Direito, em termos sistêmico-teorético, resulta, por um lado, da diferenciação entre o direito e a política e, por outro, da necessária interligação entre os sistemas, caracterizando “[...] o Estado de Direito como espaço de entrecruzamento horizontal de dois meios de comunicação simbólica: o poder e o direito.” (NEVES, 2006, p. 91). Antes da diferenciação entre os sistemas do direito e da política, o Estado de Direito “[...] era a um só tempo uma instituição de direito e uma instituição de responsabilidade política... [...]” (LUHMANN, 2016, p.327-328). Isso acarretava insegurança jurídica, dado que o

poder político ficava submetido às questões jurídicas e a jurisdição sofria interferências da política, o que levou o valor segurança jurídica a reivindicar o isolamento operativo do direito em face da política, assim como a razão política exigia isolamento político em relação ao direito. (LUHMANN, 2007, p.767).

Com a evolução e a conseqüente diferenciação entre os sistemas da política e do direito, o conceito de Estado de Direito permitiu a definição de duas perspectivas de *sentido contrário* como *unidade*, celebráveis como uma conquista da civilização, que são, a “[...] suspensão jurídica do poder político e a instrumentalização política do direito.” (LUHMANN, 2016, p. 333). Somente assim pode ocorrer a “[...] circulação dinâmica e generalizada de poder, afirmando-se autonomamente perante as pressões particularistas e os fatores imediatos do seu ambiente social.” (NEVES, 2006, p.89). O Estado de direito reconhece a relevância universal do direito para a sociedade e, neste sentido, serve de referência para todas as decisões políticas que vinculam coletivamente a sociedade. (LUHMANN, 2016). Isso, contudo, somente foi possível graças à clausura operativa de cada sistema, estabelecendo um relacionamento específico entre eles, em que o código lícito/ilícito passou a ser relevante no interior do sistema político, definindo quando o poder, que é a comunicação da política, é lícito ou ilícito.

Para Jürgen Habermas, somente na modernidade o poder político conseguiu se desenvolver como um poder fundado nas formas do direito positivo, o que contribuiu para a função do direito de estabilizar expectativas corporamentais, que seria a “[...] tarefa de uma jurisdição que elabora cientificamente o corpus jurídico, submetendo-o a uma sistematização e a uma configuração dogmática”. (HABERMAS, 1997, p. 182-183). Todavia, a realidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos está distante desse quadro, visto que o nível de insegurança jurídica assumiu um estágio dantes nunca alcançado. “Os termos “complexidade”, “obscuridade”, “incerteza”, “indeterminação”, “instabilidade” e “descontinuidade” do ordenamento jurídico servem para ilustrar tal momento”. (ÀVILA, 2016, 55). Contudo, isto faz parte do processo evolutivo da sociedade e seus sistemas parciais, dentre os quais, situa-se o sistema do Direito, que na perspectiva sistêmico-autopoiético, consegue processar, através de seus programas, toda esta complexidade, obscuridade, incerteza, indeterminação, instabilidade e descontinuidade, o que contribui para a diferenciação e, conseqüente, reconstrução da identidade do sistema de segurança jurídica. “La seguridad del derecho debe consistir [...], en la seguridad de que los asuntos, [...], se traten

exclusivamente de acuerdo com el código del derecho, y no de acuerdo com el código del poder o de cualquier outro interés [...]”. (LUHMANN, 2005, p.253).

A expressão segurança jurídica permite “[...] demonstrar que, a pretexto de se tratar de um mesmo objeto sob idêntica perspectiva, pode-se estar examinando diferentes objetos sob igual ou diferente ponto de vista.” (ÀVILA, 2016, p.129-130). Pode ser entendida, como segurança do direito, o que significa que para algo ser seguro, deve ter qualidades objetivas, como clareza e determinação, ou seja, um direito com segurança; pode ser entendida, também, como segurança pelo Direito, que tem o sentido instrumental, para assegurar outros direitos, como a liberdade, a propriedade, a igualdade; ou segurança frente ao Direito, em que oferece procedimentos para a defesa do cidadão em face de um perigo que deriva do próprio Direito; ainda, segurança jurídica ao amparo individual do Direito, no sentido de assegurar algo a alguém; segurança como um direito, no sentido de direito à segurança jurídica; ou segurança jurídica por meio de um direito subjetivo específico, como por exemplo, direito ao contraditório e, por fim, a segurança jurídica no Direito, o que denota a segurança como uma qualidade que o Direito possui. (ÀVILA, 2016, *passim*).

Ela somente se configura, quando vai além da dimensão psicológica individual e alcança a dimensão axiológica social, porém, não somente no sentido comportamental, mas como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objetivo ou como seu instrumento. (ÀVILA, 2016, p.122). O sistema psíquico se comunica com o ambiente e seleciona as informações que dizem respeito somente a ele, por isso, são os sistemas sociais parciais que selecionam as informações relacionadas com o direito, com a política, com a economia e assim por diante. Embora se possa dizer que a segurança jurídica é constitutiva do Direito, é básico ressaltar que ela é efeito do Estado de Direito, que tem a função de garantir as decisões políticas vinculantes, o que somente é possível através do Direito, que é o único sistema que tem a função de promover a generalização congruente das expectativas normativas, transformando complexidade desestruturada em complexidade estruturada (LUHMANN, 2006c, p. 47).

Ao transformar complexidade desestruturada em estruturada, o conceito de segurança jurídica vai se adequando socialmente, o que é demonstrável com a diferenciação entre as noções conceituais dogmáticas de segurança jurídica no Estado Liberal, passando pelo Estado Social até chegar no Estado Democrático de direito. A despeito da origem da segurança jurídica, fundada no direito positivo, ser a revolução burguesa, havia o reconhecimento pretérito de sua relevância a partir do Estado

moderno, que originou o Estado-nação por força do qual, cada Estado passou a garantir sua segurança através de suas próprias forças. O pensamento iluminista e a instauração do “Estado Liberal de Direito, com o propósito de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição.” (MARINONI, 2017, p.16). Assim o direito se tornou sinônimo de lei e o princípio da legalidade passou a se orientar por um silogismo lógico, afastando-se de qualquer valoração que pudesse pender para uma decisão justa. “O positivismo jurídico é solidário a essa concepção de direito, pois, partindo da ideia de que o direito se resume à lei [...], limita a atividade do jurista à descrição da lei e à busca da vontade do legislador. ” (MARINONI, 2017, p. 10). Seguro, portanto, era o que estava de acordo com a lei!

Foi a lei que estabeleceu os limites ao Estado, retirando dele o poder de intervir nos direitos fundamentais, como a vida, liberdade, propriedade, etc., o que representou a segurança jurídica dos cidadãos. Para Hobbes, o soberano detém o poder e a lei e os governados possuem a vida e a propriedade dos bens, cuja proteção fica a cargo do soberano. Assim, a propriedade deveria ser controlada pelo soberano, através de regras, por força “[...] das quais todo homem pode saber quais os bens de que pode gozar e quais as ações pode praticar, sem ser incomodado por nenhum dos seus concidadãos: é a isto que os homens chamam *propriedade*.” (HOBBS, 2014, p.153). Assim, por um lado, o cidadão tinha a garantia da não intervenção e, de outro, a proteção do ordenamento jurídico através de instrumentos jurídicos procedimentais e processuais para afastar o Estado daquilo sobre o qual não tinha interesse garantido legalmente. A segurança jurídica era formal e ao mesmo tempo paradoxal, visto que a lei protetiva era feita pelo mesmo Estado que estava impedido de intervir.

A concepção formal e individualista da segurança jurídica perde força a partir do século XIX, com a instauração do Estado Social de Direito, o qual acrescenta um novo ingrediente, que é o princípio da igualdade, aproximando a noção de segurança jurídica com os direitos sociais, em razão dos compromissos assumidos pelo Estado, deixando de ser um mero expectador e assumindo a condição de ator. Então por um lado, o não-intervencionismo foi mitigado e, por outro, a função social do Estado, do contrato e da propriedade transformaram a concepção de segurança jurídica individual. Se por um lado permanecia a proteção dos direitos individuais, por outro, o Estado passou a intervir na sociedade, na defesa do interesse público, definido pelo próprio Estado. Nas palavras de Paulo Bonavides, O Estado Liberal fundou a concepção moderna de liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas; o

Estado Social superou o Estado Liberal, mas se compadece tanto do totalitarismo quanto da democracia, significando intervencionismo, patronagem, paternalismo. (BONAVIDES, 2011, p.202-203).

Esses aspectos contribuíram para a sua decadência e o surgimento de um novo modelo, o Estado Democrático de Direito, que mantém primados dos modelos antecedentes, porém dotado de princípios estruturais, de objetivos finalísticos e direitos fundamentais, além de estreitar a relação com a sociedade através da democracia. Este quadro modifica a noção de segurança jurídica, dado que a proteção do Estado vai além das obrigações de não fazer, em face dos direitos individuais e, obrigações de fazer, em face dos direitos sociais. Amplia-se a esfera de direitos públicos subjetivo do cidadão, por lhe assegurar, também, a concretização de direitos fundamentais sociais, através de instrumentos protetivos jurisdicionais e assim a sociedade passa a gozar de garantias procedimentais e processuais no sentido de compelir o Estado a satisfazer os compromissos constitucionalmente assumidos. Ocorre um deslocamento da segurança jurídica, fundada na legalidade, para a constitucionalização do princípio da segurança jurídica e a sua elevação à direito fundamental, porque existe uma “[...] genética vinculação entre o direito à segurança social (aqui considerado como direito a um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade) e do direito à segurança jurídica.” (SARLET, 2004, p. 87).

Ainda, “[...] para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional”. (SARLET, 2009, p.90). Por ser um direito fundamental, encontra-se umbilicalmente vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica vai além da mera proteção de direitos individuais, mas implica à proteção de um complexo de direitos e garantias que protegem a pessoa contra qualquer situação que possa degradar a sua condição humana, garantindo-lhe as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, o que perpassa, inclusive, os direitos patrimoniais. Nesse contexto, a segurança jurídica implica certo grau de proteção a confiança do próprio indivíduo na própria ordem jurídica. (SARLET, 2009). A proteção da confiança, nas palavras de Odete Medauar, é um desdobramento da segurança jurídica, que vai além da proteção dos direitos já constituídos, mas alcança, também, os direitos em vias de constituição e, também, os compromissos assumidos pela Administração e que geraram esperanças fundadas. (MEDAUAR, 2005, p.117).

Para José Afonso da Silva, a segurança jurídica “[...] assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica”. (SILVA, 2009, p. 17). Neste sentido, a Constituição reconhece quatro tipos de segurança jurídica: a segurança como garantia, que compreende um conjunto de direitos que “[...] aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental [...]”; a segurança como proteção dos direitos subjetivos consiste no “[...] conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida[...]”, sintetizada no enunciado constitucional de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; segurança como direito social, consiste na materialização do princípio da dignidade da pessoa humana através da concretização dos direitos fundamentais sociais e a segurança por meio do direito, desdobrado na segurança do Estado e na segurança das pessoas. (SILVA, 2009, p.19-25).

No sentido subjetivo, a segurança jurídica “[...] concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.” (COUTO E SILVA, 2004, p. 274). É a segurança do direito de uma pessoa quanto à aquisição, modificação, eficácia e extinção dos direitos, especialmente quando ocorrer um choque entre direitos de titulares diversos, o que Pontes de Miranda chama de antinomia e dá um exemplo: “[...] é preciso que A seja seguro da propriedade que tem; mas também é preciso que C, que adquiriu de B a propriedade A, registrada em nome de B, seja seguro de sua aquisição”. (MIRANDA, 2000, p.193). E no sentido objetivo “[...] envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando esses se qualifiquem como atos legislativos.” (COUTO E SILVA, 2004, p.273).

Nas palavras de Humberto Ávila, do princípio da segurança jurídica decorre o princípio da proteção da propriedade, que envolve uma pretensão de durabilidade do direito através da proteção da esfera patrimonial do cidadão, no sentido de garantir a ele disponibilidade estável, porque intangível, do direito. (ÁVILA, 2009). Todavia, além da proteção do direito de propriedade contra intervenções indevidas e sem o atendimento aos pressupostos processuais, o direito de propriedade é alcançado também pelos efeitos que se irradiam dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, que ampliam a proteção ao direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil, nos seus desdobramentos fundamentais ao acesso, proteção e uso, em razão

do princípio da dignidade da pessoa humana e dos compromissos constitucionalmente assumidos.

Observando-se a evolução dos direitos fundamentais à propriedade e ao direito fundamental à segurança jurídica, pode-se conjecturar que no Estado Liberal, a segurança jurídica da propriedade tinha como foco o individualismo possessivo, através da garantia formal e estática do direito constituído, salvo hipóteses limitadas de desapropriação, assim como eventual tentativa de intervenção de terceiro particular. No Estado Social, em face da função social, a segurança jurídica perde o foco exclusivista de proteção do titular do direito de propriedade e passa a assegurar, também, direitos sociais, permitindo um alargamento das hipóteses de intervenção do Estado na propriedade privada e, no modelo do Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica vai além da proteção ao direito de propriedade e a concretização dos direitos sociais, pois, passa a se orientar pelos princípios, objetivos e direitos fundamentais, numa perspectiva horizontal, que assegura à sociedade direitos subjetivos públicos em face do Estado que potencializam as múltiplas funções da propriedade.

Da noção dogmática de segurança jurídica a sua aproximação com os ciclos presentes no direito fundamental à propriedade imobiliária privada, o fundamento dos eventos comunicativos relacionados com os ciclos da propriedade, também estão no texto constitucional, nomeadamente a partir dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, que irradiam comandos para todo o sistema jurídico, o que corrobora com a teoria sistêmica. Num certo sentido, a Constituição é a guardiã da proteção dos interesses públicos e privados, que tem no princípio da dignidade da pessoa humana, um de seus vetores. Ainda que seja patrimonial a natureza do direito fundamental à propriedade, existem eventos comunicativos que têm fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, outros no direito fundamental à propriedade, nas funções social, econômica e ambiental. A segurança jurídica compreende uma rede de eventos comunicativos, estabelecidos entre atores públicos e privados, orientados por concursos diversos, que vão além do jurídico, mas que contribuem para a evolução do sistema da segurança jurídica.

Acerca do ciclo pré-aquisitivo é possível referir que a segurança jurídica do direito de propriedade, organiza os discursos entre os atores públicos (órgãos e entidades da Administração Pública indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tabelionatos de notas, registro de imóveis) e atores privados (proprietários de imóveis, associações de moradores, sindicatos, empreendedores imobiliários, corretores de imóveis, bancos privados, vendedores de insumos para

construção, seguradoras, peritos, prestadores de serviços: engenheiros, arquitetos, advogados, técnicos, entre outros), impulsionados por demandas localizadas na sociedade e no mercado, cuja resolução impõe acoplamentos entre os instrumentos de gestão pública, como as políticas públicas, governança pública, os serviços públicos, a infraestrutura, a função de polícia, a regulação, o fomento público, onde cada um desempenha a sua função, mas que necessitam de segurança jurídica para assegurar as expectativas normativas contrafáticas.

O segundo ciclo, o aquisitivo, que se caracteriza pela concretização da aquisição do direito sobre o imóvel, somente se realiza caso haja uma organização de discursos e ações entre os diferentes atores, públicos e privados e seus respectivos instrumentos para atuação, visando a proteção jurídica. Nesse ciclo, ocorre uma ampliação no conjunto de relações, formais e informais, incorporando outros atores públicos, como bancos públicos, prestadores de serviços públicos de energia elétrica, telefonia, escolas, hospitais, além daqueles que já faziam parte do primeiro ciclo, como as prefeituras, tabelionatos de notas, registro de imóveis e órgãos de regulação, entre outros. A segurança jurídica observada apenas sob a ótica do negócio jurídico causal e do ato registral imobiliário obscurece toda a realidade das relações e conexões, que vão muito além da relação jurídica entre o vendedor e o comprador, visto que sem a articulação entre os atores públicos e privados, cada um desempenhando o seu papel, na defesa de seus interesses, o direito de propriedade talvez nem chegaria a existir, o que em última análise, permite deduzir que todas as conexões e relações estão presentes no regime jurídico da propriedade privada imobiliária.

Também em relação a extinção do direito de propriedade, que corresponde ao último ciclo, existem mecanismos de segurança jurídica que impedem a extinção do direito em desacordo com as hipóteses de perdimento da propriedade previstas no ordenamento jurídico. Portanto, qualquer intervenção do Estado que apenas tenha por finalidade estabelecer limites condicionantes ao uso e gozo, não pode sacrificar os direitos de disposição, uso e gozo, sob pena de extinguir o próprio direito de propriedade. A garantia do direito de propriedade está na segurança jurídica de que ele não será extinto fora das hipóteses estabelecidas no artigo 1275 do Código Civil, que são: a alienação, a renúncia, o abandono, o perecimento e a desapropriação. Ademais, sempre que a extinção do direito de propriedade ocorrer por força da intervenção do Estado, deve ser feita em consonância com o devido processo legal e a indenização de acordo com o estabelecido pela lei e pelo Direito.

Ao final, pode-se concluir que o princípio da segurança jurídica, em face do direito fundamental à propriedade privada imobiliária, concretiza-se através de um Direito seguro, que protege direitos (no plural) e oferece instrumentos para a defesa dos direitos (também no plural), orientado por dimensões axiológicas compatíveis com os princípios, objetivos e direitos fundamentais e se apresenta como generalização congruente das expectativas normativas, que transforma a complexidade desestruturada em complexidade estruturada, visto que estabiliza expectativas normativas e, por extensão, gera confiança no sistema do Direito. Por essa razão, o princípio, da segurança jurídica assume a condição de direito fundamental, por força da vinculação entre o direito à segurança individual e social, garantidor da dignidade da pessoa humana. Assim, a segurança jurídica vai além da proteção ao direito de propriedade e a concretização dos direitos sociais, dado que precisa estar sintonizada com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, numa perspectiva horizontal, por força do elemento democrático, que assegura à sociedade direitos subjetivos públicos em face do Estado que potencializam as múltiplas funções da propriedade.

De todo o exposto, é possível reconstruir a noção de segurança jurídica e deduzir o quarto conceito-diretriz que é a segurança jurídica, que se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de proteção jurídica, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, função ordenadora, serviço público, infraestrutura e fomento, que dão forma ao regime jurídico da segurança jurídica.

A despeito do instrumental jurídico existente, com vistas à concretização da segurança jurídica do direito de propriedade, com foco na proteção do direito constituído, existe um espaço em que a segurança pública está, no mínimo deficiente, que é em relação à segurança jurídica do direito fundamental ao acesso e seus desdobramentos. A Constituição Federal não assegura apenas o direito de propriedade, mas também o direito fundamental à propriedade, ou seja, a segurança jurídica de poder ter acesso ao direito de propriedade. Ademais, a segurança jurídica se estende também à necessária qualificação do direito de propriedade para que possa potencializar o uso com vistas à concretização de suas múltiplas funções. Para tanto, é fundamental que as Administrações Públicas formulem política pública de segurança jurídica que transcenda a proteção do negócio jurídico e do ato registral constitutivo ou declaratório do direito de propriedade, através do acoplamento da segurança jurídica

com a governança pública, a regulação, o serviço público, a função de polícia, a infraestrutura e o fomento, entre outros, para harmonizar o sentido da segurança jurídica com os princípios, objetivos e direitos fundamentais institucionalizados através da Constituição.

5.4 Das diretrizes reconstrutivas das funções administrativas de poder de polícia, serviço público, infraestrutura e fomento para, o acesso, proteção e uso do direito de propriedade.

A abordagem deste subtítulo tem o propósito de reconstruir as funções administrativas de poder de polícia, serviço público e infraestrutura, para o acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada. Reconstruir significa atualizar o sentido dessas funções administrativas, com a finalidade de apresentar diretrizes, a partir da teoria dos sistemas luhmanniana, que sirvam de instrumento para a revisão das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil. Os três institutos, assim como os outros que já foram abordados, também são aquisições evolutivas em razão das diferenciações que foram se formando com o passar do tempo e, por consequência, surgiram com suas respectivas funções, significando que no sistema da sociedade, cada um deles desempenha uma função distinta, a despeito das múltiplas conexões e discursos que organizam o engajamento das ações que correspondem a cada um, implementadas através de funções de natureza administrativa.

Cada um deles é identificado por um conceito dogmático, contudo, a dogmática encobre toda a complexidade existente, pois, simplifica o evento através de uma descrição do objeto e a sua relação com o sujeito. Por essa razão, reconstruir significa utilizar os elementos existentes e com eles construir uma adequação conceitual socialmente mais justa, através do esquema variação, seleção e estabilização, que orienta a teoria evolutiva na perspectiva sistêmica, por isso, a reconstrução é da própria sociedade como um todo ou parte dela faz, atuando por si, através de mecanismos participativos nas decisões tomadas no âmbito das organizações estatais, em que são exercitadas as funções administrativas no exercício do poder de polícia, do serviço público e da infraestrutura, a serem executadas pela Administração Pública, de acordo com as competências constitucionalmente instituídas. De acordo com as palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro, o poder de polícia confronta a autoridade da

Administração Pública e a liberdade do indivíduo, condicionando o exercício dos direitos de liberdade em favor do bem-estar coletivo. (DI PIETRO, 2016) A aparente incompatibilidade entre os direitos individuais e os limites impostos pelo exercício do poder de polícia é resolvida pelo paradoxo apresentado por Guido Zanobini, no sentido de que “[...] a ideia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”. (ZANOBINI apud DI PIETRO, 2016, p.153). Para Heli Lopes Meirelles, o poder de polícia é um dos poderes administrativos, baseado no dever-poder de agir, “[...] sobre todas as atividades e bens que afetam ou possam afetar a coletividade”. (MEIRELLES, 2018, p. 155).

Os vocábulos política e polícia, essa última adjetiva a função administrativa, etimologicamente derivam do latim *politia* e do grego *politeia*, utilizado para designar as atividades da *polis*, portanto, portanto relacionados com a organização da cidade ou do Estado. (DI PIETRO, 2016, p. 154; MOREIRA NETO, 2014; BINENBOJM, 2016). A *política* significava viver na *polis*, submetido a uma forma de governo, em que os problemas eram resolvidos por meio da persuasão e não por meio da utilização da força e da violência, enquanto que a *polícia* designava ações de governança em face da vida fora da pólis, através de poderes despóticos e incontrastáveis. (BINENBOJM, 2016, p. 27). O poder de polícia no Estado Absolutista se caracterizava como uma “[...] uma atividade eminentemente discricionária, subtraída à lei e regida pelas vicissitudes e circunstâncias do bem comum e da segurança pública”. (CAETANO, 1980, p. 1147). Com a instauração do Estado de Direito o poder de polícia evolui da sujeição à vontade do Monarca, para a submissão à legalidade, garantidora dos direitos individuais, por isso utilizado excepcionalmente com o propósito de assegurar a ordem pública, submetendo a Administração Pública à rule of law com o “[...] objetivo primeiro a *domesticação do poder de polícia*, por meio das formas jurídicas do direito administrativo”. (BINENBOJM, 2016, p.30).

Otto Meyer, administrativista alemão, definiu a noção do poder de polícia, como o exercício de uma potestade, exercida de forma autoritária, baseada na lei ou na chamada supremacia do interesse público, marcado, portanto, pelo timbre autoritário, pois para ele: “O poder de polícia consiste na ação da autoridade para fazer cumprir o dever, que se supõe geral, de não perturbar de modo algum a boa ordem da coisa pública”. (MEYER apud BINENBOJM, 2016, p.21). Para Cretella Júnior, o “*Poder de polícia é a faculdade discricionária da Administração de, dentro da lei, limitar a liberdade individual em prol do interesse público*”. (itálico no original) (CRETELLA JÚNIOR, 2006, p. 17). No Brasil por muito tempo o poder de polícia esteve “[...] a

serviço da doutrina da segurança nacional”, marcado pela “[...] subordinação do cidadão ao Estado e a seu poder[...]” e, também, pelo caráter inespecífico ou indefinido, aproximando o “[...] do postulado básico do Estado de Polícia, que é o de razão de Estado”. (BINENBOJM, 2016, p. 22-23).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o poder de polícia se concretiza através de atos normativos e concretos, com a finalidade de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ações de fiscalização, de prevenção, de repressão, impondo aos particulares obrigações de não fazer, com o propósito de conformar os comportamentos privados de acordo com os interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO, 2014, p.855). Para José dos Santos Carvalho Filho, a função de polícia é “[...] 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.” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 79). Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, o conceito moderno adotado pelo direito brasileiro, pode ser definido como: “Poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”. (DI PIETRO, 2016, p.155). Embora faça referência a atividade de poder de polícia, como atividade ordenadora do Estado, Lucas Rocha Furtado define o poder de polícia, como “[...] a atividade estatal cujo objetivo consiste em restringir ou condicionar a esfera de liberdade ou de direitos dos particulares em razão do bem-estar da sociedade”. (FURTADO, 2016, p. 575).

Contudo, como referido no terceiro capítulo, a Administração Pública não tem poderes, ela tem funções embasadas no poder estatal, com fundamento na lei e no Direito, assim como os Poderes Legislativo e Judiciário, também não têm poderes, mas funções. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a expressão poderes administrativos, onde o poder de polícia estaria contido, vem conotada a um equívoco classificatório e, além disso, uma visão defasada de Administração Pública, porque se denomina por sinédoque, o poder à sua decorrência, ou seja, o seu exercício. (MOREIRA NETO, 2014, p.138). Isso se deve, ao menos em parte, porque a noção de Administração Pública foi construída baseada numa visão autoritária extensiva da figura do Monarca e não em consonância com os princípios do Estado de Direito. A construção do conceito dogmático de poder de polícia no Brasil foi evoluindo, mas no geral ainda apresenta um viés de poder que a Administração Pública utiliza para limitar o exercício de liberdades, fundado no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, com

espaço para o exercício discricionário. Esse quadro começou a se modificar com a instauração do Estado Democrático de Direito.

A função ordenadora da Administração Pública, no Estado Democrático de Direito, é orientada, formal e substancialmente, para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a Administração Pública impõe obrigações de não fazer, limitando o exercício de atividades e a utilização de bens, ou impõe obrigações de fazer àquele que utiliza bens privados ou exerce uma atividade privada. A função de polícia, no atual estágio, vai muito além da intervenção na ordem econômica e social, com a imposição de obrigações negativas, visto que é também um instrumento de realização dos direitos fundamentais. Para Gustavo Binbenbojm, na atualidade o poder de polícia se apresenta como uma ordenação social e econômica, voltada teleologicamente para a conformação da liberdade e da propriedade, através de imposições do próprio Estado ou por entes não estatais, por meio de prescrições e induções, que têm o propósito de promover o desfrute dos direitos fundamentais e outros objetivos de interesse coletivo, definidos pela via democrática, de acordo com as possibilidades e limites estabelecidos pela Constituição. (BINENBOJM, 2016, p. 71).

Essas modificações estão baseadas em dois giros que impuseram mutações ao direito administrativo: o democrático-constitucional, que tem na centralidade dos direitos fundamentais e na democracia seus elementos estruturantes e fundamentos de legitimação, e, o giro pragmático e seus três elementos: antifundacionalismo, que rejeita pontos de partida, imutável, abstrato e atemporal; o contextualismo, que valoriza a experiência prática – social, política, histórica, econômica e cultural e, ainda, o consequencialismo, valoriza a noção das consequências que uma decisão administrativa pode produzir sobre a realidade, em que a noção de poder de polícia é substituída pela noção de direito administrativo ordenador. (BINENBOJM, 2016). Essas mudanças afastam a ampla discricionariedade, o fundamento na supremacia do interesse público e a mera limitação do exercício de liberdades, dado que a função ordenadora está fundada num conjunto de princípios axiológicos, objetivos e direitos fundamentais, de onde defluem obrigações para o Estado e para a sociedade, que atua por si baseada em múltiplos discursos que organizam todo o engajamento necessário para as ações que configuram a função ordenadora, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões. Ademais, a função ordenadora não se confunde com as outras atividades da Administração Pública, mas com elas se acopla estabelecendo conexões comunicativas integradas e permanentes, que acabam repercutindo na definição do regime jurídico da função ordenadora.

Assim, a função ordenadora compreende um conjunto de ações – comunicações – que no plano teleológico visam concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, nomeadamente naquilo que a esfera patrimonial pode contribuir, como por exemplo: no ciclo pré-aquisitivo, a função ordenadora, pode impor limitações ao uso do imóvel – recuo viário, faixas *non aedificandi*, padrão arquitetônico, número de pavimentos, habitabilidade, entre outros, mas pode, também, estimular a construção de imóveis em outros locais, como a hipótese de venda de índices construtivos. No ciclo, o aquisitivo, a função ordenadora não incide diretamente sobre a relação jurídica negocial, porque regida pelo Direito Civil, mas paralelamente pode repercutir, como por exemplo, a função ordenadora do Conselho de Corretores de Imóveis, condicionando a atuação do corretor e, por fim, o último ciclo, da extinção, a função ordenadora, limita e condiciona as hipóteses de perda da propriedade.

Destarte, a partir do exposto, é possível reconstruir a noção de função ordenadora e extrair o quinto conceito-diretriz que é a função ordenadora, a qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações do exercício da função ordenadora, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura, fomento que dão forma ao regime jurídico da função ordenadora.

Outra noção conceitual a ser reconstruída é o serviço público, porque também possui conexão com os direitos ao acesso, proteção e uso do direito fundamental da propriedade imobiliária privada e, por isso, servirá de diretriz para a reconstrução do conceito sistêmico de propriedade. O serviço público, igualmente, é uma conquista evolutiva, porque surgiu da diferenciação entre atividades públicas e privadas e, a partir da complexidade na esfera pública, diferenciou-se das atividades administrativas, normativa e jurisdicional e, à medida que a complexidade foi aumentando o serviço público se diferenciou de outras atividades da Administração Pública, como a função de polícia, a regulação, o ordenamento econômico e social e o fomento público. Na sociedade grega a palavra *liturgia*, aproxima-se da noção de serviço público, porque “[...] composta pelo adjetivo *leitos* (de *leos* ou *laos* = povo), e do substantivo *ergon*, que significa prestação de atividade. Deste modo, *liturgia* significava atividade prestada ao povo ou pelo povo, serviços prestado à coletividade ou mesmo serviço público.” [...] “As primeiras manifestações mais próximas das concepções contemporâneas foram os

serviços públicos municipais encontram seu esboço por volta do século X.” (JUSTEN, 2003, p.17).

A noção teórica de serviço público no Brasil foi influenciada pelo Direito administrativo francês, embora, como afirma Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico.” (GROTTI, 2017, p. 1). A Constituição brasileira refere inúmeras vezes o termo serviço público, serviços públicos, serviços, o que dificulta a extração de um sentido unívoco de serviço público da Constituição. Não existe nenhuma atividade que por sua natureza é definida, *a priori*, como serviço público, por isso a qualificação de determinada atividade como serviço público decorre do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. Trata-se, portanto de uma escolha política, juridicizada pelo sistema do direito, que lhe atribui os contornos jurídicos. Quando isso acontecer, a responsabilidade pela prestação é do ente federado competente, que pode executá-lo diretamente ou através de permissão ou concessão. Ademais, pode se deduzir, também, que o serviço público é atividade de natureza econômica, primeiro, porque o artigo 175 está locado no título da ordem econômica e financeira da Constituição; segundo, porque envolve alocação de recursos materiais, que comportam diferentes destinações, que podem ou não ser utilizados para a execução de serviços públicos. (JUSTEN FILHO, 2003).

A noção conceitual de serviço público apresenta várias concepções e a amplíssima tem sua origem na escola clássica de serviço público, de Léon Duguit e Jèze, que sistematizaram a teoria do serviço público, baseados na ideologia da III república francesa. Para Duguit, serviço público “[...] é toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante.” (DUGUIT *apud* GROTTI, 2017). Para Jèze, contudo, a concepção de serviço público era menos ampla, porque para ele, “[...] só existe quando os governantes decidem realizar uma atividade estatal mediante o procedimento de direito público.” (JÈZE *apud* GROTTI, 2017). Nesse aspecto, é possível referir que a evolução permitiu, também, a opção pelo mecanismo ideológico – separação Estado-sociedade – que reclama uma separação entre tarefas do Estado e tarefas da sociedade, mas para intervir em um certo campo o Estado necessita previamente declará-lo de sua competência, quer dizer, declará-lo público. (MEILÁN GIL *apud* GROTTI, 2017).

Nessa toada evolutiva da noção conceitual de serviço público, por um lado, vão estabelecendo diferenciações e, conseqüentemente, algumas atividades vão

assumindo identidades próprias e se afastando da noção de serviço público, como por exemplo, a função de polícia, as atividades relacionadas com o ordenamento econômico, fomento público, regulação, entre outras e, por outro, o modelo de Estado e de gestão pública, estabelecem os contornos da prestação dos serviços públicos e a forma de sua prestação, direta, através de órgãos ou entidades da Administração Pública indireta ou indiretamente, por meio de entidades privadas que atuam no mercado. No Brasil, alguns autores trabalham com concepções de serviço público em sentido mais ampliado como, por exemplo, José Cretella Júnior, para o qual serviço público é “[...] toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público” (CRETELLA JÚNIOR, 1983, p.495) e Hely Lopes Meirelles, que define o serviço público como “[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.” (MEIRELLES, 2018, p. 425).

Outros autores atribuem ao serviço público um sentido menos amplo, como por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o serviço público é toda atividade que traz uma comodidade material “[...] destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, [...], sob um regime de Direito Público [...], instituído em favor dos interesses definidos como públicos [...]”. (MELLO, 2014, p. 689); Para Alexandre dos Santos Aragão, os serviços públicos também são atividades prestacionais em favor de [...] indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.” (ARAGÃO, 2012, p.367-368). Para Marçal Justen Filho o serviço público é uma das atividades cometidas à Administração Pública que visa a “[...]satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, [...], destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público. ” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 688). E para Maria Sylvia Zanella Di Pietro serviço público é “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2016, p. 139).

As atividades jurídicas, relacionadas com a noção de segurança jurídica, são condição *sine qua non* para o desempenho das demais atividades sob

responsabilidade estatal, enquanto que os serviços públicos compreendem as atividades materiais que atendem “[...] à satisfação de necessidade não essenciais da sociedade, como são os interesses coletivos de fruição divisível, atendidos pelos serviços de utilidade pública, postos à disposição dos particulares.” (MOREIRA NETO, 2014, p.469). Nesse sentido, a concepção atual do serviço público tem uma noção funcional e pode ser conceituado como, “[...] a atividade administrativa assegurada ou assumida pelo Estado, que se dirige à satisfação de interesses coletivos secundários, de fruição individual, considerados por lei como de interesse público.” (MOREIRA NETO, 2014, p.470). Assim, a noção de serviço público se atualiza permanentemente, sempre que a concretização dos direitos fundamentais se operar por meio de atividades prestacionais, diferenciando-se de outras funções públicas, mesmo que contribuam para a viabilização da concretização dos direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo em que o serviço público se diferencia da função de polícia ou ordenadora, da política pública, da governança, da regulação, da segurança jurídica, da infraestrutura, do ordenamento econômico e do fomento, mantém com esses instrumentos de gestão pública, múltiplas conexões formando eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações relacionadas com o serviço público. Para efeitos de demonstração de possíveis conexões entre o serviço público e os direitos fundamentais implícitos, de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária provada, utiliza-se os ciclos da propriedade referidos na introdução. No primeiro ciclo, o pré-aquisitivo, é possível referir que o serviço público, organiza os discursos entre os atores públicos e privados, impulsionados por demandas localizadas na sociedade e no mercado, cuja resolução impõe acoplamentos entre os serviços públicos e os demais instrumentos de gestão pública, como as políticas públicas, governança, regulação, a infraestrutura, a função de polícia, o fomento público, onde cada um desempenha a sua função; no segundo ciclo, o aquisitivo, a conexão do serviço público se estabelece notadamente com a prestadores de serviços públicos, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte público, etc,. Por fim, no último ciclo, a extinção do direito de propriedade impõe também a desconexão – que é também uma conexão – com todos os acoplamentos e eventos comunicativos mantidos durante o período aquisitivo.

De todo o exposto em relação ao serviço público, é possível reconstruir a noção de serviço público para efeitos de extrair o sexto conceito-diretriz que é o serviço público, o qual sedescreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados

entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de execução do serviço pública, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, infraestrutura e fomento que dão forma ao regime jurídico do serviço público.

A infraestrutura é outra ideia que possui conexão com os direitos fundamentais implícitos de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade urbana imobiliária e, por isso, será reconstruído com a finalidade de torná-lo socialmente mais ajustado à realidade social e aos cânones constitucionais, com o propósito de utilizá-lo como uma diretriz para a construção sistêmica do conceito de propriedade imobiliária privada. Da mesma forma que todas as outras reconstruções, também a infraestrutura é uma aquisição evolutiva, que resultou da diferenciação com outros institutos da Administração Pública. A palavra infraestrutura tem diversos significados que vão se alterando de acordo com o foco no ramo do saber que a tem como objeto. Em linhas gerais, compreende a estrutura interna, composta de um aparato físico, tecnológico e humano – de uma organização que permite a utilização de bens e a execução de atividades que lhe competem. Nesse sentido, infraestrutura pode ser compreendida “[...] por um conjunto de equipamentos e serviços que são necessários para a criação e funcionamento de uma organização qualquer ou para viabilizar uma atividade econômica.” (FROES, 2006, p. 220). Por isso, trata-se de infraestruturas, no plural, que compreendem instalações essenciais e também artificiais, de natureza civil ou militar, “[...] mas de uso civil –, com nós e enlaces que acarretam o “efeito rede”, devidamente dimensionadas no tempo e no espaço, servindo como instrumento ao desenvolvimento econômico e social.” CARVALHO, 2014, p. 178). Quando os equipamentos e os serviços pertencem à organizações públicas, compõem a infraestrutura pública e, quando pertencentes à organizações privadas, a infraestrutura é privada, cujos fins são orientados, respectivamente, pelos interesses públicos ou privados, que a despeito da diferenciação, estão em permanente conexão e tensão. A conexão reside no fato de que a concretização de ambos os interesses, depende de um conjunto de comunicações interdependentes, construídas socialmente, através de múltiplos discursos, engajadores das ações privadas e públicas, enquanto que a tensão está locada na relação dever-poder, exercido pelo Estado *versus* garantias do cidadão, mediado pela Constituição federal, que potencializa o acoplamento estrutural entre os

sistemas da política e do direito, sem afastar outros possíveis acoplamentos, como por exemplo, entre a política e a economia, entre a política e a administração.

Na toada evolutiva a diferenciação entre interesses privado e público abriu espaço para novas diferenciações. Na esfera pública, por exemplo, pode-se inferir da diferenciação entre infraestrutura e outros institutos, como o serviço público, a função ordenadora, a governança, a regulação, a segurança jurídica, o fomento, entre outros. Além das diferenciações apontadas, convém uma breve abordagem sobre a classificação da infraestrutura pública com vistas aos eventos comunicativos com os direitos fundamentais implícitos de acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada. Em relatório sobre o desenvolvimento mundial em 1994, editado pelo Banco Mundial, aparece a seguinte classificação: infraestrutura econômica: obras de engenharia, equipamentos e instalações que servem à produção econômica e às famílias, no âmbito das quais estão compreendidos os serviços públicos de energia, gás encanado, telecomunicações, abastecimento de água, saneamento e esgotos, coleta e disposição de lixo; a infraestrutura de obras públicas, compreendendo represas, canais de irrigação e estradas; a infraestrutura de transportes, como ferrovias, transporte urbano, portos e vias navegáveis, e aeroportos e à infraestrutura social, relacionada à educação e à saúde. (BANCO MUNDIAL, 1994, p.14).

No plano normativo brasileiro, encontram-se nas disposições do Decreto n.º 6.144, de 3 de julho de 2007, que regulamenta a forma de habilitação e co-habilitação ao regime especial de incentivo para o desenvolvimento da infraestrutura-REIDI, instituído pela Lei federal n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, em seu artigo 5.º, classifica e nomina áreas de infraestrutura, da seguinte forma: I - transportes, alcançando exclusivamente: a) rodovias e hidrovias; b) portos organizados e instalações portuárias de uso privativo; c) trens urbanos e ferrovias, inclusive locomotivas e vagões; e d) sistemas aeroportuários e sistemas de proteção ao voo instalados em aeródromos públicos; II - energia, alcançando exclusivamente: a) geração, co-geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; b) produção e processamento de gás natural em qualquer estado físico; III - saneamento básico, alcançando exclusivamente abastecimento de água potável e esgotamento sanitário; IV - irrigação; ou V - dutovias. Também o Decreto n.º 8.874, de 11 de outubro de 2016, que regulamenta as condições para aprovação dos projetos de investimento considerados como prioritários na área de infraestrutura ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, para efeito do disposto

no art. 2º da Lei nº 12.431, de 24 de junho de 2011, apresenta uma nominata de setores de infraestruturas: logística e transporte, mobilidade urbana, energia, telecomunicações, radiodifusão, saneamento básico e irrigação.

Ademais todos os direitos sociais, previstos na Constituição dependem de infraestruturas públicas, sem afastar a co-instrumentalização por meio de infraestruturas privadas, algumas infranominadas e outras não, para a sua concretização, como por exemplo, a saúde, a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a assistência e previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, assim como para todos os demais direitos sociais previstos na Constituição, porque que eles têm uma função imediata, que é a dignificação da vida humana. Existem, também, as infraestruturas burocráticas em todos os níveis da Federação, que tem a função de instrumentalizar a segurança jurídica, a regulação, a governança, a função de polícia, entre outras. Por essas razões, é possível afirmar que as políticas públicas de infraestruturas públicas, ao lado dos serviços públicos, são responsáveis, em boa parte, pela concretização do princípio da igualdade, dado que o Estado tem o dever de evitar a segregação de grupos, pois, isso significa discriminação, o que é terminantemente vedado pela Constituição. As infraestruturas privadas e públicas, a despeito de sua diferenciação, ora atendem interesses distintos, ora se complementam.

Assim, infraestrutura privada tem como função atender a interesses econômicos de natureza privada, imediata e diretamente em favor de atores privados e, também, potencializar outras oportunidades econômicas, que geram outras atividades privadas, além de mediatamente desencadear ações governamentais, assim como políticas públicas, serviços públicos, regulação, governança, segurança jurídica, função ordinatória entre outras. Ainda, tem como função a geração de riqueza, convertida parcialmente em tributos, que contribuem para financiar a infraestrutura pública e parcela das atividades do Estado. Por sua vez, a infraestrutura pública, tem como função precípua a indução ao desenvolvimento econômico e social, “[...] indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.” (ONU, 1972). Isto porque, a concretização da dignidade da pessoa humana, considerada como principal núcleo irradiador dos direitos fundamentais, depende de ambas as infraestruturas, como por exemplo, a produção de alimentos e a geração de empregos pela infraestrutura privada, mas é a infraestrutura pública que tem a função de garantir ao

cidadão os meios necessários para que possa gozar dos direitos fundamentais de liberdade, dos direitos fundamentais sociais, entre outros.

A infraestrutura pública, nas palavras de André Castro Carvalho, pela sua relevância social, está relacionada com praticamente todas as áreas do conhecimento humano, por isso, é estudada pela engenharia, a física, a química, a economia, a arquitetura, a sociologia, a história, a geografia, o direito, entre tantas outras áreas científicas. Na seara jurídica, contudo a discussão é menos abrangente, porque basicamente se concentra nos debates sobre o regime jurídico das concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, porque são as formas de exploração da infraestrutura pública por entidades privadas e, com isso, estabelecem conexões com o regime jurídico da infraestrutura pública. (CARVALHO, 2014). Possivelmente isso se deve as mutações que ocorreram desde a década de 1990, quando parte da infraestrutura pública e também dos serviços públicos passaram à iniciativa privada, por meio de concessões e permissões, operando uma aproximação entre os regimes jurídicos de infraestruturas públicas e privadas e, também, uma aproximação do regime jurídico das infraestruturas privadas com o regime jurídico dos serviços públicos.

As conexões da infraestrutura pública com os diversos ramos do conhecimento humano é uma demonstração da evolução pela qual passou até o momento, ao se diferenciar da infraestrutura privada, além da diferenciação com outros institutos e atividades públicas. Todavia, a despeito da diferenciação em razão das funções que cada sistema possui, existem múltiplas conexões comunicativas entre as infraestruturas públicas e privadas e os bens públicos e atividades da Administração Pública. A partir desse cenário é possível referenciar algumas aproximações entre as infraestruturas públicas e privadas e os ciclos da propriedade imobiliária e, que acabam repercutindo no regime jurídico do direito fundamental à propriedade, em especial, nos direitos fundamentais implícitos de acesso, proteção e uso do direito de propriedade.

No primeiro ciclo, o pré-aquisitivo, é possível referir que os sistemas da infraestrutura pública e privada, organizam os discursos entre eles e os outros atores públicos e privados, que em face de demandas localizadas na sociedade e no mercado, estabelecem eventos comunicativos através de acoplamentos entre si e, também, com os outros instrumentos de gestão pública, como as políticas públicas, governança, regulação, serviços públicos, a função de polícia, o fomento público, no qual cada um desempenha a sua função; no segundo ciclo, o aquisitivo, as conexões dos sistemas da infraestrutura se estabelecem com prestadores de serviços públicos, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte público; com o sistema

burocrático, tributário, notarial, registral, entre outros. Por fim, no último ciclo, também necessita da organização de discursos entre atores públicos e privados, em que os sistemas das infraestruturas podem participar de eventos comunicativos com prestadores de serviços públicos, com políticas públicas, com segurança jurídica, função de polícia, fomento público, entre outras.

Assim, a partir do que foi exposto em relação a infraestrutura, é possível reconstruir sua ideia conceitual e defini-lo como o sétimo conceito-diretriz que é a infraestrutura à qual é descrita como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações instrumentais das infraestruturas públicas e privadas, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, serviços públicos e fomento que dão forma ao regime jurídico das infraestruturas.

O último conceito a ser reconstruído para efeitos de extração de mais uma diretriz para a compreensão sistêmica do direito fundamental à propriedade e os direitos fundamentais implícitos ao acesso, proteção e uso é o do fomento público. Da mesma forma que as outras reconstruções até aqui, o fomento público também é uma aquisição evolutiva, que por força da complexidade social foi adquirindo sentido, identidade e estrutura própria, o que se confirma através das palavras de Mariano Baena del Alcazár, no sentido de que a atividade de fomento estava contida no conceito de poder de polícia, que era subdividida em polícia de ordem e polícia de bem-estar, na qual estava inserida a noção de fomento. “Es decir, teniendo en cuenta que la policía era toda la actividad desarrollada por el Estado, una policía del bienestar, [...], identificable con el fomento, era toda la actividad del Estado, que no entraba dentro de la policía de seguridad.” (ALCAZÁR, 1967, p. 55). Trata-se de atividade promotora do bem-estar social, através de estímulos, auxílios, impulsos, incentivos e apoios, que podem ser públicos e privados. Nesse sentido, as palavras de Ramon Parada, para o qual, atividade de fomento é “[...] aquela modalidade de intervenção administrativa que consiste em dirigir a ação dos particulares de acordo com os fins de interesse público mediante a outorga de incentivos diversos.” (PARADA, 2004, p. 392).

O Estado brasileiro assumiu constitucionalmente os compromissos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

quaisquer outras formas de discriminação, o que vem corroborado pela ordem social, impondo intervenções no domínio social, que para Celso Antônio Bandeira de Mello [...] tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo fomento da atividade privada mediante repasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais. (MELLO, 2014, p. 833). Para tanto, o fomento público é uma das ferramentas para alcançar tal desiderato, visto pode se entender por fomento público social as ações desenvolvidas pelo Estado, através de recursos públicos, como por exemplo, infraestrutura pública e bens públicos, com o propósito de estimular particulares a assumir demandas de natureza sociais, que não são de competência e execução exclusiva do Estado. No plano normativo a exemplificação pode ficar por conta das Leis federais n.ºs 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e a criação do Programa Nacional de Publicização e a de n.º 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos ampliou o rol das atribuições do Estado, dentre os quais, o “[...] fomento como atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público.” (DI PIETRO, 2017, posição 689) O Estado utiliza de diferentes meios para operacionalizar o fomento público se [...] como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.) [...] (DI PIETRO, 2017, posição 711). Para a autora, o fomento está relacionado a concepção de Estado subsidiário, que adota o fomento como uma das espécies de parcerias, em que [...] existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos econômico e social, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, objetiva-se o lucro (DI PIETRO, 2017, posição 695).

O Estado Democrático de Direito e a assunção do compromisso democrático e social, deve a sua existência a duas vertentes, de acordo com as lições de Lucas Rocha Furtado. Para o autor, o modelo econômico está fundado nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e o modelo social e democrático, na concretização “[...] de princípios relacionados à função social da propriedade, à defesa do consumidor, à defesa do meio ambiente, à redução das desigualdades regionais e sociais, dentre

outros.” (FURTADO, 2016, p.639). Para o autor, essas vertentes levam a concluir que: primeiro, os agentes privados não conseguem, por seus próprios meios, concretizar os objetivos teleológicos do modelo democrático e social; segundo, por isso, “[...] somente com a efetiva participação do Estado, atuando em parceria com os agentes privados, é possível conceber políticas que busquem realizar os objetivos e princípios do Estado democrático e social definidos pela Constituição Federal.” (FURTADO, 2016, p.639). Para o autor, a atividade de fomento não se confunde com a de prestação de serviços públicos, pois, a prestação de serviço público consiste em uma atividade pública por meio da qual a Administração Pública põe utilidades à disposição da coletividade, enquanto que através da atividade de fomento o Estado busca interferir nas atividades desenvolvidas pelos particulares por meio de estímulos ou de vantagens concedidas. O fomento público compreende um conjunto de atividades que promovem a dignidade da pessoa humana, visto que numa concepção bastante ampla, podem ser identificadas várias áreas sociais que podem ser afetadas pela atividade de fomento, como por exemplo, redução das desigualdades regionais, preservação do patrimônio artístico, histórico e cultural, planejamento urbanístico, preservação ambiental, cumprimento da função social da propriedade entre outras. (FURTADO, 2016, p.643).

O fomento público é atividade da Administração Pública que se diferencia das demais atividades, cuja teleologia é modificar comportamentos por meio de incentivos ou desincentivos e, neste sentido o fomento é atividade administrativa interventiva “[...] no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando promover o desenvolvimento econômico e social.” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 676). O fomento da Administração Pública é definido também, como “[...] função administrativa, voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto, atuando com ausência de compulsoriedade para satisfazer indiretamente necessidades públicas.” (MELLO, 2003, p. 198).

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, trata-se de atividade de elevado valor, porque antecipa a realização do Estado de justiça, possibilitando a conciliação das conquistas da liberdade com as da dignidade da pessoa humana, para o qual, o fomento público é função administrativa de estímulo aos particulares e “[...] entidades, públicas e privadas, para que essas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade (MOREIRA NETO, 2012, p. 579). Considerando os conceitos de fomento público, extraídos da bibliografia consultada, parece não haver

dúvidas que no Brasil a atividade de fomento público é definida como atividade administrativa de estímulo a atores privados e públicos, nas esferas econômica e social, com o propósito de realizar os compromissos sociais assumidos pelo Estado, que tem como núcleo principal a dignidade da pessoa humana.

A evolução do Estado e da sociedade e o seu componente inafastável, a complexidade, operou a diferenciação inicialmente a diferenciação entre fomento público e privado e foi atualização do conceito de fomento público em confronto com as outras atividades da Administração Pública, mas que no plano teórico-dogmático encobre os múltiplos discursos e conexões que o fomento público estabelece com outros eventos presentes no ambiente. Por essa razão, demonstrar-se-á através de alguns exemplos, das possíveis conexões da atividade de fomento em cada um dos ciclos da propriedade, com vistas à reconstrução da noção de fomento público a partir da Teoria dos Sistemas de Luhmann, para servir de diretriz para a construção de um conceito sistêmico de propriedade.

No primeiro ciclo, que é o pré-aquisitivo, existem múltiplas conexões envolvendo o fomento público e o fomento privado, mas que a priori não podem ser identificadas na sua totalidade, todavia é possível fazer algumas referências a título de exemplificação. O sistema de fomento público organiza discursos com outros atores públicos e privados em face de demandas localizadas na sociedade e no mercado, por força dos quais, estabelece eventos comunicativos através de acoplamentos com os outros instrumentos de gestão pública, como as políticas públicas, governança, regulação, serviços públicos, a função de polícia, infraestrutura, entre outros, onde cada um desempenha a sua função; no segundo ciclo, o aquisitivo, as conexões do sistema de fomento se estabelecem com prestadores de serviços públicos, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte público; com os sistemas financeiro, burocrático, tributário, notarial, registral, entre outros.

Por fim, na extinção do direito de propriedade o fomento público também pode contribuir na organização de discursos entre atores públicos e privados, participando de eventos comunicativos com prestadores de serviços públicos, com políticas públicas, com segurança jurídica, função de polícia, fomento público, entre outras, com os sistemas financeiro, burocrático, tributário, notarial, registral, entre outros, especialmente nas hipóteses de políticas públicas de fomento, em que a Administração Pública se utiliza da desapropriação para retirar unilateralmente o direito de propriedade, mediante contrapartida, para a realização de demandas públicas. A partir do que foi exposto em relação ao fomento público, é possível reconstruí-lo e indicá-lo

como o oitavo conceito-diretriz que é o fomento público, o qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações instrumentais de fomento público, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, serviços públicos e infraestrutura que dão forma ao regime jurídico do fomento público.

Concluída a reconstrução dos conceitos de poder de polícia, serviço público, infraestrutura e fomento, baseada na Teoria dos Sistemas e na teoria da evolução, os quais são qualificados como conceitos-diretrizes, assim como os outros que também servirão para a reconstrução da compreensão sistêmica do direito de propriedade, far-se-á algumas proposições para cada um dos instrumentos de gestão pública, trabalhados nesse subtítulo. O poder de polícia, a despeito de ser uma função administrativas tradicional, que tem como finalidade compatibilizar o interesse privado e o público, nomeadamente na execução de atividades e utilização de bens, nem sempre tem sido eficiente na matéria relacionada com o direito fundamental à propriedade e os seus ciclos. Por isso, impõe-se uma atividade de polícia mais eficiente e eficaz no controle nas atividades decorrentes das relações laborais, porque de acordo com o Anuário Estatístico da Previdência Social de 2017, publicado em 22 de novembro de 2018, o número de acidentes de trabalho na construção civil é um dos mais altos, (AEPS, 2017); uma atividade de polícia mais eficiente e eficaz em relação à qualidade das construções, notadamente para as camadas econômica e socialmente mais defasadas, visto que numa fiscalização feita pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) foram observados defeitos em 56,4% das unidades da amostra visitada, (CGU, 2017).

É preciso tornar mais efetiva as atividades de polícia relacionadas às matérias urbanística e ambiental, para evitar ocupações irregulares do solo urbano, a aprovação e execução de empreendimentos imobiliários em locais degradados ambientalmente ou a execução de empreendimentos urbanísticos e imobiliários em locais que não suportam o impacto ambiental ou, ainda, que provoquem danos ambientais acima do tolerado. A atividade de polícia precisa ser mais eficiente e eficaz no controle da poluição do ambiente social, nomeadamente, do uso de agrotóxicos na produção de alimentos, que além dos malefícios alimentares danificam o solo, retiram a qualidade do ar e contaminam a água potável; maior fiscalização e controle no uso da terra para

fins agrários e proteção dos mananciais e outras riquezas ambientais que precisam ser preservadas, à luz do princípio da sustentabilidade, que é instrumental em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Propõe-se, por essas razões e outras que poderiam ser apresentadas, que as Administrações Públicas elaborem uma política pública de função de polícia, transversal, envolvendo cada uma das esferas estatais, intersetorial, sistêmica, acoplada à governança pública, aos serviços públicos, à infraestrutura, à segurança jurídica, entre outros possíveis e necessários, com o propósito de tornar mais eficiente as políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade. A proposta é sistêmica e envolve todas as atividades de polícia, de competência de todos os entes federados e relacionadas com os ciclos da propriedade, cuja operação, ainda que através de vários subsistemas de polícia administrativa, será então horizontal e não vertical, compreendendo todas as ações decorrentes da função de polícia e relacionadas às matérias que possam repercutir no direito fundamental à propriedade imobiliária privada. O acoplamento entre sistemas e subsistemas de função de polícia aumentará a variedade de informações e, por extensão a complexidade, mas ao mesmo tempo aumentará a probabilidade de tomadas de decisões com maior eficiência e eficácia.

Igualmente o serviço público é uma das atividades administrativas inerentes ao próprio Estado e a Administração Pública, que se caracteriza pela prestação de atividades, sob responsabilidade pública, que possuem a finalidade de aumentar a comodidade e o bem-estar dos cidadãos. Ao se fazer a relação do serviço público com o direito fundamental à propriedade, na perspectiva de se tratar de um direito fundamental que pode contribuir para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, constata-se que nem sempre os serviços públicos são eficientes e eficazes o suficiente para tanto. É notória a ausência e a deficiência de serviços públicos de saneamento, de energia elétrica, de transporte público, saúde, educação, entre outros em grande parte das cidades brasileiras, notadamente as periferias, assim como em áreas agrícolas, com repercussão nos ciclos da propriedade, conforme referido anteriormente. Existe uma fragilidade de acoplamentos entre o serviço público e outros instrumentos de gestão pública, como por exemplo, governança pública, infraestrutura, função de polícia, entre outros.

Por essas e outras razões não trazidas para o texto, propõe-se às Administrações Públicas, de acordo com as suas competências, a formulação de uma política pública de serviço público, transversal, envolvendo cada uma das esferas estatais, intersetorial, sistêmica, acoplada à governança pública, à infraestrutura, à

segurança jurídica, à segurança pública, ao fomento, entre outros possíveis e necessários, com o propósito de tornar mais eficiente as políticas públicas relacionadas com o acesso, a proteção e o uso da propriedade. Nesse sentido, a operação dos serviços públicos será então horizontal e não vertical, contemplando todas as ações decorrentes do serviço público que se conectam com o direito fundamental à propriedade imobiliária privada. O acoplamento entre sistemas e subsistemas de serviço público aumentará a variedade de informações e, por extensão a complexidade, mas ao mesmo tempo aumentará a probabilidade de tomadas de decisões com maior eficiência e eficácia.

A infraestrutura é outro instrumento da gestão pública que apresenta deficiências e, assim como o serviço público, as ausências e deficiências são responsáveis por desigualdades sociais. A infraestrutura é um instrumento fundamental para diminuir as desigualdades sociais e econômicas, dado que ao viabilizar o crescimento econômico fomenta o aumento de oportunidades de trabalho e potencializa a realização de outras atividades econômicas, públicas e privadas. Parece lógico que sem infraestrutura adequada ou deficiente, a realização de atividades, tanto na esfera privada como pública ficam comprometidas. A princípio, as atividades sob a responsabilidade da Administração Pública, necessitam de infraestrutura adequada e sustentável, o que se repete com as atividades privadas, o que atribui à infraestrutura natureza instrumental.

Propõe-se, por essas razões e outras não apresentadas, que as Administrações Públicas elaborem uma política pública de infraestrutura, transversal, envolvendo cada uma das esferas estatais, intersetorial e sistêmica, acoplada à governança pública, aos serviços públicos, à segurança jurídica, à função de polícia, ao fomento, à segurança pública, entre outros possíveis e necessários, com o propósito de tornar mais eficiente as políticas públicas de acesso, proteção e o uso do direito fundamental à propriedade. A proposta é sistêmica e envolve todas os serviços públicos, de competência de todos os entes federados e relacionadas com os ciclos da propriedade, cuja operação, ainda que através de vários subsistemas de infraestrutura, será então horizontal e não vertical, portanto, que compreenda todas as ações decorrentes do sistema de infraestrutura, em relação a todas as matérias com repercussão no direito fundamental à propriedade imobiliária privada. O acoplamento entre sistemas e subsistemas de infraestrutura aumentará a variedade de informações e, por extensão a complexidade, mas ao mesmo tempo aumentará a probabilidade de tomadas de decisões com maior eficiência e eficácia.

O último conceito reconstruído neste subtítulo é o do fomento público, cuja importância já ficou demonstrada anteriormente, nomeadamente em face dos ciclos da propriedade imobiliária privada. Como forma de aumentar a eficiência e a eficácia da atividade de fomento, propõe-se às Administrações Públicas a formulação de política pública de fomento público, transversal, envolvendo cada uma das esferas estatais, intersetorial e sistêmica, acoplada à governança pública, aos serviços públicos, à segurança jurídica, à função de polícia, à segurança pública, entre outros possíveis e necessários, com o propósito de tornar mais eficiente as políticas públicas de acesso, proteção e o uso do direito fundamental à propriedade. A proposta é sistêmica e envolve todas as formas de fomento, de acordo com as competências de cada um dos entes federados e relacionadas com os ciclos da propriedade, cuja operação, ainda que através de vários subsistemas de fomento público, será então horizontal e não vertical, compreendendo todas as ações decorrentes do sistema de fomento público, em relação a todas as matérias com repercussão no direito fundamental à propriedade imobiliária privada. O acoplamento entre sistemas e subsistemas de fomento público aumentará a variedade de informações e, por extensão a complexidade, mas ao mesmo tempo aumentará a probabilidade de tomadas de decisões com maior eficiência e eficácia.

5.5 Das diretrizes reconstitutivas para a formulação de um novo conceito sistêmico do direito de propriedade.

A Teoria dos Sistemas, que serviu de referencial teórico para a construção de diretrizes com vistas à formulação de um novo conceito sistêmico de propriedade, possui certa capacidade para melhorar os instrumentos de auto-observação – comunicação dentro da sociedade sobre a sociedade –, dado que de acordo com Niklas Luhmann, a Teoria dos Sistemas moderna não tem como foco a identidade, mas a diferença, não o controle mas a autonomia, não a imobilidade mas a estabilidade dinâmica, não o planejamento mas a evolução. (LUHMANN, 1999, p. 200). É na diferença da diferença que surge a identidade e essa por sua vez se consolida na estrutura, que se configura nas expectativas que cria em torno da função que é desempenhada pelo sistema. É a complexidade do sistema que potencializa a diferenciação, viabilizada por eventos comunicativos que se estabelecem entre sistema

e entorno e, a partir daí, ocorre a evolução via variação, seleção e estabilização na perspectiva autopoietica.

Para Niklas Luhmann, o ponto de partida para qualquer análise teórico-sistêmico é a diferença entre sistema e entorno e, nesse sentido, os sistemas se constituem e se mantêm mediante a criação e a conservação da diferença com o entorno e utilizam os limites para regular esta diferença, cuja demarcação possui horizontes abertos e, assim, para cada sistema o entorno é distinto, visto que cada um guarda referência com o seu próprio entorno e, dessa forma, a diferença confere unidade ao diferente. (LUHMANN, 1998). Nesse contexto, o sistema do direito fundamental à propriedade imobiliária privada é resultado do acoplamento estrutural entre o sistema da economia e do direito, formando um sistema autônomo, autopoietico, que se diferencia de ambos e, também, do ambiente no qual seleciona as informações que lhe fazem sentido e depois de processadas, através de seus programas internos, atualiza as comunicações para o ambiente e assim recursivamente vai mantendo eventos comunicativos com o entorno.

A construção de diretrizes para a formulação de um novo conceito sistêmico de propriedade baseou-se, entre outras premissas, na – diferenciação, comunicação e evolução –, visto que cada uma delas compreende um conceito atualizado e adequado momentaneamente, dado que a evolução é permanente. A atualização conceitual se opera por força de eventos comunicativos, construídos socialmente, com base em múltiplos discursos responsáveis pelo engajamento das ações que formam uma teia de conexões entre sistemas e ambiente, com repercussões recíprocas. Isso, pois, o sistema potencializa e cada sistema autopoietico possui os mecanismos adequados para comunicação e a conseqüente evolução, que são a capacidade de selecionar e reestabilizar as comunicações, sempre de acordo com os seus programas. Isto somente é possível por que “La diferenciación del sistema no es otra cosa que la repetición de la diferencia entre sistema y entorno dentro de los sistemas. El sistema total se utiliza a sí mismo como entorno de la formación de sus sistemas parciales.” (LUHMANN, 1998, p. 31-32).

Como demonstrado anteriormente, em cada ciclo do direito fundamental à propriedade se estabelecem eventos comunicativos baseados em múltiplos discursos, que vão além do econômico e do jurídico, revelando uma trama de conexões que apresentam o seguinte paradoxo: reduz a complexidade porque ela aumenta e ela aumenta, pois a complexidade é reduzida, com repercussão na construção do regime jurídico do direito fundamental à propriedade imobiliária. Como infra-referido, a

propriedade privada no contexto do individualismo possessivo, era expressão normativa do Direito de uma determinada época, embora seja responsável pela instauração de uma cultura individualista-possessiva, que assegurava ao proprietário prerrogativas, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente encargos ao restante da sociedade ao estabelecer obrigações de não fazer, cujo direito era garantido por meio de mecanismos legais, administrativos e jurisdicionais. Ademais, a despeito da evolução do regime jurídico da propriedade imobiliária privada, institucionalizado no Código Civil, através das disposições dos artigos 1.228 a 1.231, que se afastam da noção do individualismo possessivo, ainda assim o conceito de direito de propriedade privada, permite uma observação parcial, pois encobre a maior parte dos eventos comunicativos, baseados em múltiplos discursos que constroem as diretrizes para engajamento dos eventos comunicativos, que formam uma teia de conexões entre sistemas e ambiente e conformam o regime jurídico do direito fundamental à propriedade.

Acrescentando-se aos eventos comunicativos relacionados aos ciclos do direito fundamental à propriedade – pré-aquisitivo, aquisitivo e extintivo –, também os eventos comunicativos relacionados ao acesso, proteção e uso, amplia-se a complexidade do sistema e, para não sobrecarregá-lo a tal ponto que leve à dissolução do sistema por excesso de complexidade, o próprio sistema através de comunicações internas, precisa dar conta. Porém, para isso precisa ter capacidade de estabelecer novas formas de comunicações diferenciadoras internas, visto que, “La diferenciación del sistema no és outra cosa que la repetición de la diferencia entre sistema y entorno dentro de los sistemas”. (LUHMANN, 1998, p. 31). Quando o sistema fica sobrecarregado de complexidade e os seus programas não conseguem mais dar conta, inicia-se um processo de diferenciação interna, exigindo mecanismos novos para lidar tanto com a complexidade interna, quanto a externa.

Com o propósito de demonstrar o aumento da complexidade do sistema do direito fundamental à propriedade imobiliária privada e possíveis indicativos para demonstração da sobrecarga do sistema, que de acordo com a teoria da evolução, ensejará a diferenciação interna, apontar-se-á alguns exemplos de conexões possíveis entre o direito fundamental à propriedade imobiliária privada e os eventos comunicativos relacionados ao acesso, proteção e uso. Para tanto, serão empregados os mesmos conceitos utilizados para exemplificar possíveis conexões existentes nos ciclos do direito de propriedade, porém reconstruídos a partir da Teoria dos Sistemas e que servirão de diretrizes para a construção de uma noção sistêmica de direito de

propriedade, que são a política pública, a governança pública, regulação fundiária, segurança jurídica, função ordenadora, serviço público, infraestrutura e fomento público, a seguir descritos.

A política pública caracteriza-se como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de políticas públicas, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões, com eventos da governança, da regulação, da segurança jurídica, do serviço público, da infraestrutura, do fomento, entre outros, que dão forma ao regime jurídico da política pública.

A governança pública se caracteriza, como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, porque potencializa as escolhas dos instrumentos de controle social presentes na governança pública, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de governança, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura, fomento que dão forma ao regime jurídico da governança pública.

A regulação fundiária se caracteriza, como um conjunto de eventos comunicativos – regras técnicas – coordenados entre atores públicos e privados, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, porque potencializa as escolhas dos instrumentos de controle social, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de regulação, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura e fomento que dão forma ao regime jurídico da regulação fundiária.

A segurança jurídica se caracteriza como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de proteção jurídica, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, função ordenadora, serviço público, infraestrutura e fomento, que dão forma ao regime jurídico da segurança jurídica.

A função ordenadora se caracteriza como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações do

exercício da função ordenadora, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura, fomento que dão forma ao regime jurídico da função ordenadora.

O serviço público caracteriza-se como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de execução do serviço pública, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, infraestrutura e fomento que dão forma ao regime jurídico do serviço público.

A infraestrutura caracteriza-se como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações instrumentais das infraestruturas públicas e privadas, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, serviços públicos e fomento que dão forma ao regime jurídico das infraestruturas.

O fomento público caracteriza-se como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações instrumentais de fomento público, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, serviços públicos e infraestrutura que dão forma ao regime jurídico do fomento público.

Essas são, portanto, as diretrizes a serem utilizadas para a construção de um conceito sistêmico do direito de propriedade. Embora esteja presente um certo grau de arbitrariedade nas escolhas das diretrizes, visto que sempre é possível, diante da complexidade, fazer outras escolhas, entende-se que as que foram extraídas são as fundamentais para a uma observação sistêmica do direito de propriedade. A fundamentalidade não reside na ideia de que sem a conexão com alguma delas, a observação do direito de propriedade como sistema, restaria prejudicada. Não se trata disso, porque a visão sistêmica se forma pelo conjunto de conexões, com base em múltiplos discursos, que vão além do jurídico e do econômico, mas que ordinariamente estão ou podem estar presentes quando se fala em direito fundamental à propriedade.

Essas são as diretrizes que respondem ao problema da tese, porque permitem revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade.

O que se verifica na perspectiva sistêmica, é que toda política pública se conecta com outros subsistemas de políticas públicas e, também, com outros sistemas, num sentido horizontal e não vertical, formando um conjunto de eventos comunicativos, que são construídos socialmente através de comunicações via organizações públicas e privadas, baseada em múltiplos discursos utilizados para organizar o engajamento das ações instrumentais de cada política pública. Uma política pública de acesso à propriedade, como por exemplo, o Programa Minha Casa Minha Vida, instituída pela União, cujas eficácia e a eficiência não dependem somente de ações governamentais da esfera federal, mas de inúmeras outras conexões entre atores públicos, de todas as esferas estatais e de atores privados. Esse é apenas um exemplo, contudo, é possível deduzir que a formulação das políticas públicas precisa ser revisada, para levar em consideração toda a fenomenologia de eventos comunicativos presentes, porque são justamente estes que informam o regime jurídico dela.

Aparentemente existe uma relação proporcional entre a complexidade da sociedade democrática e plural e a complexidade para a resolução de suas demandas públicas, o que em pode ser sintetizado na ideia de que existe complexidade “[...] quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão com os elementos, cada elemento não puder mais, a qualquer momento, ser conectado com qualquer outro elemento”. (LUHMANN, 2016a, p.42). Ou seja, existem mais elementos do que possibilidades de conexão, o que leva o sistema a fazer escolhas contingenciais. A complexidade do ambiente é o reflexo da complexidade social e transportando essa noção para a política pública, certamente a concepção tradicional é absolutamente insuficiente para concretizar os princípios, objetivos e direitos fundamentais, o que impõe mudanças na formulação de políticas públicas, através de acoplamentos com os sistemas de governança pública, regulação fundiária, segurança jurídica, função ordenadora, infraestruturas públicas, fomento público na perspectiva federativa, sem prejuízo de acoplamentos com outros sistemas que possam contribuir para a qualificação da política pública.

A concepção tradicional de política pública pode ser observada, como “[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 241). Caroline Müller Bittencourt

assinala com razão, que “[...] a análise do conceito de política pública jamais poderá, em si, conter uma observação meramente jurídica.” (BITTENCOURT, 2013, p.44). Diante de uma sociedade democrática e plural e o considerável aumento da complexidade, a resolução de demandas públicas requer programas sistêmicos que perpassam todas as esferas estatais e, além disso, que se conectem com a sociedade organizada por meio da governança e outros instrumentos democráticos, por um lado ampliando a ação estatal e, por outro, aproximando as políticas públicas aos compromissos assumidos pelo Estado Democrático de Direito. E isto se faz através da revisão da forma como as políticas públicas são formuladas, implementadas e executadas.

O acesso ao direito fundamental à propriedade imobiliária privada pode ser definido como um direito fundamental implícito, assegurado constitucionalmente, a cada cidadão de ser proprietário de um bem imóvel, revelando uma aquisição evolutiva conceitual, superando o liberal e individualista, típico da propriedade no Estado Liberal. A conexão entre o direito fundamental ao acesso à propriedade e a política pública viabilizadora do acesso, é também uma aquisição evolutiva, a qual surge como opção no estágio do Estado Social, quando a propriedade passa a se sujeitar às funções sociais. Para tanto, podem ser referenciadas, a título de exemplificação, pois é praticamente impossível arrolar todas as conexões possíveis, as políticas públicas de fomento à produção de imóveis, de fomento às formas de financiamento público e privado, de ordenação do solo urbano, de ordenação do solo agrícola, de regularização fundiária, de reforma agrária, de governança fundiária, de regulação, de segurança jurídica e de infraestrutura.

A observação sistêmica do direito fundamental ao acesso, requer a observação também dos múltiplos discursos que se fazem presentes, contribuindo para a construção do engajamento necessário para os eventos comunicativos que levem ao reconhecimento sistêmico da identidade, estrutura e programas do sistema de acesso ao direito fundamental à propriedade imobiliária privada, constitucionalmente implícito, porque como referenciado anteriormente pode ser deduzido do direito fundamental à propriedade. As conexões que se estabelecem entre o direito fundamental de acesso à propriedade privada e a governança fundiária, podem ser exemplificadas através das conexões com atores públicos, locados na Administração Pública direta e indireta, delegatários de função pública – tabelionatos de notas, registros de imóveis, concessionários de serviços públicos, de energia elétrica, telefonia, transporte público, água e saneamento, entre outros e, também, atores privados, como os proprietários de

imóveis, empreendedores imobiliários, corretores de imóveis, bancos privados, vendedores de insumos para construção, seguradoras, peritos, prestadores de serviços: engenheiros, arquitetos, advogados, técnicos, entre outros, impulsionados por demandas localizadas na sociedade e no mercado.

Por meio da regulação fundiária, também se estabelecem conexões com o direito fundamental ao acesso à propriedade privada imobiliária, notadamente aquelas relacionadas às normas técnicas para a execução das obras para a produção de imóveis, a regulação dos padrões arquitetônicos, a regulação dos negócios jurídicos aquisitivos, a regulação da burocracia relacionada com a aquisição da propriedade, regulação do fomento aos financiamentos imobiliários, regulação da função de polícia ou ordenadora, dos serviços públicos e da infraestrutura relacionados com a aquisição da propriedade imobiliária. Inúmeras são as conexões entre a segurança jurídica e o direito fundamental à aquisição do direito de propriedade imobiliária, a começar pela segurança jurídica protetiva do direito fundamental ao acesso, a segurança jurídica relacionada com aspectos físicos e jurídicos do empreendimento imobiliário responsável pela produção do imóvel, a segurança jurídica relacionada com o negócio jurídico, a segurança jurídica tributária, a segurança jurídica registral imobiliária, a segurança jurídica dos serviços públicos, da função de polícia, da infraestrutura, entre outras que poderiam ser anotadas.

Acerca das possíveis conexões entre a função ordenadora e o direito fundamental ao acesso, é possível exemplificar através dos atos administrativos decorrentes da função de polícia urbanística, edilícia, sanitária, ambiental, entre outras que podem repercutir na produção do bem imóvel para efeitos de transmissão do direito de propriedade. Com o serviço público também se estabelecem tramas comunicacionais, visto que sem a existência e operação de serviços públicos, pode restar inviabilizada a produção de imóveis, sem os quais, não é possível o acesso. Da mesma forma se estabelecem conexões com a infraestrutura de mobilidade, de serviços, burocrática, financeira, tributária, sem as quais o acesso fica impossibilitado e, por fim, também com o fomento público se estabelece tramas comunicacionais, ordinariamente, através de políticas públicas de fomento à produção de imóveis e de acesso a bens imóveis, notadamente para fins de moradia e, também, para a exploração agrícola.

O direito fundamental à proteção do direito de propriedade imobiliária privada, também pode ser observado, a partir dos múltiplos discursos que se fazem presentes e contribuem para a construção do engajamento necessário para os eventos

comunicativos que levem a bom termo a proteção e conformar o regime jurídico da proteção do direito fundamental à propriedade privada imobiliária. A proteção do direito fundamental à propriedade pode ser viabilizada através de política pública de segurança jurídica do direito de propriedade, via mecanismos administrativos e jurisdicionais; de política pública de proteção física através de política pública de fomento à recuperação de moradia, de política pública de proteção física via segurança pública; política pública de serviços públicos, como energia elétrica, água, saneamento e transporte público, entre outros; política pública de função de polícia, através da imposição de obrigações de fazer e de não fazer; política pública de infraestrutura de mobilidade, ruas, estradas e rodovias, entre outras e, também, política pública de fomento à proteção do bem sobre o qual recai o direito de propriedade, como forma indireta de proteger o próprio direito fundamental à propriedade.

Através da governança fundiária também se estabelecem tramas comunicativas para efeitos de proteção do direito de propriedade, entre atores públicos, órgãos públicos da Administração direta e indireta, via regulação fundiária, segurança jurídica, função ordenadora ou de polícia, serviço público, infraestrutura e fomento público e, também, entre atores privados, delegatários das atividades notariais e de registros públicos, concessionários e permissionários de serviços públicos, etc. A regulação fundiária também é outra forma de estabelecer conexões com a finalidade de proteção física, via padrões técnicos das obras de construção, reforma e jurídicos, por meio de regulação da segurança jurídica; a segurança jurídica somente pode ser alcançada através de tramas comunicativas entre agentes públicos e privados, observando as leis, regulamentos e a própria regulação, dos negócios jurídicos, dos processos judiciais nas ações envolvendo o direito de propriedade e atos jurídicos, como por exemplo, o registro do direito de propriedade, dos direitos reais incidentes sobre o direito de propriedade.

Através da função ordenadora também são estabelecidas conexões entre direitos de propriedade, como por exemplo, na hipótese de tombamento, assim como na fiscalização das obras relacionadas a produção e restauro de imóveis. O serviço público e a infraestrutura também proporcionam tramas de eventos comunicativos entre si e relacionados com a proteção do direito de propriedade, à medida que viabilizam os meios necessários para que a propriedade possa ser protegida, pelo próprio proprietário e pelos órgãos públicos competentes, tanto administrativos quanto judiciais e, por fim, através de políticas públicas de fomento também se estabelecem conexões com vistas à proteção do direito de propriedade.

Igualmente, o direito fundamental ao uso da propriedade imobiliária privada, que se caracteriza pela extração e proveito das utilidades que a propriedade imobiliária pode oferecer, pode ser observado a partir dos múltiplos discursos que se fazem presentes e contribuem para a construção do engajamento necessário para os eventos comunicativos que levem a bom termo o uso e conforma ao regime jurídico direito fundamental ao uso do direito de propriedade privada imobiliária. A Constituição federal, ao mesmo tempo que assegura o direito de propriedade, impõe a ela um encargo, que é o atendimento a sua função social e, nos capítulos em que trata da política urbana e agrária, define as diretrizes básicas para o atendimento à função social. Corroborando com as disposições constitucionais, o parágrafo primeiro, do artigo 1.228, do Código Civil, preconiza: “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.” O uso da propriedade está condicionado, ordinariamente, pelas políticas públicas instituidoras do poder de polícia, que condicionam o interesse privado em face do público, como por exemplo, política restritiva ao desmatamento, política que restringe à utilização de agrotóxicos nas lavouras, política que impede a edificação em áreas comprometidas ambientalmente, etc.

As relações e conexões da governança fundiária com o direito fundamental ao uso do direito de propriedade imobiliária privada, estão predominantemente baseadas em políticas públicas intervencionistas, limitativas do uso e fruição, que acabam condicionando o uso do imóvel, assim também, as atividades decorrentes do exercício do poder de polícia, a ocupação temporária, a requisição administrativa, o tombamento, a servidão administrativa, as intervenções baseadas no estatuto da cidade, entre outros. Como referido anteriormente, ao mesmo tempo que a Constituição garante o direito de propriedade, por outro, impõe a ela a obrigação de atender a sua função social, que tem as suas diretrizes básicas fixadas pela própria Constituição. Além dessas diretrizes, as relações decorrentes da governança fundiária relacionada ao uso, deve estar sintonizada com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, porque deles se irradiam valores que permeiam todas as relações, públicas e privadas.

As tramas comunicativas que se estabelecem através da regulação fundiária, por sua vez, estão predominantemente baseadas em políticas públicas que têm por função materializar os princípios da ordem econômica e, por essa razão, a regulação é

função instrumental. (MOTTA, 2009). O uso do bem imóvel está condicionado pela regulação de todas as formas interventivas no direito de propriedade que afetam o uso, a fruição e até mesmo a disposição, como ocorre com disposições do Estado da Cidade, por exemplo, que atribui ao Município o direito de preferência, o que retira do proprietário a disponibilidade arbitrária. A regulação fundiária acerca do uso, da mesma forma que a governança fundiária, deve estar sintonizada com os princípios, objetivos e direitos fundamentais, porque deles se irradiam valores que permeiam todas as relações, públicas e privadas.

O uso da propriedade precisa estar assegurado juridicamente, porque apenas o Direito é que estabelece expectativas normativas e, neste sentido, as faculdades de usar o imóvel e gozar das utilidades decorrem do direito de propriedade e, por isso, podem ser exercidas pelo proprietário ou terceiro autorizado por ele, desde que em consonância com as finalidades econômicas e sociais do imóvel, 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, além de todos os outros condicionamentos oriundos das políticas públicas instituidoras do poder de polícia. Todavia, se por um lado, o uso e o gozo estão condicionados pela lei e pelo Direito, por outro, o proprietário tem a segurança jurídica de poder exercer seus direitos e, para tanto, se for impedido ou restringido para além dos limites e restrições decorrentes do poder de polícia, da regulação, das leis ou, ainda, intervenções ilegais de terceiros, ele pode deduzir as necessárias e competentes pretensões, administrativas e jurisdicionais, para a proteção de seus direitos e, também, a proteção física do bem. Ademais, o proprietário goza de segurança jurídica em face de serviços públicos, da infraestrutura, do poder de polícia e de todas as intervenções prestacionais do Estado com a finalidade de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e estiverem relacionadas com o uso do imóvel e o gozo de suas utilidades.

Também através da função de polícia ou ordenadora, estabelecem-se conexões relacionadas com o uso da propriedade, notadamente, pela imposição de limites e condicionamentos em face do uso do imóvel, como por exemplo, se urbano, o uso deve estar de acordo com o plano diretor, código de posturas, entre outros institutos normativos; se rural, deve ser de acordo com os padrões estabelecidos pelas leis e as normas de regulação técnica. Igualmente, por força dos serviços públicos são construídas conexões, visto que eles potencializam e qualificam o uso da propriedade; assim, também, as infraestruturas privadas e públicas potencializam e viabilizam o uso

da propriedade, como por exemplo, a infraestrutura viária, a infraestrutura de serviços privados e públicos, a infraestrutura do serviços sociais. Por fim, o fomento público é outro sistema que proporciona eventos comunicativos com o direito fundamental ao uso da propriedade imobiliária privada, via fomento de política pública de uso racional da propriedade, fomento financeiro que potencializa o uso da propriedade, entre outras formas de fomento.

Portanto, reconstruídos os conceitos dogmáticos de política pública, governança pública, regulação fundiária, segurança jurídica, função ordenadora, serviço público, infraestrutura e fomento público, a partir da Teoria dos Sistemas e transformados em diretrizes para a revisão das políticas públicas, a justificativa do porquê da revisão, bem como uma narrativa exemplificativa das possíveis conexões que os direitos fundamentais implícitos ao acesso, proteção e uso do direito de propriedade, parte-se agora para a construção de um conceito sistêmico do direito fundamental à propriedade.

Trata-se de uma diferença cuja fronteira é cruzada de forma múltipla e complexa. O Direito constroi a forma da propriedade, mas os critérios de distinção são múltiplos e frutos não só de uma preocupação do Direito em realizar prestações para outros sistemas, mas também em receber informações. A propriedade sistêmica não é uma forma cuja diferença que faz a diferença é simples como tratada no Direito Civil, mas sim como um complexo conjunto de programas condicionais e finalísticos, coordenados que estão entre atores públicos e privados, evidentemente construídos socialmente, com base em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações do próprio sistema, organizado em diferentes programas de acesso, proteção e uso, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, via acoplamento estrutural com os sistemas de política pública, governança pública, regulação fundiária, segurança jurídica, função ordenadora, serviço público. Infraestrutura e fomento.

6. CONCLUSÕES

Retoma-se nesta conclusão de tese o tema, que é a propriedade privada imobiliária a partir de instrumentos de política pública para o acesso, proteção e uso, observados a partir da teoria sistêmica, como premissa para a compreensão dos programas comunicativos, condicionais e finalísticos e a revisão dessas políticas públicas. Igualmente a hipótese proposta para efeitos de comprovação ao final, a qual foi estruturada em duas ordens: primeira, que a matriz sistêmica é capaz de dar diretrizes a políticas públicas de acesso, proteção e uso ao direito fundamental à propriedade privada; segunda, foram antecipadas três diretrizes, que a partir da teoria sistêmica, poderiam contribuir para revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil, que são: governança, regulação e segurança jurídica. O problema é: quais diretrizes, a partir da teoria sistêmica, podem contribuir para revisar as políticas públicas para acesso, proteção e uso direito fundamental da propriedade imobiliária privada no Brasil, assim como seu conceito?

Para responder ao problema da tese, foram desenvolvidos quatro capítulos teórico-instrumentais, onde foram examinadas as políticas públicas a partir da teoria sistêmica; os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada; a evolução do direito de propriedade e dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso, gerada pela teoria dos direitos fundamentais e, por fim, as diretrizes, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com vistas à revisão das políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil.

Cada um destes capítulos teve uma função para a construção da presente conclusão; o primeiro: contribuiu para a definição de políticas públicas a partir da teoria dos sistemas, para a compreensão dos programas comunicativos relacionados ao acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada; o segundo: auxiliou para a compreensão dos modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Estado Democrático de Direito; o terceiro: para compreensão da evolução do direito de propriedade e dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso, gerada pela teoria dos direitos fundamentais e, por fim, o quarto: para a reconstrução de conceitos dogmáticos para efeitos de elaboração de conceitos-diretrizes com a finalidade de revisar as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada no Brasil. A partir de agora, retomar-se-ão fragmentos das abordagens de cada capítulo e ao final sínteses conclusivas.

A teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann, afasta-se da velha tradição europeia teórica ontológica, que se referia a um mundo objetivamente existente e introduz a tese de que o surgimento de algo ocorre, quando as condições para tanto estiverem presentes no contexto da complexidade do ambiente, alinhado com a ideia de processo evolutivo. Para o autor, entender a complexidade da sociedade moderna não estava nas bases epistêmicas da sociologia, mas em outras disciplinas, como autopoiese, encerramento operativo, acoplamento estrutural, estrutura, entre outros. Assim, em termos sistêmicos, o conceito de política pública é uma aquisição evolutiva e permanece coevoluindo com a sociedade, podendo inclusive, um dia, deixar de existir. É importante assinalar que a sociedade para Luhmann, não é composta de pessoas, mas de comunicações, as quais são responsáveis, paradoxalmente, pela complexidade social e, ao mesmo tempo, pela redução dessa complexidade, através dos mecanismos que condicionam o processo evolutivo, a saber: variação, seleção e estabilização, que se traduz na autopoiese.

Para o reconhecimento da identidade sistêmica da política pública como subsistema social, foram imprescindíveis a evolução social e a consequente diferenciação entre o sistema da política e o sistema do direito, visto que ela resulta do acoplamento desses dois sistemas autônomos. A diferenciação surge, quando o ambiente apresenta uma complexa variedade de informações – comunicações – e cada sistema seleciona contingencialmente apenas aquelas informações que lhe fazem sentido e, além disso, tem capacidade para processar e satisfazer as expectativas em razão de sua estrutura. O sistema da política, por meio de seus programas, toma

decisões políticas que vinculam toda a sociedade e o sistema do direito seleciona contingencialmente decisões do sistema da política e por meio de seus programas lhe atribui roupagem jurídica.

Na perspectiva sistêmica a constituição também é uma aquisição evolutiva, o que fica demonstrado pelos traços do constitucionalismo contemporâneo e o seu caráter marcadamente normativo e axiológico, centro do sistema de onde derivam princípios, objetivos e direitos fundamentais os quais se irradiam para todo o ordenamento jurídico, com repercussão na política pública. Por isso, a ideia central da noção de política pública é a de que se trata de uma ação estatal, que tem por finalidade a resolução de problemas públicos, os quais não podem ser enfrentados individualmente ou pelo mercado, com vistas à dignificação da vida humana, afirmando o nexó operativo entre política pública e direitos fundamentais e, por consequência, o seu caráter obrigatoriamente multidisciplinar.

As políticas públicas possuem uma relação intrínseca com a evolução do capitalismo e as transformações políticas, econômicas e sociais, provocadas pela Revolução Industrial. Inicialmente os estudos sobre políticas públicas foram desenvolvidos na Inglaterra e nos Estados Unidos, no pós-guerra, com foco na racionalização do Estado e da política, com ênfase na diferenciação entre a função política e a função burocrática. No Brasil, os estudos sobre políticas públicas tiveram início nos anos de 1930 de forma institucional, com ênfase na análise nas políticas públicas setoriais, *policy-analyses*. Posteriormente, a abordagem foi na perspectiva da *policy-making*, com foco na agenda desenvolvimentista. Na sequência, os estudos foram marcadamente sociológicos e entre as décadas de 80 e 90 foram desenvolvidas pesquisas focadas na reforma do Estado. Na década de 1980, esse quadro começa a se modificar, quando o tema política pública começa a ser estudado também fora das entidades governamentais.

Os modelos são simplificações criadas pela sociedade, com o propósito de entender e explicar determinados fenômenos da realidade, que depois de comunicadas ao ambiente, entram na roda do sistema. Nesse sentido, os principais modelos tradicionais de implementação de políticas públicas, citados pelos estudos publicados, são quatro: o Policy Cycle, *Multiple Streams Framework*, *Punctuated Equilibrium Theory* e o *Advocacy Coalitio Framework – ACF*, os quais influenciaram a formulação e a implementação das políticas públicas no Brasil, ainda que não numa visão ortodoxa, mas como teorias que serviram de fundamento para o estudo e a concretização das

políticas públicas no plano da realidade, assim como os modelos de abordagem *Top-Down* e *Bottom-Up*.

Na perspectiva jurídica, as políticas públicas são arranjos institucionais – no âmbito da atividade político-administrativa – produzidas num processo de interação entre a política e o direito, mediados pelos princípios e valores, com vistas à concretização dos Direitos Fundamentais. A política pública tem como premissa um problema público, cuja resolução passa obrigatoriamente pelo sistema da política, cuja decisão revela uma intencionalidade, que para se tornar eficaz do ponto de vista da exigibilidade, em face das expectativas normativas que gera, requer a sua juridicização, por isso, arranjos institucionais.

É imperativo que se faça a distinção entre sistema da política pública e o conceito dogmático de política pública. O sistema da política pública é autopoietico, pois, comunica-se com o ambiente e se acopla com outros sistemas e instrumentos de gestão pública, estabelecendo eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de políticas públicas. O conceito dogmático é um *script*, que tem a função de facilitar a comunicação, visto que tem um sentido institucionalizado, é uma forma standardizada de comunicar, algo que foi institucionalizado com certo sentido, o que o torna inteligível e, por consequência, facilita a comunicação. Como *script* a política pública, no Estado Democrático de Direito, pode ser conceituada como o conjunto de programas de ações, políticas e administrativas, com o propósito de elaboração do plano de formulação, implementação e execução, com vista a alcançar metas através de resultados concretos, que o Governo institui para a resolução de interesse público, com provável, porém não exclusivo, foco na concretização de direitos fundamentais.

O direito fundamental à propriedade, à luz da Constituição, tem uma dimensão exclusivamente patrimonial de cunho econômico, mas sujeito à uma dimensão social em que se aproxima com conteúdo existencial e vinculado diretamente à dignidade da pessoa humana, como por exemplo, o direito fundamental à moradia ao titular do direito de propriedade. Por isso, não se pode afastar, de forma absoluta, o vínculo direto com o princípio da dignidade da pessoa humana e sugerir uma aproximação com o direito ao mínimo existencial, como condição de garantia das condições materiais básicas para a reprodução da vida humana de forma digna, sob a forma de direito à moradia. Os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais, inscritos na Constituição federal, considerados na sua dimensão objetiva, exigem programas

finalísticos comunicativos com o propósito de concretizar os direitos fundamentais e sociais, por meio de políticas públicas, que exigem o acoplamento estrutural de sistemas sociais parciais, notadamente do Direito, da Política e da Economia, entre outros, o que leva a inexorável intersecção entre direitos fundamentais e políticas públicas.

Assim concluímos, que:

1. A teoria dos sistemas, afasta-se da velha tradição europeia teórica ontológica, que se referia a um mundo objetivamente existente e introduz a tese de que o surgimento de algo ocorre, quando as condições para tanto estiverem presentes no contexto da complexidade do ambiente, alinhado com a ideia de processo evolutivo;
2. Em termos sistêmicos o conceito de política pública é uma aquisição evolutiva e permanece coevoluindo com a sociedade, podendo inclusive, um dia deixar de existir;
3. Para o reconhecimento da identidade sistêmica da política pública como subsistema social, foram imprescindíveis a evolução social e a consequente diferenciação entre o sistema da política e o sistema do direito, visto que ela resulta do acoplamento desses dois sistemas autônomos;
4. Na perspectiva sistêmica a constituição também é uma aquisição evolutiva, o que fica demonstrado pelos traços do constitucionalismo contemporâneo e o seu caráter marcadamente normativo e axiológico, centro do sistema de onde derivam princípios, objetivos e direitos fundamentais os quais se irradiam para todo o ordenamento jurídico, com repercussão na política pública.
5. Os principais modelos tradicionais de implementação de políticas públicas, que influenciaram a formulação e a implementação das políticas públicas no Brasil, são quatro: o *Policy Cycle*, *Multiple Streams Framework*, *Punctuated Equilibrium Theory* e o *Advocacy Coalitio Framework – ACF* e os modelos de abordagem foram dois, *Top-Down* e *Bottom-Up*.
6. Como *script* a política pública, no Estado Democrático de Direito, pode ser conceituada como o conjunto de programas de ações, políticas e administrativas, com o propósito de elaboração do plano de formulação, implementação e execução, com vista a alcançar metas através de resultados concretos, que o Governo institui para a resolução de interesse público, com provável, porém não exclusivo, foco na concretização de direitos fundamentais.
7. Os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais, inscritos na Constituição federal, considerados na sua dimensão objetiva, exigem programas finalísticos comunicativos com o propósito de concretizar os direitos fundamentais e sociais, por

meio de políticas públicas, que exigem o acoplamento estrutural de sistemas sociais parciais, notadamente do Direito, da Política e da Economia, entre outros, o que leva a inexorável intersecção entre direitos fundamentais e políticas públicas.

Sobre os modelos tradicionais de realização dos direitos fundamentais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada no Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que o precedente histórico o qual serviu de plataforma para a implantação dos institutos jurídicos, que influenciaram na modelação dos modelos tradicionais de políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil, tem origem portuguesa, pois, a formatação originária da política de colonização está na concessão das capitanias hereditárias e na instituição das sesmarias. Esse modelo fundado no ideário do individualismo possessivo e excludente tornou o “senhor do engenho” o verdadeiro dono do Brasil, porque detinha o poder sobre as terras, homens e as mulheres. Influenciou a conduta, os ideais, as atitudes, inclusive acerca da moral sexual dos brasileiros, contribuindo para institucionalização de uma mentalidade excludente ao não inserir os escravos, nem os índios, pois o interesse estava em garantir a titularidade de grandes extensões de terras aos portugueses. Portanto, o quadro jurídico-patrimonial e social, relacionado com o acesso, uso e proteção da propriedade imobiliária no Brasil, está no contexto da formatação de uma sociedade agrária escravocrata e híbrida, sob o signo da exploração de terra e das gentes.

O contexto foi influenciado por teorias desenvolvidas por Hobbes e Locke, que ao teorizar sobre a propriedade tinham como foco o individualismo e a preocupação com a proteção. Nesse modelo de sociedade as decisões acerca das relações de trocas de bens são definidas pelo próprio mercado, com fundamento na propriedade privada e na liberdade, nos limites da ação regulatória do Estado, cujo ideário pode ser sintetizado: sou dono de mim mesmo, portanto, posso vender a minha liberdade no mercado e, com isso, ficam excluídas a Administração Pública, a política pública, porque a solução das demandas é sempre individualizada, entre o sujeito e a coisa e não entre sujeitos, o que afasta a cooperação.

A função ideológica desse ideário foi a de impregnar com o seu conteúdo absoluto e autoritário as relações sociais e também os juristas, o que contribuiu para que a lei, como expressão normativa do Direito, definisse o direito de propriedade e as prerrogativas do proprietário, com vistas à satisfação de interesses individuais e reflexivamente impôs ao restante da sociedade obrigações de não fazer, garantindo o direito de propriedade na plenitude, o que ficou patente nas duas primeiras

constituições, a Monárquica de 1824 e a Republicana de 1891. Naquela época não havia espaço para as políticas públicas relacionadas com o acesso e o uso da propriedade, pois, essas demandas se resolviam na individualidade. No plano da proteção, foram instituídas e implementadas políticas públicas assecuratórias do direito de propriedade, cujo núcleo estruturante estava configurado no regime jurídico da propriedade privada no Código Civil de 1916.

A complexidade social criou as condições para a instauração da República e cada Constituição republicana “encampou” nova axiologia e novos compromissos sociais, com repercussão na política pública. A propriedade privada foi mantida e reconhecida como direito fundamental, porém, desde a Constituição de 1934, passou a sujeitar-se à função social. Nesse contexto evolutivo ocorreu, também, a coevolução das funções administrativa e segurança jurídica, adquirindo funções instrumentais, visto que além da atividade específica, em torno da qual ocorre a identificação do Direito Administrativo, a função administrativa tem a função mediata de realização dos direitos fundamentais, no que é acompanhada pela segurança jurídica, dado que a constitucionalização dos direitos fundamentais estabelece um nexos operativo entre a política pública e os direitos fundamentais e as suas correlatas dimensões axiológicas e teleológicas, amparadas pela segurança jurídica.

A despeito dos postulados democráticos e do viés social da propriedade, na vigência da Constituição de 1946, não foram aprovados marcos normativos de concepção social da propriedade, com vistas à promoção dos direitos à moradia e outros direitos sociais dignificadores da vida humana, com a ressalva à Lei que dispôs sobre a desapropriação por interesse social. O início da década de 1960 foi marcado pela pressão social por moradia e a incapacidade das cidades em atender essas demandas com adequada infraestrutura, moradia e trabalho. Esse cenário motivou a criação do Sistema Financeiro Habitacional-SFH, com o objetivo de institucionalizar políticas públicas de habitação e de planejamento territorial, envolvendo a União, os Estados e Municípios, porém fortemente centralizada no âmbito da União.

A Constituição de 1967 inseriu o tema aquisição da propriedade agrária por brasileiros e estrangeiros, porém não fez nenhuma menção à cidade, à política de ordenação do solo urbano e à propriedade imobiliária urbana, ressalvadas a tributação e a competência para legislar sobre direito urbanístico. Mesmo assim, foram institucionalizados marcos legais, relacionados com o espaço e a propriedade urbana, permeados por concepções setoriais, centralizadas e verticalizadas, ainda que formalmente as políticas públicas fossem consideradas como integradas. Os

instrumentos jurídicos que o Estado utilizava, para intervir no domínio privado, eram predominantemente de poder de polícia e não no sentido de ordenar e promover o uso do solo urbano de acordo com as necessidades sociais, isto porque, a própria concepção do Direito positivo tinha um viés orientado pela imperatividade linear e hierárquica, de acordo com os princípios e valores que fundamentavam a concepção do Estado e da própria sociedade, sua estrutura e seu funcionamento naquele momento histórico.

Nos anos de 1980, foram adotadas novas políticas em matéria habitacional, saneamento básico, desenvolvimento urbano e meio ambiente, coordenadas por um órgão superior da Administração Pública federal, demonstrando mais uma vez a verticalização, que parece ser o traço que permeia a institucionalização da ordem jurídica positiva no Brasil, notadamente sobre as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade. A Constituição de 1988 instaura uma nova ordem política e jurídica, concebida numa perspectiva democrática e com forte conotação social, ao colocar o homem na posição de centralidade, assegurando-lhe direitos e garantias fundantes.

Arrolou o direito de propriedade como um direito fundamental, assegurando-lhe garantias e impôs a observância da função social. Inovou ao estabelecer parâmetros para as políticas públicas urbana e agrária. A garantia constitucional do direito fundamental à propriedade não se esgota em si mesmo, mas se entende ampliada para alcançar o direito fundamental de se tornar proprietário, além do direito de fruição das utilidades da propriedade que transcendem às utilidades práticas que o direito de propriedade assegura ao seu proprietário, que é a concretização da função social da propriedade.

Ao longo do tempo, as políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade imobiliária privada foram observadas de acordo com os modelos tradicionais, cujas características predominantes são um cenário dicotômico, hierarquizado, piramidal, fragmentado e deficiente, o que impede a observação do todo, limitando toda a potência constitucional em face dos direitos fundamentais. Um modelo sistêmico potencializa os programas comunicativos para o acesso, proteção e uso do direito fundamental e da propriedade imobiliária privada no Brasil, pois, permite a visualização das possíveis conexões comunicativas entre os vários atores que participam da política pública, numa perspectiva cooperativa e, com isso, se aproxima da axiologia e dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, que se irradiam dos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

Dessarte concluímos, que:

1. O precedente histórico que influenciou a modelação das políticas públicas de acesso, proteção e uso da propriedade no Brasil, está no regime da concessão das capitâneas hereditárias e na instituição das sesmarias.
2. Na gênese, o modelo tradicional de acesso, proteção e uso do direito à propriedade imobiliária, tem como características principais o individualismo possessivo e a excludente;
3. A função ideológica desse ideário foi a de impregnar com o seu conteúdo absoluto e autoritário as relações sociais e também os juristas, o que contribuiu para que a lei, como expressão normativa do Direito;
4. Na vigência das duas primeiras constituições, não havia espaço para as políticas públicas relacionadas com o acesso e o uso da propriedade, porque essas demandas se resolviam na individualidade.
5. A evolução da função administrativa e da segurança jurídica atribuiu-lhes a função mediata de realização dos direitos fundamentais, dado que a constitucionalização dos direitos fundamentais estabelece um nexo operativo entre a política pública e os direitos fundamentais e as suas correlatas dimensões axiológicas e teleológicas;
6. O início da década de 1960 foi marcado pela pressão social por moradia e a incapacidade das cidades em atender essas demandas com adequada infraestrutura, moradia e trabalho, o que motivou a criação do Sistema Financeiro Habitacional-SFH, com o objetivo de institucionalizar políticas públicas de habitação e de planejamento territorial, envolvendo a União, os Estados e Municípios, porém fortemente centralizada no âmbito da União.
7. A Constituição de 1967 inseriu o tema aquisição da propriedade agrária por brasileiros e estrangeiros, todavia não fez nenhuma menção à cidade, à política de ordenação do solo urbano e à propriedade imobiliária urbana, ressalvadas a tributação e a competência para legislar sobre direito urbanístico.
8. A Constituição de 1988 instaura uma nova ordem política e jurídica, concebida numa perspectiva democrática e com forte conotação social, ao colocar o homem na posição de centralidade, assegurando-lhe direitos e garantias fundantes.
9. A crítica aos modelos tradicionais é sintetizada nas suas características, que são predominantes, a verticalização e a centralização, num cenário dicotômico, hierarquizado, piramidal, fragmentado e deficiente, o que impede a observação do todo, limitando toda a potência constitucional em face dos direitos fundamentais.

10. Por isso, o modelo sistêmico potencializa os programas comunicativos para o acesso, proteção e o uso do direito fundamental a propriedade imobiliária privada no Brasil, pois, permite a visualização das possíveis conexões comunicativas entre os vários atores que participam da política pública, numa perspectiva cooperativa e, com isso, aproxima-se da axiologia e dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro, que se irradiam dos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

Acerca da evolução do direito de propriedade e dos modelos tradicionais de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada, gerada pelos direitos fundamentais, afirma-se que a noção clássica do direito de propriedade tem como ideia nuclear o poder do sujeito sobre o bem que lhe pertence, socialmente reconhecido como uma prerrogativa exclusiva. O direito de propriedade pode ser considerado como uma peça chave para explicar a nossa cultura e civilização, porque o regime jurídico da propriedade é um dos elementos arquitetônicos básicos do sistema social, político e econômico, bem como um dos pilares dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

A propriedade imobiliária privada também é uma aquisição evolutiva, que surgiu quando as condições de possibilidades impostas pela complexidade social permitiram diferenciá-la de outros institutos, passando pela noção coletiva até alcançar o *status* de individual. Observar o direito de propriedade apenas através das lentes da legalidade, impede a observação de toda complexidade que se faz presente com complexo conjunto de programas condicionais e finalísticos, coordenados que estão entre os diversos atores, públicos e privados, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações do próprio sistema, organizado em diferentes programas de acesso, proteção e uso do direito fundamental à propriedade privada, de forma permanente e integrada.

No contexto dos ideais da Revolução francesa estava o novo pensamento filosófico, político e econômico, fundado nos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, que contribuiu para a diferenciação funcional dos sistemas sociais, sobretudo em face dos sistemas, econômico, político e jurídico. A Revolução francesa é considerada o berço do constitucionalismo contemporâneo, visto que interrompeu a velha forma de pensamento do poder político e abriu espaço para a teoria do contrato social, colocando o indivíduo no centro da teoria política, que através de um pacto firmado livremente pelos homens instituíram o Estado, com uma concepção dicotômica entre as esferas pública e privada. Esse novo ideário e as novas bases políticas, econômicas e sociais moldaram a propriedade privada, como um direito fundamental

subjetivo inerente à condição humana, no qual o protagonista é o individualismo jurídico.

A despeito da influência que o Código civil brasileiro de 1916 recebeu do Código Civil francês, chamado de “Código da Propriedade”, baseou-se no Código Civil alemão, orientado pela definição clássica do livre-arbítrio sobre a coisa, por força da qual, o Código Civil brasileiro, dispôs que 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, ainda, que o domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário. Corrobora com essa ideia o sistema econômico capitalista que supõe duas condições materiais básicas, os possuidores e os não possuidores.

A doutrina dos direitos fundamentais do homem, no âmbito do Estado Liberal, tinha como foco os direitos fundamentais de defesa contra as intervenções arbitrárias do Estado. O direito de propriedade era instrumento de defesa da liberdade em face do Estado, via legalidade que por um lado limitava a atuação do Estado e, de outro, assegurava o direito subjetivo de proteção dos direitos individuais fundamentais. Nesse período histórico o direito se torna estatal e burguês e havia a pretensão de regular todo o espaço jurídico através de códigos, em substituição ao pluralismo jurídico vigente até então, tendo como valores e anseios, representados pelo liberalismo econômico, em que a propriedade territorial era considerada como valor principal e a liberdade contratual com a função de facilitar as transferências e a criação de riquezas.

Contudo, mudanças nas estruturas políticas, econômicas e sociais forjaram a desconstrução do ideário liberal, com a introdução de uma concepção social de Estado, suplantando o modelo de propriedade liberal-burguês. O modelo constitucional, a despeito de garantir o direito de propriedade, atribuir-lhe uma nova dimensão, a social. O Estado assume uma nova postura e passa a exercer protagonismo promocional em face dos direitos fundamentais, que exigem ações concretas e positivas do Estado, na modalidade de serviços públicos e políticas públicas, que viabilizem a concretização daqueles direitos.

A mentalidade individualista e possessiva é mitigada – pois não se substituiu num passe de mágica – por uma nova mentalidade voltada para a funcionalização social da propriedade, com destaque para as modificações nos textos constitucionais e infralegais, com destaque para o Código Civil de 2002, que incorporou as noções de função econômica, social e ambiental, visto que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando

a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição do ar e das águas.

As políticas públicas durante o período que compreende a Constituição de 1934 até o advento da Constituição de 1988, têm como características a baixa participação popular nas discussões, a despeito do princípio democrático permear os textos constitucionais, foram orientadas pelo modelo *Top-Down*, identificado com o pensamento racionalista e com o modelo weberiano de burocracia, executadas por uma cadeia de comandos, de forma vertical, com a elaboração e a decisão na esfera política e a implementação na esfera administrativa. Conteudísticamente, a política pública manteve-se fiel ao modelo urbano-industrial, concentrador, protagonizado pelo Estado como o indutor do processo de produção do espaço urbano, assumindo a responsabilidade pelos investimentos e implementação na infraestrutura, instituindo financiamentos e regulando o uso do solo, tendo como coadjuvantes os proprietários fundiários e os promotores imobiliários.

As políticas públicas relacionadas com o acesso, proteção e uso do direito fundamental da propriedade imobiliária no Brasil foram sofrendo mutações em face da evolução, por isso pode se afirmar que não possuíam a concepção que têm atualmente, pelo seguinte: a) inicialmente não estavam em pauta, o que somente veio a ocorrer no pós-guerra; b) o acesso à propriedade imobiliária não era de interesse público; c) após a concepção do Estado social e a centralidade dos direitos fundamentais, estabeleceu-se uma relação de conaturalidade entre os direitos fundamentais e as políticas públicas.

A constituição de 1988 representa um divisor de épocas no âmbito dos direitos fundamentais e da democracia, com reflexos nas políticas públicas, porque concebida em favor do cidadão e não do Estado. Os direitos fundamentais, na perspectiva da Constituição de 1988, são todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, por estarem asseguradas pelo direito constitucional positivo, foram retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos e, também, todos os direitos que, por seu conteúdo e significado, possam ser equiparados, mesmo sem assento formal na Constituição. Neste contexto os direitos de acesso, proteção e uso do direito de propriedade, podem ser considerados direitos fundamentais implícitos, visto que sem a garantia do acesso, à proteção do direito e ao uso, não se concretiza o direito fundamental à propriedade que se enlaça com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade do proprietário não fica adstrita ao uso da infraestrutura privada do bem, mas também da infraestrutura pública, como por exemplo, acesso aos serviços públicos eficientes, de energia elétrica, telefonia, água e saneamento, transporte público, entre outros, o que demanda a existência de políticas públicas, além da disposição de bens públicos a serem utilizados pelo povo ou prestação de serviços públicos em sentido amplo. Por isso as ações e programas de acesso, proteção e uso da propriedade imobiliária privada não podem ficar restritos aos programas da política urbana e agrária, mas estabelecer conexões com todos os eventos que se conectam com a propriedade, por força dos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

A despeito das mutações geradas pela evolução da função administrativa e da segurança jurídica, na relação entre o direito de propriedade, função administrativa e segurança jurídica, é mantida a dicotomia entre o direito público e o direito privado, visto que o Código Civil não faz a devida conexão entre o direito de propriedade com a função administrativa e a segurança jurídica, como se o direito civil pudesse sobreviver de forma autônoma. A função administrativa ainda é observada como instrumento limitador e não possibilitador do acesso, da proteção e do uso e, a segurança jurídica, como instrumento de proteção do direito de propriedade constituído, traduzido por um silêncio eloquente de suas funções instrumentais na conceituação jurídico-dogmático do direito de propriedade no Código Civil.

A função administrativa ainda está condicionada pelas regras da função de polícia, como instrumento limitador e não possibilitador do acesso, da proteção e do uso, traduzido por um silêncio eloquente das funções instrumentais da função administrativa e da segurança jurídica na perspectiva conceitual jurídico-dogmático do direito de propriedade no Código Civil.

Dessa forma concluímos, que:

1. A noção clássica do direito de propriedade tem como ideia nuclear o poder do sujeito sobre o bem que lhe pertence, socialmente reconhecido como uma prerrogativa exclusiva e pode ser considerado como uma peça chave para explicar a nossa cultura e civilização.
2. A propriedade imobiliária privada também é uma aquisição evolutiva, que surgiu quando as condições de possibilidades impostas pela complexidade social permitiram diferenciá-la de outros institutos, passando pela noção coletiva até alcançar o *status* de individual.
3. O ideário e as novas bases políticas, econômicas e sociais que surgiram com a Revolução francesa moldaram a propriedade privada, como um direito fundamental

subjetivo inerente à condição humana, no qual o protagonista é o individualismo jurídico.

4. A doutrina dos direitos fundamentais do homem instrumentalizou o direito de propriedade em defesa da liberdade em face do Estado, via legalidade que por um lado limitava a atuação do Estado e, de outro, assegurava o direito subjetivo de proteção dos direitos individuais fundamentais.

5. A concepção social de Estado suplantou o modelo de propriedade liberal-burguês, quando o Estado assume uma nova postura e passa a exercer protagonismo promocional em face dos direitos fundamentais.

6. O Código Civil de 2002, que incorporou as noções de função econômica, social e ambiental, ao dispor que o exercício do direito de propriedade deve ser em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais, preservando a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, evitando a poluição do ar e das águas.

7. Pode-se afirmar que os modelos de políticas públicas de acesso, proteção e uso do direito de propriedade, não possuíam a concepção que têm atualmente, pelo seguinte: a) inicialmente não estavam em pauta, o que somente veio a ocorrer no pós-guerra; b) o acesso à propriedade imobiliária não era de interesse público; c) após a concepção do Estado social e a centralidade dos direitos fundamentais, estabeleceu-se uma relação de conaturalidade entre os direitos fundamentais e as políticas públicas.

9. A despeito das mutações geradas pela evolução da função administrativa e da segurança jurídica, a primeira ainda é observada como instrumento limitador e não possibilitador do acesso, da proteção e do uso e, a segunda, como instrumento de proteção do direito de propriedade constituído, traduzido por um silêncio eloquente de suas funções instrumentais na conceituação jurídico-dogmático do direito de propriedade no Código Civil.

Até aqui foram expostas conclusões parciais, extraídas dos primeiros três capítulos, que servem de suporte para o embasamento da conclusão final da tese, com vistas à confirmação da hipótese e a resolução do problema. Afirma-se inicialmente que a hipótese foi confirmada, pelo fato de que a matriz sistêmica oferece instrumentos para a reconstrução de conceitos dogmáticos e a formulação de conceitos-diretriz, que contribuem para a revisão das políticas públicas, dado que o instrumental da matriz sistêmica permite a observação do conjunto dos eventos construídos socialmente, via comunicações que se estabelecem entre os atores, formuladas com base em múltiplos

discursos que orientam as ações, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões impossível de ser observada a partir de conceitos dogmáticos.

Adotou-se a noção de reconstrução habermasiana, que em síntese se caracteriza pelo desmonte de uma teoria, reconstruindo-a em seguida numa nova forma, com o propósito de alcançar um melhor alvo que a própria dogmática tinha colocado. E nesse sentido, a título conclusivo da tese, foram reconstruídos conceitos dogmáticos e transformados em conceitos-diretriz para a revisão de política pública, a seguir descritos.

1. Conceito-diretriz – política pública, a qual pode ser descrita como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de políticas públicas, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões, com eventos da governança, da regulação, da segurança jurídica, do serviço público, da infraestrutura, do fomento, entre outros, que dão forma ao regime jurídico da política pública.

2. Conceito-diretriz – governança pública, a qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, porque potencializa as escolhas dos instrumentos de controle social presentes na governança pública, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de governança, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, regulação, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura, fomento que dão forma ao regime jurídico da governança pública.

3. Conceito-diretriz – regulação, a qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos – regras técnicas – que se estabelecem entre atores públicos e privados, sob influência da sociedade ou parte dela, de forma consciente, porque potencializa as escolhas dos instrumentos de controle social, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de regulação, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura e fomento que dão forma ao regime jurídico da regulação.

4. Conceito-diretriz – segurança jurídica, que se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as

ações de proteção jurídica, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, função ordenadora, serviço público, infraestrutura e fomento, que dão forma ao regime jurídico da segurança jurídica.

5. Conceito-diretriz – função ordenadora, a qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações do exercício da função ordenadora, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, serviço público, infraestrutura, fomento que dão forma ao regime jurídico da função ordenadora.

6. Conceito-diretriz – serviço público, o qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações de execução do serviço pública, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, infraestrutura e fomento que dão forma ao regime jurídico do serviço público.

7. Conceito-diretriz – infraestrutura à qual é descrita como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações instrumentais das infraestruturas públicas e privadas, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, serviços públicos e fomento que dão forma ao regime jurídico das infraestruturas.

8. Conceito-diretriz – fomento público, o qual se descreve como um conjunto de eventos comunicativos coordenados entre atores públicos e privados, construído socialmente, baseados em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações instrumentais de fomento público, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, como políticas públicas, governança, regulação, segurança jurídica, função ordenadora, serviços públicos e infraestrutura que dão forma ao regime jurídico do fomento público.

Após a reconstrução dos conceitos dogmáticos, conclui-se por derradeiro, que a propriedade sistêmica não é uma diferença que faz a diferença, como tratada no Direito Civil, mas uma diferença cuja fronteira é cruzada de forma múltipla e complexa. Assim,

o Direito constrói a forma da propriedade, mas os critérios de distinção são múltiplos e frutos não só de uma preocupação do Direito em realizar prestações para outros sistemas, mas também em receber informações. Por isso o conceito sistêmico de propriedade compreende um complexo conjunto de programas condicionais e finalísticos, coordenados que estão entre atores públicos e privados, evidentemente construídos socialmente, com base em múltiplos discursos que organizam o engajamento para as ações do próprio sistema, organizado em diferentes programas de acesso, proteção e uso, de forma permanente e integrada, formando uma teia de conexões com outros eventos, via acoplamento estrutural com os sistemas de política pública, governança pública, regulação fundiária, segurança jurídica, função ordeadora, serviço público. Infraestrutura e fomento.

7. REFERÊNCIAS

ABREU, Capistrano de. *Capítulos de história colonial: 1500-1800* / J. Capistrano de Abreu. – Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1998.

ABRÚCIO, Fernando Luiz. Os avanços e os direlas do modelo pós-burocrático: a reforma da Administração Pública à luz da experiência internacional recente. In: *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. SPINK, Peter Kevin (Organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. Tradução de Carolina Andrade. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

AGRA, Walber Moura de. Neoconstitucionalismo e Superação do Positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, et al. *Teoria do Direito Neoconstitucional. Superação ou Reconstrução do Positivismo Jurídico?*São Paulo: Método, 2008.

AGUDO GONZÁLES, J. *Evolución y negación del derecho subjetivo*. Revista Digital de Derecho Administrativo. 05 de junho de 2011. p.09-42. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/issue/view/310>>. Acesso em: 28 de dezembro de 2018.

ALCAZÁR, Mariano Baena de. *Sobre el concepto de fomento*. In: Revista de Administración Pública, n.º 54, p. 43-86, 1967.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. In: *Estatuto da cidade e reforma*

urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras. (Letícia Marques Osório (Org.), Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, 11ª Reimpressão da 2ª Edição, Vol. 1, Coimbra-PT: Almedina, 1994.

AMADO, Juan Antonio Garcia. In: ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir. (Orgs.) *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra-PT: Almedina, 2012.

AQUINO, Santo Tomás de. *Suma Teológica*. Disponível em: <https://sumateologica.files.wordpress.com/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARANA-MUÑOZ, Jaime Rodríguez. *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 2009.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota; MOREIRA, José Davi Cavalcante. *Delimitação Histórica do Princípio da Segurança Jurídica nas Constituições Brasileiras e suas Dimensões*. In: CONPEDI. XIX Encontro Nacional do CONPEDI. 2010, Fortaleza. Anais. Disponível em: . Acesso em 20 de setembro de 2018.

ARAÚJO, L.; RODRIGUES, M. de L. *Modelos de análise das políticas públicas: sociologia, problemas e práticas* [Online], 83, 2016. Disponível em: <<http://spp.revues.org/2662>> Acessado em 13 de março de 2018.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Tradução de Roberto Raposo, pós-fácio de Celso Lafer, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *Ética e Nicômacos*. São Paulo: Nova Cultura, 1987.

_____. *A política*. Traduzido por Roberto Leal Ferreira., 3.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ARNOLETTO, E.J.: (2007) *Curso de teoria política*. Edición electrónica gratuita. Texto completo en www.eumed.net/libros/2007b/300/

ASHTON, Peter Walter. *A história da elaboração do BGB Alemão*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS – nº 31, p. 223-228, novembro de 2013.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67828/70436/>. Acesso em: 14/11/2018.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da segurança jurídica*, 4.^a edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2016.

AZCÁRATE, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual em la Europa*, Tomo I, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, Ronda de Atocha, número 15, MDCCCLXXIX.

AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano Gama de. Habitação e populismo: a Fundação da Casa Popular. In: *Habitação e poder: da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional Habitação* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011, pp. 1-20. ISBN: 978-85-7982-055-7. SciELO Books; <http://boocks.scielo.org>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. *A evolução do direito de propriedade ao longo dos textos constitucionais*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 103 p. 781 - 791 jan./dez. 2008. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67828/70436/>. Acesso em: 14. Nov. 2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 4. ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2016.

AZCÁRATE, Gumersindo de. *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad y su estado actual em la Europa*, Tomo I, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislacion, Ronda de Atocha, número 15, MDCCCLXXIX.

AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano Gama de. Habitação e populismo: a Fundação da Casa Popular. In: *Habitação e poder: da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional Habitação* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011, pp. 1-20. ISBN: 978-85-7982-055-7. SciELO Books; <http://boocks.scielo.org> Acesso em 19. nov.2018.

BARALDI, Cláudio. Semântica. In: CORSI, Giancarlo et al. *GLU: glosario sobre la teoría social de Nicklas Luhmann*. México-DF: Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2006.

BARCELOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 26 Nov. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

_____. Em algum lugar no passado Segurança Jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (org). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem*

a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª edição revista e ampliada, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuição para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 2ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECHMANN, Gothard; STEHR, Nico. *Niklas Luhmann*. In: Tempo soc. vol.13 no.2 São Paulo Nov. 2001. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702001000200010> Acessado em: 10 de abril de 2018.

BERTALANFFY, Ludwig Von. *Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações*. Tradução de Francisco M. Guimarães, 3ª ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

BITENCOURT, Caroline Müller, *Controle Jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

BOBBIO, Norberto. 1909 – *Dicionário de política II*. Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Coordenação da tradução João Ferreira.; Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais, 8ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

_____. *Liberalismo e Democracia*. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira, 2º ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. *O futuro da democracia*, Tradução de Miguel Serras Pereira, Lisboa-pt: Publicações Dom Quixote, 1988.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; Versão técnica de Cláudio de Cicco., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*, 10ª edição., São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Curso de direito constitucional*, 30ª edição atualizada, São Paulo: Malheiros, 2015.

BORGES, A. Tarciso. *Como evoluem os modelos mentais*. Ens. Pesqui. Educ. Ciênc. (Belo Horizonte), Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 66-92, June 1999. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S198321171999000100066&lng=en&nrm=iso>. Acesso: 16 de dezembro de 2018. -

BOTEGA, Leonardo da Rocha. *De Vargas a Collor: urbanização e política habitacional no Brasil*. Revista Espaço Plural. Ano VIII, n.º 17, 2º Semestre de 2007.

BRASIL. *Código Civil, Lei Federal n.º 3.017, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: <https://www.google.com.br/search?source=hp&ei=DcsfXObkIYubwgTOMJmwDA&q=c%C3%B3digo+civil+de+1916&oq=c%C3%B3digo+civil&gs_l=psyab.1.0.35i39l2j0l8.1148.2723..4550...0.0..1.215.1754.0j12j1.....0....1..gws-wiz.....0..0i131.F-rndzLbRk4>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

BRASIL. *Código Civil, Lei Federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 de novembro de 2018.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891 de 24 de fevereiro de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934 de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 de 10 de novembro de 1937*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 de 18 de setembro de 1946*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 10 de março de 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

BRASIL. *Decreto n.º 1.318, de 30 de janeiro de 1854 (Manda executar a Lei nº 601, de 18 de Setembro de 1850)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim1318.htm>. Acesso em: 21 de julho de 2018.

BRASIL. *Lei n.º 601 de 18 de setembro de 1850*. Secretaria de Estado dos Negócios do Império em 20 de setembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 21 de julho de 2018.

BRASIL. *Anuário Estatístico da Previdência Social – AEPS 2017*. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/12/AEPS-2017_04.12.18.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

BRASIL. *Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria da União: relatório de avaliação da execução de programa de governo n.º 66 programa minha casa, minha vida – FGTS*. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/9775.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2019.

BRESSER-PEREIRA, L. C. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado.*, In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. SPINK, Peter Kevin (Organizadores). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. Tradução de Carolina Andrade. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

_____. *Da Administração Pública burocrática à gerencial*. In: BRESSER-PEREIRA, L. C; SPINK, P. (Org). *Reforma do Estado e Administração Pública gerencial*. 7ª edição, Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2006.

BREWER-CARIAS, Allan R. *Derecho Administrativo*, Tomo I, Caracas, 1975.
BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e o direito administrativo*, In: Revista de Informação Legislativa Brasília. Ano 34, n.º 133, janeiro/março, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*, 1.ª edição, 2.ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. DUARTE, Francisco Carlos. *O Estado constitucional de direito na versão neoconstitucionalista e os aspectos críticos da relação entre direito e moral segundo a Teoria dos Sistemas*, In: Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 17, n.2, p.141, ago. 2012. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3962>>. Acesso em: 23.nov.2018.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo.*, Volume II. Coimbra: Almedina, 1980.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANNABRAVA, Alice P. *A grande propriedade rural*. In HOLANDA, Sérgio Buarque de. (Org). *História geral da civilização brasileira*. tomo I, vol. 2, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 15ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPELLA, Ana Cláudia N., Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas, In: *Políticas Públicas no Brasil*. Organizado por Gilberto Hochman, Marta Arretche e Eduardo Marques, Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. Tradução de Newron Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARNELUTTI, Francveso. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira., São Paulo: LEJUS, 1999.

CARRANÇA, Thais. *Minha Casa levou moradia a áreas distantes e sem estrutura, aponta FGV*. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/6079737/minha-casa-levou-moradia-areas-distantes-e-sem-estrutura-aponta-fgv>>. Acesso em: 24 de janeiro de 2018.

CARVALHO, Afrânio de. *Registro de imóveis: comentários ao sistema de registro em face da Lei 6.015, de 1973, com as alterações da Lei n.º 6.216, de 1975, Lei 8.009, de 1990, e Lei 8.935, de 1994*. 4.ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CARVALHO, André Castro. *Direito da infraestrutura: perspectiva pública*., São paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO, Eneuton Dornelles Pessoa de. O aparelho administrativo brasileiro: sua gestão e seus servidores – do período Colonial a 1930, In: *Burocracia e ocupação no setor público brasileiro*. Organizador: José Celso Cardoso Jr. - Rio de Janeiro : Ipea, 2011. v. 5 (19-46) : gráfs., tabs. – (Diálogos para o Desenvolvimento).

_____. O aparelho administrativo brasileiro: sua gestão e seus servidores – de 1930 aos dias atuais. In: *Burocracia e ocupação no setor público brasileiro*. Organizador: José Celso Cardoso Jr. - Rio de Janeiro : Ipea, 2011a. v. 5 (47-89) : gráfs., tabs. – (Diálogos para o Desenvolvimento).

CARVALHO FILHO, José Carlos. *Manual de direito administrativo*., 31ª edição revista, atualizada e ampliada., São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, José Murilo de. *Mandonismo, Coronelismo, Clientelismo: Uma Discussão Conceitual*. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p., 1997 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 de julho de 2018.

CARVALHO NETTO, Menelick. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n.º 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CINTRA, Jorge Pimentel. *O mapa das cortes e as fronteiras do Brasil*. *Bol. Ciênc. Geod.*, Set. 2012, vol.18, no.3, p.421-445.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. N.º31, p.493-525, dezembro de 2008. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 10 de novembro de 2018.

CORREA, Roberto Lobato. *O espaço urbano*. São Paulo: Atica, 1989.

COSTA, Cassia Celina Paulo Moreira da. *A constitucionalização do direito de propriedade privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COSTA PORTO, José da. *O Sistema Sesmarial no Brasil*. Brasília: Universidade de Brasília, s.d.

COSTA, Emília Viotti da. *Da Senzala à Colônia*. São Paulo, Difusão do Livro, 1966.

COSTA, Frederico Lustosa da. *Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de Administração Pública; 200 anos de reformas*. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 42, n. 5, p. 829-874, Outubro de 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122008000500003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 de novembro de 2018.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros, São Paulo: EDAMERIS, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>. Acesso em: 8 de outubro de 2018.

COUTO E SILVA, Almiro. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro*. Revista de Direito Administrativo., Rio de Janeiro, volume 237, p. 271-316, jul. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, Volume I.

_____. *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 1988, Vol. I.

_____. *Tratado de direito administrativo: poder de polícia e política*, 2.^a edição, atualizada, ampliada e revista, volume V., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DAGNINO, Renato Peixoto. *Gestão estratégica da inovação: metodologias para análise e implementação*. Taubaté: Cabral Editora e Livraria Universitária, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

_____. Estado de direito e direitos fundamentais. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz. ROCHA CRUZ, Danielle. (coord.) *Estado de Direito e Direitos Fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 171-184.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*, 3.^a ed. ver. e ampl.- São Paulo: Atlas, 1995.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência no direito tributário: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*, São Paulo: Noeses, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 29ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [edição digital].

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DINIZ, Eli. *Governabilidade, governance e reforma do Estado: considerações sobre o novo paradigma.*, Revista do Serviço Público., Ano 47, volume 120, número 2, p. 05-22. Mai - ago. 1996.

DIP, Ricardo Henry Marques. *Segurança jurídica e a crise da pós-modernidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

DRUMOND, Alexandre Matos; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos; SILVA, Edson Arlindo. *Predominância ou coexistência?: modelos de Administração Pública brasileira na Política Nacional de Habitação*. Rev. Adm. Pública., Rio de Janeiro., v. 48, n. 1, p. 3-25, Feb. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 de janeiro de 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e Políticas Educacionais.*, São Paulo em Perspectiva, 18(2): p. 113-118, 2004.

DYE, Thomas R. *Understanding the public policy*. New Jersey: Prentice-Hall, 1975.

EASTON, David. *The political system*. New York: Willey, 1953.

EGAS, Jorge Zavala. *Teoría de la seguridad jurídica*, In: Juris Dictio – Revista de Derecho, Vol. 12, Núm. 14 (2011). Disponível em: <<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/709/781#>> Acesso em: 5 de abril de 2017.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder, 9ª edição, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984

ENTERRIA, Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.

ESPOSITO, Elena. In: *GLU: glosario sobre la teoría social de Nicklas Luhmann*. México-DF: Universidad Iberoamericana-Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, 2006.

FACHIN, Luiz Edson, *Da propriedade como conceito jurídico*. Vol. 76, n. 0 621, p.16 a 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. 1987.

_____. *A função social da propriedade e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet, 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Comentários ao art. 5.º, XXIII, da CF. In: CANOTILHO J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coordenadores). *Comentários à Constituição do Brasil*, 2.ª ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3.ª edição, revista., São Paulo: Globo, 2001.

FARIA, José Eduardo. *Ideologia e função do modelo liberal de direito e estado*. Revista Lua Nova. São Paulo, n. 14, p. 82-92, June 1988. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451988000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 de novembro de 2018.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: reais*. 12ª revista, ampliada e atualizada. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo; Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 6.ª edição revisada, ampliada e atualizada, Salvador: JusPodivm, 2014.

FERNÁNDEZ, Antoni. *Las políticas públicas*. In: BADIA, Miquel C. (ed). *Manual de ciencia política*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 2006.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito – reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. Ed. Atlas, São Paulo, 2009.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*., 10ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERREIRA, Dimas Enéias Soares. *Experiências recentes de controle social sobre o processo de orçamentação pública municipal no Brasil*. Tema: Tributação, orçamentos e sistemas de informação sobre a Administração Pública. Monografia 2ª colocada no XI Prêmio Tesouro Nacional. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/premio/Premio_TN/XIpremio/sistemas/2tosiXIPTN/2premio_tosi.pdf>. Acesso em: 4 de janeiro de 2018.

FERREIRA, Luciene Maria Pires. *Reflexões acerca da distribuição de terras no período colonial brasileiro: o caso das sesmarias*. In: Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, julho 2011. Disponível em: <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300202997_ARQUIVO_TextoCompleto.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2018.

FIGUEIRA, Lúcia Valle. *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FLEINER, Fritz. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tradução da oitava edição alemã de Sabino A. Gendin. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Editorial Labor, 1933.

FREITAS, A. Teixeira de. *Código Civil: esboço por A. Teixeira de Freitas*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de Documentação, 1952.

FREITAS, Décio. *O Capitalismo Pastoril*. Porto Alegre, Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1980.

FREITAS, Juarez. *Discrecionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas Públicas, Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.

FROES, Fernando. Infra-estrutura pública: conceitos, importância e a intervenção governamental. In: CARDOZO, José Eduardo Martins, QUEIROZ, João Eduardo Lopes e SANTOS, Márcia Walquíria Batista. (organizadores). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*, 5.^a edição revista e atualizada. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GASSEN, Valcir. A natureza histórica da instituição do direito de propriedade. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). *Fundamentos de história do direito*. 3.^a edição, revisada e atualizada, 2.^a tiragem, Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIACOMINI, James. *Orçamento público*. 15 ed. ampl., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 3.^a edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, R. C. C., SILVA, A. B., SILVA, V. P. *Política habitacional e urbanização no Brasil*. Scripta Nova. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales. vol. VII, núm. 146(083). Barcelona: Universidad de Barcelona, 1 de agosto de 2003.. Disponível em <[http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146\(083\).htm](http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-146(083).htm)>.

GONÇALVES, Alcindo. *O conceito de governança*.; Trabalho apresentado no XIV Congresso Nacional do Conpedi (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito). Fortaleza, 2005. Disponível em: <https://www.unisantos.br/upload/menu3niveis_1258398685850_alcindo_goncalves_o_conceito_de_governanca.pdf> . Acesso em 2 de janeiro de 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GRAZIA, De Grazia. Estatuto da cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. Osório, Letícia Marques (Org.) *Estatuto da Cidade e Reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 15-37, 2002.

GROFF, Paulo Vargas. *Direitos Fundamentais nas constituições brasileiras*. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 178, abr/jun.2008.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca, Rio de Janeiro-São paulo: Renovar, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

GUEDES, Luís. *Criatividade, modelos mentais e inovação*. São Paulo: Senac, 2018.

GUERRA, Alexandre. A propriedade imobiliária na legalidade constitucional, in: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coordenadores). *Direito imobiliário brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

GUIMARÃES, Maria Etelvina B. Função social da cidade e da propriedade urbana. In: *Temas de direito urbano-ambiental*. Organizadora: Vanêsa Buzelato Prestes Belo Horizonte: Fórum, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Para a reconstrução do materialismo histórico*; tradução Rúrion Melo, 1.ª ed., São Paulo: Editora Unesp. 2016.

HERKENHOFF, João Baptista. *Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos*. São Paulo: Acadêmica, 1994. 1 v.

_____. *Para gostar do Direito*. 6.ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil*. Tradução João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva, Cláudia Berliner. Revisão da tradução Eunice Ostrensky. Organizado por Richard Tuck. 3.ª ed. Versão brasileira supervisionada por Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. *Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IBGE. *Censo Demográfico 1940-1970*. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=pop122>. Acesso em: 24 de outubro de 2018.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de Tavares Bastos, prefácio de Clóvis Bevilacqua. Ebook Libres, 1909. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/luta.html>>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

JANEIRA, A. L. *Ruptura epistemológica, corte epistemológico e ciência*. *Análise Social*, Lisboa, série 2, volume 9, n.º 34, p. 629-644, abr./jun. 1972. Disponível em <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1224260984P0tKE6sa0Ch37TP8.pdf>>. Acesso em: 2 de janeiro de 2018.

JUNQUEIRA, Luciano A. Prates. *Novas formas de gestão na saúde: descentralização e intersectorialidade*. *Saude soc.* São Paulo, v. 6, n. 2, p. 31-46, Dezembro de 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412901997000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 01 de dezembro de 2018.

JUNQUEIRA, L.A.P. & INOJOSA, R. M. *Desenvolvimento social e intersectorialidade: a cidade solidária*. São Paulo, FUNDAP, 1997.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 8.ª edição revista, ampliada e atualizada, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

KASPER, Humberto. *O proceso de pensamento sistémico: um estudo das principais abordagens a partir de um quadro de referencia proposto*. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/9013/000288315.pdf>> Acessado em 20 de junho de 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 8.ª edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Leonel Severo Rocha, Michael King, Germano Schwartz. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KLEINERT, Tania Margarete Mezzomo. *Administração Pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas*. 2.ª edição, São Paulo: Annablume/Fapesp. 2007.

KOGA, Dirce; NAKANO, Kazuo. Perspectivas territoriais e regionais para políticas públicas brasileiras. In: *Serviço Social & Sociedade*. São Paulo, ano XXVII, n. 85, p. 98-108, mar. 2006.

_____. *Medidas de Cidades: entre territórios de vida e territórios vividos*. São Paulo: Cortez, 2011.

KHOURI, Juliana Georges. A presença do patrimonialismo nos modelos de gestão brasileiro: necessidade de reforma administrativa. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, p. 437-438, 2017.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. Tradução do original alemão [de] Luciana Villas-Boas Castelo-Branco. RJ: EDUERJ: Contraponto, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A dignidade humana como critério para o controle jurisdicional de políticas públicas: análise crítica da atuação do Supremo Tribunal federal brasileiro*. In: Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Marli Marlene Moraes da Costa e Mônia Clarissa Hennig Leal (Organizadoras) – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2014.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico: condições e possibilidades da Constituição do espaço urbano*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São paulo: Atlas, 2013.

LEVI, Margaret. *Uma lógica de mudança institucional*. Dados, Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 34, n. 1, 1991.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. *Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Elisberg Francisco Bessa; CARVALHO, Melissa Morais Falcão de. A concepção do direito de propriedade na Constituição política do Império do Brasil, In: *História do direito* [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UNINOVE; Coordenadores: Giordano Bruno Soares Roberto, Gustavo Silveira Siqueira, Ricardo Marcelo Fonseca. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em:< <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?qt=25>>. Acesso em 18 de dezembro de 2018.

LOCKE, John. *Ensayo sobre el entendimiento humano*. Tradução espanhola de Edmundo O’Gorman, 1.ª edição em espanhol. México: Fondo de Cultura Económica, 1956.

_____. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução Júlio Fischer, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOPES, Ana Maria D’Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

LOPES JR, Dalmir. Introdução. In: *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Traduções de Dalmir Lopes Jr; Daniele Andréa da Silva Manão e Flávio Elias Riche, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel, *El derecho de propiedad*. Una relectio, en *Anuario de Derecho Civil* 51 (1998) 4, p. 1639.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-real. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980.

_____. *Sociologia do direito I*, tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Traducción de Ignacio de Otto Pardo.,Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983a.

_____. *Sociologia do direito II*, tradução de Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Tradução livre feita por Menelick de Carvalho Netto. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo (coord.). *et alli. Il Futuro Della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. *Sistemas sociales: lineamentos para uma teoria general*. Tradução de Silvia Pappé y Brunhilde Erker. Coordenadores Javier Torres Nafarete, Rubí. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá; CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

_____. *A sociedade mundial como sistema social*.,In: Revista Lua Nova.São Paulo, n.º 47, p.186-200, agosto de 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451999000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de janeiro de 2019.

_____. *El derecho de la sociedad*. Traducción: Javier Torres Nafarrete, com colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura, 2.ª ed., México: Herder, 2005.

_____. *Sociologia del riesgo*. Traducción: Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luis Felipe Segura. Coordinador de la Traducción: Javier Torres Nafarrate, 3.ª ed. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

_____. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho.,Seleção e apresentação de João Pissarra,4.ª edição, Lisboa-pt: Veja-Passagens, 2006a._____. *Sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquina y de Rafael Mesa Iturbide, México: Universidad Iberoamericana, 2006b.

_____. *La sociedad de la sociedad*. Tradução deJavier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, 2007

_____. *La moral de la sociedad* (edição Detlef Horster). Madrid; Trotta. Traduzido do original alemão: Die moral der Gesellschaft. Frankfurt: Suhkamp Verlag 2008.

_____. *La política como sistema*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate, Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2009.

_____. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 2010.

_____. *Introdução à Teoria dos Sistemas: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser, 3ª ed. Petrópolis-RJ, 2011

_____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Versión española e introducción de Fernando Vallespín, Madrid: Alianza Universidad, 2014.

_____. *El origen de la propiedad y su legitimación: un recuento histórico*. In: Revista Mad – Universidad de Chile, n.º 33, p. 1-17, 2015.

_____. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger. Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Selo Martins, 2016.

_____. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis-RJ: Vozes, 2016a.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel Editorial. 1994.

_____. *Los derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, edição eletrônica, 2016.

MACPHERSON, C. B. *Teoría política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke*. Tradução de Nelson Dantas. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MANRIQUE, Ricardo García. *El valor de la seguridad jurídica*, México-DF: Fontamara, 2007.

MANSILLA, Darío Rodrigues. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann, In: LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

MARCONI, Marina de Andrade e LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*, 7.ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo*. Volume 1 (livro eletrônico). 3.ª ed., ver., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Benedito Ferreira *Direito agrário brasileiro*. 11. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2015.

MARTIGNETTI, Giuliano. Propriedade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. (Orgs.) *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varrialle et al. 8. ed. Brasília: Ed Universidade de Brasília (Edunb), 1995. vol. 2. Título Original: Dizionario di politica.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima, In: ÁVILA, Humberto (Organizador). *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva.*, São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito administrativo moderno*. 19ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 43ª edição, atualizada até a Emenda Constitucional n.º 99, de 14.12.2017, por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Gustavo Casillo Ghideti, São Paulo: Malheiros, 2018.

MELO, Alexandre José Paiva da Silva. Artigo 5º, caput e incisos I, II e III. In: *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica., In: VALIM, Rafael et al (Coordenadores). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo.*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

_____. *Curso de direito administrativo*. 31ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013, São Paulo: Malheiros, 2014.

MELO, Marcus André. *Governance e reforma do Estado: o paradigma agente x principal.*, In: Revista do Serviço Público., Ano 47, volume 120, número 1, p. 67-82, Jan-Abr, 1996.

_____. Estado, governo e políticas públicas., In Sergio Miceli (org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. vol. III, Ciência Política, reimpressão, São Paulo/Brasília, Editora Sumaré/Anpocs/Capes, 2002.

MENDES, C. M. M. *Construindo um mundo novo. Os escritos coloniais do Brasil nos séculos XVI e XVII*. Tese (Doutorado em História) -Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 13.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENDES, José Sacchetta Ramos. *Desígnios da Lei de Terras: imigração, escravismo e propriedade fundiária no Brasil Império*. Cad. CRH. v. 22, n. 55, p. 173-184, Salvador, abril de 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792009000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de julho de 2018.

MENDES, Ubirajara Carlos. *Sesmarias - uma dívida do rei*. Semina: Revista Cultural e Científica da Universidade Estadual de Londrina, Londrina: v. 9, n. 1, set. 1988.
MEZZARROBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no Direito*, 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGEM, Bruno. *A nova Administração Pública e o novo direito administrativo*. 2.^a edição revisada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 4.^a ed. revista e aumentada, vol. I. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1963.

_____. *História e prática do habeas corpus*. Campinas: Bookseller, 1999. 1 t.

_____. *Tratado de direito privado*. Campinas: Bookseller, 2001, Tomo 11.

MODESTO, Paulo. *Função Administrativa*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

MONTE-MÓR, Roberto Luís de Melo. Do urbanismo à política urbana: notas sobre a experiência brasileira. In: Costa, Geraldo Magela; Mendonça, Jupira Gomes de. (orgs.). *Planejamento Urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas*. Belo Horizonte: C/Arte, 2008.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. 3.^a edição revista e atualizada, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de direito administrativo*. 16.^a edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Vital. *Organização administrativa*., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4.^a ed. Lisboa-Editorial Caminho S.A., 1987.

MORIN, Edgar. *Epistemologia da complexidade*. In: SCHITMAN, Dora Fried (Org); trad. Jussara Haubert Rodrigues. *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

_____. *O problema epistemológico da complexidade*, 3.^a edição, Portugal: Publicações Europa-América, 2002.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações*., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOTTA, Márcia Maria Meneses. *Direito à terra no Brasil: a gestação do conflito, 1795-1824*. São Paulo: Alameda, 2009.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *A Constitucionalização do Direito da Cidade*. Rev. Bras. Gest. Urbana. Curitiba, v. 9, n. 3, p. 527-542, Dec. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2175-33692017000300527&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 de agosto de 2018.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história*. 1.º volume. Tradução de Neil R. da Silva, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1965.

NASCIMENTO, Sueli do. *Reflexões sobre a intersectorialidade entre as políticas públicas*. Serv. Soc. Soc. São Paulo, n. 101, p. 95-120, Mar. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010166282010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 de dezembro de 2018.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira. *Corcundas e constitucionais: a cultura política da independência (1820-1822)*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: O Estado democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*, Coimbra-PT: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Isabel de Assis de. *Direito subjetivo: base escolástica dos direitos humanos*. In: Rev. bras. Ci. Soc. volume 14, n.º 41, p. 31-43. São Paulo out. 1999.

OLIVEIRA, Virgílio César da Silva e. Modelos de Administração Pública, In: *Administração Pública contemporânea: política, democracia e gestão*. Organizadores: Marcos Tanure Sanabio, Gilmar José dos Santos e Marcus Vinicius David. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013.

OLIVEN, R.G. *Urbanização e mudança social no Brasil* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein, 2010. 146 p. Disponível em SciELO Books. Acesso em 20 de agosto de 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da conferência das nações unidas sobre o meio ambiente humano de 1972*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

PARADA, Ramon. *Derecho administrativo I: parte geral*. 15.ª edição. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004.

PARSONS, Talcott. *Sociedades. Perspectivas evolutivas e comparativas*. Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais. São Paulo: Pioneira, 1969.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *La seguridad jurídica desde la filosofía del derecho*. In: Anuario de Derechos Humanos, nº. 6. Madrid: Universidad Complutense, 1990. Disponível em: <http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/10384/seguridad_Peces_ADH_1990.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 8 de dezembro de 2018.

PECI, Arketa. Regulação e administração pública, in: GUERRA, Sérgio. *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, Edição do Kindle.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. Atualizado por Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, 24ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira, *Função social da propriedade urbana e o plano diretor*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

PRADO JR., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Hoilzhausen. Revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmico das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In: *Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil* [recurso eletrônico]. Caroline Müller Bitencourt, Janriê Rodrigues Reck. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

RIBEIRO, Carolina Silva e OLIVEIRA, Gilca Garcia de. *Poder político e propriedade da terra no território do Velho Chico, Bahia*. In: Revista Brasileira de Ciência Política, n.º 17. Brasília, maio - agosto de 2015, p. 179-207. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n17/0103-3352-rbcpol-17-00179.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2018.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade, In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2ª edição revista e ampliada, 1ª reimpressão, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2005.

RODRIGUES-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El buen Gobierno y la Buena Administración de instituciones Públicas: adaptado a la Ley n.º 5 de 2006 de 10 de abril*, 1ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

_____. Los principios de seguridad jurídica, buena fe y confoanza legítima., In: VALIM, Rafael et all (coordenadores). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: A sociedade como sistema*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2012.

RODRIGUES, Marta Maria Assumpção. *Políticas públicas*. São Paulo: Publifolha, 2011.

ROLNIK, Raquel. A construção de uma política fundiária e de planejamento urbano para o país: avanços e desafios. In: BUENO, Laura Machado de Mello; CYMBALISTA, Renato (orgs.). *Planos Diretores Municipais: novos conceitos de planejamento territorial*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 271-283.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução Orlando Roque da Silva. Edição eletrônica. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

RÜCKERT, Joachim. *O BGB – um código que não teve oportunidade?* Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 34, p. 5-37, agosto de 2016.

SALLUN JR, Brasílio. *Metamorfoses do Estado brasileiro no final do século XX*. Revista Brasileira de Ciências Sociais – Vol. 18, n.º 52, 2003.

SANCHÍS Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: Anuário de la Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, n.º 5, 2001.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Princípios de derecho administrativo*. vol. 1, 1ª edição, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

SANTOS, Maria Helena de Castro. *Governabilidade, Governança e Democracia: Criação de Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós-Constituinte*. Dados, Rio de Janeiro, v. 40, n.º 3, 1997. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 de janeiro de 2019.

SANTOS, Marnoco e. *História das Instituições do direito romano, peninsular português: preleções feitas ao curso do 2.º ano jurídico do ano de 1904 a 1905*. 3.ª edição, Coimbra-PT, Amado Editor, 1910.

SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3.ª ed., São Paulo: Hucitec, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. revista e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. revista, atualizada e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais*. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho [et al.], São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: *Direitos fundamentais e o estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. Coordenação George Salomão Leite, Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra(pt): Coimbra Editora, 2009.

_____. *Direitos, Democracia e República: escritos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SARAVIA, Enrique. Política pública: dos clássicos as modernas abordagens. Orientações para leitura. In: SARAVIA, Henrique, FERRAREZI, Elisabete (orgs). *Políticas públicas, coletânea*. vol. 1. Brasília: ENAP, 2007.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhardt. *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*. Tradução de M. Bacigalupo et al. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro., In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence.*, 2.^a edição revista e ampliada, 1^a reimpresão., Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SECCHI, Leonardo. *Modelos organizacionais e reformas da Administração Pública*. Revista Adm. Pública., Rio de Janeiro. , v. 43, n. 2, p. 347-369., Abril de Apr. 2009. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122009000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 de janeiro de 2019.

_____. *Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções*. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

_____. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2.^a ed., São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SCHMIDT, João Pedro. Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos. In: *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Jorge Renato dos Reis e Rogério Gesta Leal (Organizadoras) – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

_____. *Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas*. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set. 2018.

SICHES, Luis Recasens. *Vida humana, Sociedad y Derecho: fundamentación de la filosofía del derecho*. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/89607.pdf>> Acesso em: 20 de setembro de 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2^a ed. rev. at. 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Constituição e segurança jurídica*. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (Coord). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2^a edição revista e ampliada, 1^a reimpresão, Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, Helena Maria Menna Barreto. *Terra e moradia: que papel para o município?* São Paulo: USP, 1997. 260 p. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Estruturas Ambientais Urbanas, Universidade de São Paulo.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coleção teses. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

SILVA, José Maria Alves da. *Administração Pública e cultura patrimonialista*. Práticas de Administração Pública, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 25-41, abr. 2017.

SINGER, Paul. *O que é a economia*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Contexto, 1998.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3.ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006.

_____. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: Hochman, G.; Arretch, M.; Marques, E. (Organizadores). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora Fiocruz, 2007.

SOUZA, Joseane de; TERRA, Denise; CAMPOS, Mauro. *Mobilidade populacional e as novas espacialidades urbanas: municípios da Ompetro*. Rio de Janeiro (2000-2010). EURE (Santiago), Santiago, v. 41, n. 123, p. 53-80, 2015. Disponível em <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0250-71612015000300003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 28 de outubro de 2018.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *A Função Social da Terra*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

SPOSATI, Aldaíza. *Gestão pública intersetorial: sim ou não? Comentários de experiência*. Serviço Social & Sociedade. São Paulo, n. 85, p. 133-141, mar. 2006.

SUBIRATS, J. et al. *Análisis y gestión de políticas públicas*, Barcelona: Ariel, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3.ª Edição Revista e Atualizada, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2004

_____. *Contornos constitucionais da propriedade privada*. In: Temas de Direito Civil. 3.ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

TONELLA, Celene. *Políticas urbanas no Brasil: marcos legais, sujeitos e instituições*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 28, n. 1, p. 29-52, Apr. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 de agosto de 2018.

TORRES, Marcos Alcino. Impacto das novas ideias na dogmática do direito de propriedade: a multiplicidade dominial. In: *Transformações da propriedade privada*. Maurício Mota (organizador). Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TORRES NAFARRATE, Javier. *Niklas Luhmann: la política como sistema*. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2009.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoético*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VAITSMAN, Jeni; RIBEIRO, José M.; LOBATO, Lenaura. *Policy analysis in Brazil: the state of the art*. In: VAITSMAN, Jeni; RIBEIRO, José M.; LOBATO, Lenaura (Ed.). *Policy analysis in Brazil*. Bristol: Policy Press at University of Bristol, 2013.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo., In: VALIM, Rafael et al (cCoordenadores). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*., Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

VARELA, Laura Beck. *Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um Estudo de História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VASCONCELOS, Pedro. *De redes a territórios: o Império colonial português*. GOT, Porto, n. 10, p. 35-54, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-12672016000200003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 jul. 2018.

VIANA, Nildo. *Introdução à sociologia*. 2ª edição, Belo Horizonte: Autêntica, 20.

WALD, Arnaldo. *Direito de propriedade*. Enciclopédia Saraiva de Direito. Coordenação do Professor R. Limongi França, São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 26, p. 267-292.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. GERTH. H. H.; MILLS, C. Wright (Org.), Tradução: Waltemir Dutra. Revisão Técnica: Fernando Henrique Cardoso, 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; revisão técnica de Gabriel Cohn, 3ª edição. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____. *Sociedade e economia: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Versão técnica de Gabriel Cohn., 4.ª ed., 3.ª reimpresão., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2012.

_____. *O que é a burocracia*. Disponível em: <http://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livro_burocracia_diagramacao.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

WILCKEN, Patrik. *Império à deriva: a corte portuguesa no Rio de Janeiro, 1808-1821*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 2010. [recurso eletrônico].

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. 3ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

YAZBEK, Maria Carmelita, MESTRINER, Maria Luiza, CHIACHIO, Neiri Bruno, RAICHELIS, Raquel, PAZ, Rosângela, NERY, Vânia. O Sistema Único de Assistência Social em São Paulo e Minas Gerais: Desafios e perspectivas de uma realidade em movimento. In: COUTO Berenice Rocha, YASBEK, Maria Carmelita, SILVA, Maria Osanira da Silva, RAICHELIS, Raquel. (Orgs.). *O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: Uma realidade em movimento*. 2ª. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2011.

ZEA, Arturo Valencia. *Origen, desarrollo y critica de la propiedad privada*. Bogota-Colombia: Editorial Temis Libreria, 1982.

