

Rogério Russo Lupo

A FUNÇÃO SOCIAL COMO AGENTE LIMITADOR-CONFORMATIVO DA PROPRIEDADE

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
2007**

Rogério Russo Lupo

A FUNÇÃO SOCIAL COMO AGENTE LIMITADOR-CONFORMATIVO DA PROPRIEDADE

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Manoel de Arruda Alvim Netto.

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
2007**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Ao grande mestre e mentor, Professor Arruda Alvim, por toda a atenção, dedicação, paciência e gentileza sempre dispensadas. Aos meus queridos pais, fundamentais e grandes incentivadores de tudo isso. Aos meus avós, tios, primos e a toda família. Ao meu filho, Luís Eduardo, que um dia há de sentir orgulho de seu pai. Aos meus amigos (sem exceção), por toda a paciência, carinho e compreensão sempre presentes. E, principalmente, a DEUS, pai e eterna fonte de inspiração e motivação.

RESUMO

Este trabalho procura demonstrar a evolução do conceito de Propriedade no Direito, desde a Antigüidade até os dias de hoje. Para tanto, estuda a cronologia e a evolução histórica da Propriedade até chegar ao conceito contemporâneo de função social de propriedade.

O estudo da função social da propriedade abrange sua conceituação, evolução histórica e constitucional, suas limitações, seus beneficiários e sua normatização em face do advento do Código Civil de 2002.

O instituto da função social da propriedade fundamenta-se no direito à liberdade, entendido no sentido livre e objetivando propiciar o justo acesso à utilização dos bens, tanto no desenvolvimento da pessoa como na sua dignidade humana.

Assim, será demonstrado a seguir que o “*absolutismo*”, antes preponderante nas legislações reguladoras da Propriedade e que foram perdendo espaço, hoje se preocupa – e muito – com a destinação a ser dada à Propriedade. Certamente que as legislações aplicáveis, especificamente o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988, estipulam hipóteses e limites para a aplicabilidade da função social da propriedade, não permitindo a criação de uma situação caótica e muito menos um estado de anarquia absoluta.

Finalmente, cumpre-se ressaltar que o Código Civil de 2002 abraçou o novo conceito de propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres e voltada à vocação primordial de atender à função social. Diversas inovações, como a perda da propriedade mediante indenização para terceiros possuidores que lhe confirmam função social, o abandono e a arrecadação da *res* pelo Estado, os novos prazos e modalidades de usucapião, as novas regras de direito de vizinhança dão nova feição ao direito das coisas, afinado com os princípios constitucionais vigentes.

Palavras-chave: função social da propriedade; direitos reais; propriedade

ABSTRACT

This essay aims at illustrating the evolution of the legal concept of Property, from Ancient times to present. To demonstrate this, it analyzes the chronology and the historical evolution of Property until the contemporary concept of social function of Property.

The study of the social function of Property consists of its concept, historical and constitutional evolution, limitations, beneficiaries and regulation upon the enactment of the 2002 Brazilian Civil Code.

The “legal institute” of the social function of Property is based on the right to freedom, as it is normally interpreted, and focuses on the purpose of allowing access to the use of property, concerning not only the development of a person’s welfare but also her human dignity.

Thus, it will be demonstrate that the “*absolutism*” prevailing in ancient Property laws, which has been losing ground and nowadays has a different meaning, now focuses on the objective to be given to Property. Certainly, the applicable laws, specially the 2002 Brazilian Civil Code and the 1988 Federal Constitution of 1988, established hypothesis and limits to the applicability of the social function of Property, which precluded both a chaotic situation and an absolute anarchic state.

Finally, it is worth pointing out that the 2002 Brazilian Civil Code has incorporated the new concept of property, which represents a complex legal relationship, full of rights and duties, and which focuses primarily on the fulfillment of its social function. Several innovations, such as the loss of Property upon the indemnification to third persons, who, by taking possession of the land, end up granting a social function to such property, the abandonment and the seizing of the *res* by the State, the new statute of limitations and forms of ownership resulting from adverse possession, as well as the new rules regarding easements ensure a new form of Property law, which complies with the prevailing constitutional principles.

Key words: Social function of Propriety; right in *rem*; property

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT	6

CAPÍTULO I

1. Introdução.....	8
2. Escorço Histórico	17
3. Conceito.....	33
4. Evolução Constitucional.....	42

CAPÍTULO II

1. A Função Social da Propriedade.....	61
1.1. Propriedade Rural	69
1.2. Propriedade Urbana	85
2. Função Social e a Propriedade Privada	113
3. Limitações ao Direito de Propriedade	118

CAPÍTULO III

1. Destinatários da Função Social.....	121
2. A Função Social da Propriedade no Código Civil de 2002	127

CAPÍTULO IV

1. Conclusões	139
2. Bibliografia	147

CAPÍTULO I

1. Introdução

O direito de propriedade é o direito subjetivo¹ que tem a pessoa física ou jurídica de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo² bem como reivindicá-lo de quem injustamente o detenha.

¹ Na visão de Arruda Alvim, (...) devemos acentuar que não há contradição, apesar de muitos assim entenderem, entre considerar-se a propriedade direito subjetivo, mas informado pela função social. Havendo necessidade de se acomodarem essas posições conceituais – *direito subjetivo de propriedade*, que deve ter função social – deve-se atribuir preponderância ao direito de propriedade, como direito subjetivo, na hipótese de configurar-se conflito, que, portanto, será aparente (...). Se se trata de *função social da propriedade*, é certo que a exigência da função social pressupõe a subsistência do direito de propriedade (salvo caso extremo, v. g., o do art. 182, § 4º, inc. III, CF, em que, ainda, se resguarda o valor econômico do direito de propriedade). A *função social* é um valor assumido pelo texto constitucional e é, *primordialmente*, dirigido ao legislador, dado que é a lei que há de realizar a função social da propriedade. (...)” (trabalho sem publicação oficial).

² Sobre este assunto elucida Arruda Alvim que: “é necessário ter-se presente que a propriedade sobre coisas, imóveis e móveis, não é a única forma que assume o direito de propriedade. Existe também a ‘propriedade’ no campo dos direitos autorais e, outras situações de direitos sobre coisas incorpóreas, *que não pode*, em tudo e por tudo, *ser assimilada à propriedade, tal como definida no art. 1.288, caput do Código Civil. Numa palavra, referimo-nos aos bens imateriais.*

A chamada propriedade desses bens não pode ser enquadrada na conceituação do art. 1.228, *caput*, à semelhança do que se passa, em relação ao conceito do direito de propriedade do § 903, do Código Civil alemão (...) cuja conceituação, igualmente, não abriga a situação dos *bens imateriais*. No Código Civil português, afirma-se a mesma coisa, conforme se vê da redação do seu art. 1302º: “Art. 1302º (Objecto do direito de propriedade) Só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto do direito de propriedade regulado neste código”. Fica, portanto, extirpadas as dúvidas o que pode ser objeto do direito de propriedade, tal como disciplinado pelo Código Civil português, o que, de resto, repercute no que pode ser objeto de posse”. Esclarece ainda, referido autor, que “os chamados *direitos imateriais*, relativos aos *bens imateriais*, dizem respeito a *bens que, em si mesmos, carecem de corpo, ainda que, em muitos casos, para que possam ter a destinação econômica a que são destinados, hajam de vir a ser materializados* e, isto ocorrendo, como no caso dos direitos autorais, tal como um livro comprado por alguém, e, com isto, *em relação a esse livro*, então, cair-se-á no sistema do Código Civil. Mas, o direito autoral, *em si mesmo, é imaterial.*” (obra sem publicação oficial)

Conforme veremos adiante, o exercício da propriedade não será ilimitado, como ocorria na Antigüidade, mas limitado pela lei; as restrições ao exercício pleno e ilimitado de propriedade podem ser de caráter eleitoral, penal, constitucional, civil, dentre outros.

Para Luiz da Cunha Gonçalves³ *direito de propriedade é aquele que uma pessoa singular ou coletiva efetivamente exerce sobre uma coisa certa e determinada, em regra perpetuamente, de modo normalmente absoluto, sempre exclusivo, e que todas as outras pessoas são obrigadas a respeitar*. No conceito de Cunha Gonçalves, são destacados os caracteres da propriedade, desprezando os seus elementos constitutivos.

Após a conceituação do direito de propriedade, é indispensável que analisemos os vários significados da propriedade, como ensina o mestre Pontes de Miranda ao afirmar que “*em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio*⁴ *ou qualquer*

³Tratado de Direito Civil, vol. I, Tomo I, 1955.

⁴No que diz respeito à terminologia, aparece usualmente, na doutrina nacional e estrangeira, dois termos: *propriedade* e *domínio*. Alguns estabelecem sinonímia entre ambos, outros distinguem aquela do domínio, pois crêem-na mais abrangente, por extravasar o âmbito das coisas corpóreas; ao passo que o domínio se referiria apenas às coisas propriamente ditas. O Código Civil não mais se utiliza, significativamente, da expressão *domínio*.

O Código Civil utiliza-se da expressão *domínio* ao referir-se à passagem de bem para o domínio do patrimônio das pessoas políticas (art. 39, parágrafo único, em relação aos Municípios e da União); art. 98, referindo-se a bens do domínio nacional, com vistas a distinguir bens públicos dos particulares. (explanção elucidada de Arruda Alvim, obra sem publicação oficial).

*direito patrimonial. Tal conceito desborda o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (...). Em sentido quase coincidente, é todo direito sobre as coisas corpóreas e a propriedade literária, científica, artística e industrial. Em sentido estritíssimo, é só o domínio.”*⁵

Esta concepção ainda hoje é muito utilizada por boa parte da doutrina, conforme entendimento de Washington de Barros Monteiro:⁶

“Com efeito, a exata concepção é a de que propriedade é inerente à própria natureza humana; ela representa a condição de existência e de liberdade de todo o homem”.

Ainda o ilustre mestre Washington de Barros Monteiro assevera: *“o direito de propriedade, o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas”.* Pode-se afirmar ser ele a pedra fundamental de todo o direito privado, destacando-se que a sua importância é tão relevante no direito como na sociologia e na economia política.⁷

⁵ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti, *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, 1983, 4ª edição.

⁶ *Direito das Coisas*.

⁷ Acentua a idéia o professor Arruda Alvim, versando que o direito de propriedade é direito fundamental, assim denominado no plano do direito constitucional, quando a previsão normativa encontrar-se (ou, encontrar-se

No entanto, entre os diversos problemas que surgem para o estudo do Direito no século passado e também neste início de século, situa-se a análise da função social da propriedade imóvel e, por conseguinte, a realização de direitos humanos elementares, como o de ter uma moradia⁸ ou possuir um mínimo de solo fértil para prover o seu sustento e o de sua família.

A apropriação do solo, seja urbano, seja rural, para fins meramente especulativos, acaba por gerar um quadro de instabilidade social, violência, criminalidade e poluição, além de contribuir decisivamente para a concentração de riqueza e distribuição de miséria.⁹

É imprescindível, portanto, enfrentar esse abuso do direito de propriedade de forma a situar o direito rente à vida, a serviço do homem e de suas necessidades vitais, contribuindo para a criação de uma sociedade mais justa e solidária

também) dentre os direitos fundamentais, e, é enquadrável na categoria dos direitos subjetivos, no patamar do direito civil. (idéia extraída de trabalho sem publicação oficial).

⁸ Direito este, explicitamente garantido na Constituição Federal, *verbis*: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a **moradia**, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (grifo nosso)

⁹Pode-se dizer, conforme dispõe Arruda Alvim em suas lições, que a configuração do instituto da propriedade recebe direta e profundamente influência dos regimes políticos em cujos sistemas jurídicos é concebida e pelos quais é esse direito abrigado. Efetivamente, a estruturação do sistema econômico, se não é o principal, é, pelo menos, um dos elementos definidores dos regimes políticos, que, nessa medida, ou se afastam, ou se aproximam, uns dos outros. Desta forma, é fatal que haja variações na concepção de cada regime político a respeito da figura jurídica da propriedade.

conforme preconiza o texto constitucional.

A utilização especulativa da propriedade, como vem ocorrendo na atualidade nos espaços urbanos e rurais, obstando a realização de direitos fundamentais, como o direito de moradia e o de trabalho, deve ser eliminada. Segundo Luiz Edson Fachin, *a função social da propriedade corresponde a uma formulação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade*. Em outras palavras, a tutela da situação proprietária passa pelo respeito da situação não proprietária. O Código Civil precisa ser estudado à luz da Constituição Federal.

Assim, o direito de propriedade, embora não seja concedido ou reconhecido em função da sociedade, deve ser exercido em função desta, produzindo e abrigando, e não servindo de reserva de capital a enriquecer o seu *domino*, em detrimento dos objetivos fundamentais de deixar a nossa sociedade mais justa e solidária.

Para A. Trabucchi,¹⁰ a propriedade privada “è riconosciuta e garantita per la tutela della personalità umana del soggetto nella sua proiezione nel mondo economico”. E ainda: “la terra, in definitiva, unico patrimonio dell’uomo”, sobre o qual (invocando G. Capograssi¹¹) “l’uomo cammina, su cui poggia le sue case e le sue tombe, su cui poggia, si può dire, la sua storia”.

¹⁰ Istituzioni di diritto civile, Padova, 1985, 27.^a ed., p. 406. Apud, Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*.

¹¹ Opere, Milano, 1959. Apud Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*.

Além disso, segundo L. Ammannanti,¹² onde se lamenta a presença do íntimo vínculo entre propriedade e liberdade, de Locke e Kant até Hegel, o qual, como é sabido, *“caraterizza la proprietà come la sfera esterna di oggettivazione della libertà del singolo soggetto, per cui la proprietà esiste solo in relazione al potere del libero soggetto”*. E acrescenta: *“In questa caratterizzazione della proprietà privata come oggettivazione del volere personale del singolo, che in essa giuridicamente si riconosce, si manifesta la compiuta accettazione della naturalità della struttura sociale capitalista, del mercato incui la mediazione resta affidata a puri rapporti di compra-vendita, a relazioni di scambio tra proprietari.”*

As citações mencionadas trazem em seu bojo a conceituação moderna de propriedade, que com a promulgação da Constituição de 1988, apóia o binômio propriedade-liberdade, imposta como conclusão necessária para quem se dispõe a lastrear sua investigação em dados oferecidos pelo ordenamento legislativo, refutando, justamente, uma metodologia falsamente generalizante.

De fato, a variedade e a relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina, não seria nem oportuno nem possível retornar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata.

¹² “Proprietà”, in Dizionario critico del diritto, coord. por C. Donati, Milano, 1980, p. 330 e ss. Apud, Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*.

Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento jurídico positivo, cada estatuto proprietário.

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas uma situação jurídica subjetiva, típica e complexa, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.¹³

Cuida-se da tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da “*massima signoria sulla cosa*” – formulação incompatível com a idéia de relação intersubjetiva.¹⁴

¹³ P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, Napoli, 1970, p. 91. A gradual afirmação dessa corrente de pensamento pode ser verificada nos anais do Congresso de Camerino de 1981, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*.

¹⁴ Há coincidência entre a concepção da propriedade como direito absoluto, com a significação de que são carregadas essas expressões e a sua existência entre o perfil adotado no Estado Liberal e o que é adotado no Estado do Bem-Estar Social. O que se pode distinguir é que, no Estado Liberal, os termos direito e absoluto eram carregadas de ideologia, enfaticamente agregadas à enunciação destes, cujo modelo foi a noção do direito de propriedade da concepção jurídica francesa (art. 554 do Código Civil francês), e quase um século depois, da concepção jurídica germânica (§ 903 do Código Civil alemão). Já no Estado do Bem-Estar Social, essas expressões podem-se explicar apenas no plano dogmático do direito. Neste ambiente, crescem delimitações ao direito de

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem.

A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica da propriedade.

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo *“il titolo giustificativo, la causa dell’attribuzione”*, dos poderes do titular, ou seja, *“il*

propriedade sem, todavia, alterar a essência substancial do direito, mas modificando profundamente o ambiente em que as propriedades existem. (conceito extraído das lições do mestre Arruda Alvim, obra sem publicação oficial)

fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo con la sua appartenenza ad un organismo sociale".¹⁵

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu “*profilo interno*” e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um “*massimo sociale*”.

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico. Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta integrados em seu conteúdo – modos de aquisição e de utilização. Mais ainda: até mesmo um “*cono gelato*”, no dizer de autorizada doutrina, não pode deixar de cumprir uma precisa função social.

¹⁵ P. Perlingieri, *op. cit.*

2. Escorço Histórico

A evolução história do conceito de propriedade teve marcantes influências, ao abandonar a concepção clássica de propriedade, da Roma Antiga, que traduzia um direito marcadamente individual. Como expõe Eros Roberto Grau, a evolução da propriedade “*plena in re potestas*” para a idéia de propriedade-função consubstancia a “*revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função*”.¹⁶

Durante a Idade Média, no Regime Feudal,¹⁷ persiste a concepção

¹⁶ Eros Roberto Grau, Função Social da Propriedade (Direito Econômico), *Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo.

¹⁷ Aprofundando mais o tema, Arruda Alvim, em obra sem publicação oficial, explicita que, “no período feudal conceberam-se várias formas de propriedade:

1ª) A *propriedade comunal*, que basicamente se constituía em uma propriedade comum, designada, em alemão, pelo termo *Mark*, sendo proprietária a *tribo*, com o uso e gozo para os seus membros.

2ª) A *propriedade alodial*, que se assemelha à propriedade livre, de que foi o germen e é assemelhada à que hoje concebemos como configuradora do perfil do direito de propriedade contemporâneo, caracterizando-se pela possibilidade de alienação por parte daquele que era proprietário e que fazia a terra produzir.

3ª) A *propriedade beneficiária*, que era cedida por reis ou nobres, para que fosse explorada pelo plebeu; àquele que explorava a terra concedia-se o domínio direto ou útil, mas não a possibilidade de disposição.

4.ª) A *propriedade censual*, que cabia àquele que explorasse a terra e a fizesse produzir, desde que pagasse um “cânon” a alguém.

5ª) A *propriedade servil* era deferida aos servos, só enquanto ligados à gleba. O que marcou, pois, a concepção da propriedade, na época medieval, e o que podemos verificar desta breve exposição, foi a existência constante de

individualista. As investigações acerca da função social da propriedade remontam à doutrina cristã da Idade Média, sobretudo à *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino.

O liberalismo do século XIX consagrou a idéia da coincidência dos interesses individual e coletivo.¹⁸ O direito subjetivo, segundo tal doutrina, atingiria

dualidade de sujeitos. Havia aquele que podia *dispor* da terra e a *cedia* a *outrem* (fosse este quem pagasse o cânon, fosse o servo, etc.), mas a disponibilidade e titularidade reais do bem cabiam sempre àquele que detinha o poder político. O direito dos outros do direito deste se originava e dependia. A transmissão de propriedade por herança se dava de senhor a senhor, e de proprietário beneficiário a proprietário beneficiário, pois a sociedade era marcadamente estratificada, composta por classes sociais nitidamente segmentadas. O direito das sucessões “realiza-se” confinadamente dentro de uma classe social, em relação a bens e coisas com significação econômica. Assim, por herança, um servo da gleba não poderia tornar-se senhor. Dificilmente, aliás, poderia sair desta condição, exceto por dois caminhos: o do clero e o das armas. A essência do poder feudal residiu no fato de que “a posse da terra é a fonte do poder político”, e a terra era cultivada por pessoas integrantes de um *status* determinado pela *tenure*, e, ainda, “o cultivo da terra [se dava] pelo exercício de direitos sobre pessoas”. Em conformidade com Gerber, quanto ao direito real, que consistiu a “parte principal do direito medieval”, podemos dizer que: “O direito real alemão da Idade Média é indubitavelmente a expressão das condições econômicas desse tempo”. A avaliação desta afirmação demanda demonstração, para Gerber, pelo que, como diz este último, nos devemos reportar a obras de economia política. Afirma, esse autor, que os direitos reais são os mais próximos de uma visão empírica, e o elemento jurídico apenas se reveste das [adere] formas empíricas assumidas. E, continua: “Assim se pode dizer que a definição desses direitos até um certo grau é abandonada à causalidade das concatenações de fato do comércio humano”. Dados similares são fornecidos, em nossa literatura, por Erolthus Cortiano Júnior, ao analisar a propriedade feudal na qual percebemos existir o mesmo entendimento, sublinhando, com apoio em Paulo Grossi, que, na Idade Média, o direito da propriedade gravitava em torno da coisa, diferentemente do que veio a ocorrer, quando o direito de propriedade passou a referir-se ao sujeito do direito. A propriedade medieval era ‘construída’ a partir do juiz e do notário, traduzindo-se na sua estrutura “a mentalidade de então”.

Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio permanecesse numa determinada classe social, de tal forma que esta não perdesse o seu poder no contexto do sistema político. E esse sistema existiu durante todo o período do feudalismo.”

¹⁸ No contexto do pensamento cristão, tal como se manifestou em fins do século XIX, com raízes no cristianismo da Idade Média, ligou-se o sentido de propriedade a uma renovada noção de dignidade humana. Ao influxo de idéias decorrentes desta forma de abordagem da propriedade, ao longo dos séculos, paulatinamente, e de mutações na

tão melhor sua finalidade quanto menores fossem as limitações impostas. Vimos, porém, que propriedade individual não significa necessariamente *laissez faire*, mas sim intervenções legislativas com o propósito de favorecer o esquema liberal.

O século XX assistiu, em virtude de acontecimentos sociais e históricos, à intervenção estatal nas atividades sociais e econômicas, agora sob nova ótica. Em consequência disso, houve uma redução da liberdade e da autonomia privada, limitadas por normas de ordem pública.

A Igreja Católica desempenhou um significativo papel na evolução conceitual do conteúdo da propriedade, adequando-a às novas relações sociais. As idéias tomistas do *bem fecundo* e do *bem comum* converteram-se, no direito moderno, nas noções de produtividade e de uso condicionado ao bem-estar social. Para a Igreja, a propriedade não é uma função social a serviço do Estado, pois que assenta sobre um direito pessoal que o próprio Estado deve respeitar e proteger. Mas tem uma função social: está subordinada ao bem comum. É um direito que comporta obrigações sociais. Esse pensamento está expresso em diversas encíclicas, tais como a “*Quadragesimo Anno*”,¹⁹ em 1931, do papa Pio XI, que ratificou a natureza individual e social do direito de propriedade, destacado o seu caráter social e público. O ponto mais alto desta

economia, ruíam as concepções medievais do instituto. (idéia extraída de Arruda Alvim, obra sem publicação oficial).

¹⁹Nessa encíclica, a idéia de uma visão social de propriedade é reafirmada, juntamente com a necessidade de o Estado reconhecê-la e defendê-la, porém em função do bem comum.

orientação eclesiástica é a encíclica papal *Mater e Magistra*, de João XXIII, do ano de 1961. Tal encíclica menciona inclusive uma espécie de *hipoteca social* que deveria pesar sobre cada propriedade (Orlando Gomes²⁰). O papa João Paulo II, na “*Cente simis annus*”, comemorando o centenário da “*Rerum Novarum*”, e em acordo com suas anteriores encíclicas sociais – “*Laborens exercens*”, “*Solicitude rei socialis*” – repete a licitude e a necessidade da propriedade privada, com a observância dos limites que sobre ela recaem.

A Revolução Francesa também a influenciou, pois que representou um movimento destinado a abolir as diferenças sociais, propugnado por uma ordem lastreada na igualdade e na legalidade, trazendo os princípios do liberalismo em substituição ao despotismo da época feudal.²¹ A sua consagração adveio com a

²⁰ Direitos Reais.

²¹ Explicita detalhadamente Arruda Alvim: “Podemos também dizer, assim, que a propriedade assumiu, ou procurou realizar, no Código Civil francês, em meados do século XIX, uma “identidade” entre o *dominus* e o efetivo senhor da coisa, isto é, estabeleceu-se uma relação de *pertinência* idônea (o quanto possível) no seguinte sentido: aquele que era o *proprietário* seria aquele que *operaria* a coisa, e não existiria mais, como não veio efetivamente a subsistir, um mecanismo institucionalizado consistente em que o *dominus* nada fazia e outrem *permanentemente* operava a coisa, para produzir riquezas, substancialmente, em benefício daquele, como na Idade Média.

Com a Revolução Francesa, a liberdade idealizada, praticamente absoluta, e que veio a ser *largamente* pregada e concretizada, no campo do direito obrigacional, servia à burguesia, para o fim de lhe proporcionar condições ideais ao desenvolvimento pleno de suas potencialidades, isto é, ao lado da assunção do poder político, criar as condições necessárias à expansão de sua riqueza. No campo do direito das coisas, igualmente servindo aos interesses da burguesia, a *ênfatizada* estrutura rígida desse direito de propriedades e dos direitos reais veio a proporcionar segurança ao “novo” proprietário, personagem social, em grande escala coincidente com o burguês. Isto é, se constitui, tal sistema rígido, *enformador* do direito das coisas, um repositório de segurança, onde tal classe social podia alojar e manter o patrimônio de que era detentora (acumulado, em escala acentuada, muito antes mesmo da Revolução Francesa), e que resultou multiplicado no tecido jurídico-social representado pelo regime do liberalismo,

“Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, em 26 de agosto de 1789 proclamada pela Assembléia Constitucional da Revolução Francesa.²²⁻²³

Além disso, a Primeira Grande Guerra trouxe conseqüências ao

ainda que se debitem a isso efeitos indesejáveis, que recaíram em outros segmentos sociais. Esta florescência da burguesia, em verdade, trouxe o sacrifício de segmentos da população.” (trabalho sem publicação oficial)

²²Nas pesquisas realizadas por Arruda Alvim, informa John Gilissen (*Introdução Histórica ao Direito, cit.*, pp. 645 e seguintes) que ao lado de ofertar dados históricos influentes na estrutura da Revolução Francesa, desembocaram na supressão definitiva de qualquer resquício do feudalismo, o que determinou o perfil do direito de propriedade emergente da Revolução francesa e cunhado no Código Napoleão. Como resultado desses acontecimentos, a contar da “noite de 4 de agosto de 1789” e em datas sucessivas, verificou-se a “destruição do feudalismo”, com a libertação do solo dos inúmeros e complexos encargos, que sobre esse pesavam desde a Idade Média “e [se] restabeleceu assim a propriedade plena, livre e individual que o direito romano tinha conhecido” (p. 645). Deve-se dizer que essa *destruição do feudalismo*, em agosto de 1789, *em rigor*, acabou por enterrar os *restos do feudalismo*, pois este já era um sistema que vinha se exaurindo há séculos; ou, por outras palavras, “A Revolução Francesa simplesmente aboliu esses remanescentes [do feudalismo] na França...”. O processo de erosão do feudalismo começara muito antes, e, já em 1500, afirma que os principais países europeus “tinham poucos servos na antiga acepção da palavra” (V. David S. Landes. *Riqueza e a Pobreza das Nações*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1998, no capítulo *O Status do Campesinato*, p. 265).

²³ Continua explicitando o mesmo autor que: “Dos textos dos arts. 554 e 555 do Código Civil Francês inúmeros doutrinadores, pelo menos no século passado, recolheram, nas primeiras leituras do texto, que, de resto, perduraram bastante tempo, até mesmo a possibilidade legítima de o proprietário *abusar do seu direito de propriedade*, se avaliada a situação à luz da ótica de nossos dias; ou seja, o direito de, em se comportando como proprietário, vir mesmo a *exercer o direito de proprietário* de uma maneira a prejudicar outrem, sem benefício próprio. Colocou-se, portanto, a propriedade, num verdadeiro altar, cujo sacerdote era o proprietário.

Reconhecendo esta visão individualista da propriedade, condizente com o contexto intelectual e ideológico absolutamente reinantes na época, o papa Leão XIII – recuperando, como se disse, raízes medievais do pensamento cristão –, na encíclica *Rerum novarum*, propugna pela defesa do direito de propriedade, mas em conformidade com a natureza do homem. Por isso, cabe ao Estado criar condições para que se preserve e se proteja a propriedade, porque o Estado, em si mesmo, é *posterior* ao homem, e, *ipso facto*, sua função primordial é a de preservar os elementos que concernem à natureza idônea de uma relação de pertinência (o quanto possível) no seguinte sentido: aquele que é o proprietário deve ser aquele que opera a coisa, e não deveria mais existir, como não veio efetivamente a existir, um mecanismo institucionalizado em que o *dominus* nada fazia e outrem permanentemente operava a coisa, para produzir riquezas, substancialmente, em benefício daquele, como na Idade Média.”

conceito de propriedade ao alterar toda a estrutura conservadora do liberalismo. Há intervenção estatal nas atividades sociais e econômicas, agora sob nova ótica, havendo, por conseqüência, uma redução da liberdade e da autonomia privada, limitada por normas de ordem pública.²⁴

Ora exaltado como um direito fundamental, essencial à natureza humana, como o considerava Locke,²⁵ ora apontado como a razão de ser da criação de uma sociedade civil injusta, como o enxergava Rousseau,²⁶ o direito de propriedade classicamente foi objeto de estudo dos privatistas, passando, só posteriormente, a merecer a atenção, também, dos publicistas.

Sem pretender escrever uma história do direito de propriedade, embora o título deste item de alguma forma sugira tal exposição, aqui procuraremos apenas identificar três períodos - do advento do mundo moderno em diante - bem definidos em que o *dominium* ganha diferentes conotações.

Obviamente que o aspecto a ser salientado é o jurídico, embora

²⁴ Ensina Arruda Alvim, “a partir, então, desta nova ótica, que passa necessariamente pelo ângulo da significação do direito de propriedade em relação à sociedade, o proprietário passou a ter, cada vez mais, ao lado de um feixe de poderes, também um somatório de “deveres”, dualidade esta dificilmente visualizável precedentemente, quando o direito de propriedade era a expressão do mais amplo e ilimitado poder. Finalmente, é esta a linha que tende a desenvolver-se, até os nossos dias, nas civilizações ocidentais.”

²⁵ John Locke, *Dois Tratados sobre o Governo*, tradução de Julio Fischer, 1ª edição, Editora Martins Fontes, 1998.

²⁶ Jean Jaques Rousseau, *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, trad. de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle, Editora Ática, 1989.

apoiado em questões de ordem econômica, social e política, das quais os juristas não podem se desprender.

Num primeiro momento, teríamos a tendência liberal dos pais e filhos do iluminismo burguês, que tomavam o direito de propriedade como absoluto, personalíssimo e individualista. Neste sentido, o título de proprietário conferia à pessoa o direito de fazer o que bem entendesse com a coisa ou de não fazer nada, sem que qualquer consequência pudesse derivar dessa destinação dada.²⁷

Essa concepção já podia ser notada num estágio propedêutico do direito romano, em que a noção de propriedade dava ao seu titular os poderes de usar, fruir e de *abusar* da coisa. Entretanto, poderia tal concepção ser considerada nova em razão da situação vigorante no período imediatamente anterior à Revolução Francesa.

No plano filosófico, a propriedade era anunciada como direito fundamental em razão de se caracterizar como a "mais alta exteriorização da

²⁷ Ratificando esta idéia, Arruda Alvim, obra sem publicação oficial, versa que: "Pelo que vimos, a propriedade foi concebida, no direito romano, de forma similar à concepção que ulteriormente veio a ser designada como *individualista*. Durante a Idade Média modificou-se essa concepção, assumindo o instituto características peculiares, para, finalmente, com a Revolução Francesa, acabar por se instalar, nos sistemas jurídicos, uma propriedade com fisionomia marcadamente individualista.

Sem mencionar as alterações de base relativas ao perfil da figura da propriedade, umbilicalmente ligadas à estrutura econômico-política dos regimes de esquerda, em declínio vertiginoso, pode-se dizer que, no próprio Ocidente, o valor da função social da propriedade tem sido enfocado com intensidade e frequência, e, tem dado origem ao abrandamento das primitivas concepções nascidas com a necessidade de se criarem condições de segurança e estabilidade da classe social que ascendia e que pretendia conservar seu novo *status*: a burguesia.

personalidade do homem através do trabalho, ou seja, da atividade econômica dos indivíduos".

Essa concepção individualista da propriedade aliada à concepção de Estado mínimo, não interventor, pregado por pensadores como Adam Smith,²⁸ impossibilitava qualquer tipo de ingerência no patrimônio particular, o que passou a ser garantido como direito intocável na maioria das constituições européias.

Como se sabe, a burguesia revolucionária do séc. XVIII ludibriou a classe dos camponeses, prometendo-lhes ativa participação nas decisões políticas, com o intuito de conferir legitimidade às reivindicações pela primeira patrocinadas. A traição se fez notar a partir do momento em que ficou clara a inexistência de qualquer movimento que revelasse o intuito de atender às necessidades dos mais pobres, que continuaram relegados a último plano, sem obter qualquer atenção do Estado.

A partir daí, não foi possível conter a insatisfação da maioria, ainda oprimida pela falta de amparo e pela exploração de sua força de trabalho. Surgem, então, as idéias socialistas e, com elas, os movimentos concretos que tinham por intento a implementação de um sistema de proteção estatal contra o abuso econômico.

²⁸ Dalmo de Abreu Dallari, Legislação Municipal e Direito de Construir, in *Revista de Direito Público*, Vol. 14, p. 49.

As principais metas do socialismo, expressadas de maneira brilhante nas obras de Marx e Engels, eram, em apertadíssima síntese, a coletivização das riquezas e a distribuição de justiça social.

O impacto dessa doutrina foi tal, que dividiu o mundo em dois grandes grupos: o dos socialistas e o dos capitalistas. A igualdade jurídica e formal perante a lei já não era satisfatória. Passou-se a lutar, então, por uma igualdade material, extensível ao âmbito econômico-social.

No regime socialista de governo, o direito de propriedade está completamente subordinado à idéia de igualdade na distribuição das riquezas, de modo que não figura mais como um direito absoluto - como era no regime liberal clássico -, mas limitadíssimo.

Na União Soviética, *verbi gratia*, foi suprimida a possibilidade de transmissão de bens *causa mortis*, por dois motivos principais: a) em primeiro lugar, essa modalidade de aquisição da propriedade cria e incentiva a desigualdade, alimentando, em última análise, a injustiça; b) em segundo lugar, acoroça a indolência, diminuindo a produção nacional.

As críticas em sentido contrário tomavam por base os seguintes argumentos: a) o direito de propriedade individual deve ser garantido, pois, ainda que

indiretamente, o crescimento pessoal do indivíduo traz consigo o crescimento da nação;
b) a impossibilidade de transmitir bens aos parentes próximos ou outras pessoas queridas em razão da morte geraria uma onda de aniquilação do patrimônio adquirido ao final dos anos ou, de outra forma, desestimularia o trabalho e a produção.

Em 1912, Leon Duguit²⁹ defendia a idéia de que os direitos somente se justificam pela missão social para a qual devem contribuir. Apenas para uma melhor elucidação, vale citar seu texto sobre a função social da propriedade que além de clássico, é atual:

“A propriedade deixou de ser direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades às quais deve responder.”

A doutrina de Duguit inaugurou uma corrente do pensamento jurídico e contribuiu decisivamente para a elaboração de textos constitucionais que

²⁹ Apud Moacir Lobo da Costa, A propriedade na doutrina de Duguit, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1954.

enfatazaram a função social da propriedade, como as Constituições do México e de Weimar (de 1919 – acolheu os direitos sociais, porém não negando os direitos individuais), que acabaram por inspirar outras Cartas Ocidentais.

Segundo Guillermo L. Allende,³⁰ não foi *Duguit* o criador da concepção por ele defendida, sendo este apenas um ávido defensor da referida teoria, conforme transcrição abaixo:

“Es ezero aclararlo ya que a veces se tiene un concepto algo errado, por cierto que Duguit no es el creador de esta concepción, ni él jamás lo pretendió, de todas maneras entiendo que tiene importantísima parte en esta posición, como cuele acuñó un nombre, lo que siempre gravita, y además sus estudios al respecto repercutieron, más que los de cualquier otro, en la más alta doctrina y en la propia legislación”.

Vale lembrar a lição de Antônio Gambaro ao afirmar que o trajeto da propriedade acompanha, de perto, a passagem de uma democracia censitária para uma democracia universal. Na democracia do mundo antigo – ou nem tanto – a cidadania era substancialmente restrita àqueles titulares de bens patrimoniais. Na moderna democracia, a cidadania é a todos assegurada e, mais, passou o Estado a ter função promocional de garantir as bases materiais necessárias do desenvolvimento da personalidade da pessoa,

³⁰ Guillermo Allende, – *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, 1967.

dispondo diretamente das riquezas privadas, mediante mecanismos de política fiscal e monetária.³¹

Aliás, Fábio Konder Comparato cita expressiva lição de Benjamin Constant acerca dos requisitos para o exercício da cidadania na democracia antiga, que bem dá a dimensão da importância da propriedade no sistema político-social: *“é preciso uma outra condição, além do nascimento e da idade prescrita em lei. Essa condição é o lazer indispensável à aquisição das luzes, da retidão do julgamento. Só a propriedade assegura esse lazer: só a propriedade torna os homens capazes de exercer os direitos políticos”*.³²

A repercussão no contexto histórico pode evidenciar que o direito de propriedade, tido como *“o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência”* e centro gravitacional do direito das coisas, o *“mais amplo dos direitos reais”*, apresenta bases remotas e é, ainda hoje, motivo de acaloradas discussões, pois *“mais se sente do que se define”*.

Dentro dos ensinamentos de Orlando Gomes, o Código Napoleônico, em seu artigo 554, celebrizou a definição do direito de propriedade como sendo *“o direito de usar, gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde*

³¹Antonio Gambaro, La proprietà, in *Tratado di Diritto Privato*.

³²Fábio Konder Comparato, *Direitos e Deveres Fundamentais Em Matéria De Propriedade*.

que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”³³.

Criticado por sua imprecisão técnica, o referido conceito, pleonástico, contraditório, não escapou à análise percuciente de importantes civilistas brasileiros. Washington de Barros Monteiro foi um deles e elucidou:

"Tal fórmula mereceu gerais censuras. Em primeiro lugar, por ser pleonástica, direito de gozar e de dispor da coisa da maneira mais absoluta, como se houvesse graus no absoluto. O direito de disposição é ou não absoluto, sem possibilidade de graduações. Em segundo lugar, porque referida definição, na parte final, a rigor, quer dizer o seguinte: a propriedade é poder absoluto, mas que não é absoluto, visto sofrer restrições criadas pelas leis e pelos regulamentos administrativos".³⁴

Ao pronunciamento de Caio Pereira:

"Não foi feliz, a começar por uma gradação do absoluto, que é contrária à lógica e à semântica: o absoluto não comporta superlativo. Se se admitir um absoluto que o possa ser mais que outro, constrói-se a idéia de relativo; e se há um absoluto que o seja menos que outro absoluto, é porque não o é. Em seguida, a definição

³³ Orlando Gomes. *Direitos Reais*.

³⁴ Washington de Barros Monteiro. *Curso de Direito Civil*.

*desfaz o absoluto, quando o submete às restrições legais e regulamentares. Com efeito, há conceitos que se não compadecem com a idéia de limitação”.*³⁵

Diante destas críticas, tanto o Código Civil de 1916 como o de 2002 não se atreveram a definir propriedade, limitando-se a enunciar os poderes do proprietário (artigos 524 e 1.228, respectivamente), quais sejam os de usar, gozar, dispor de seus bens, e ainda o de reavê-los de quem quer que injustamente os possua ou detenha.

O Magistrado Professor Gomes defende, numa tentativa de solucionar a questão, que a conceituação do direito de propriedade pode ser feita à luz de três critérios: um *sintético*, seguindo a linha de Winscheid, onde se tem a "submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa", ou seja, a imputação jurídica de uma coisa a um sujeito; um *analítico*, presente no Código Civil de 1916 e de 2002, segundo o qual o direito de propriedade é o "direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem quer que injustamente o possua"; e um *descritivo*, quando então nos deparamos com "o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei".³⁶

Certo é que se trata de um direito que tem raízes tanto no direito

³⁵ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*.

³⁶ Orlando Gomes. *Direitos Reais*.

privado como no direito público, o que torna desaconselhável uma visão parcial ou unicamente civilista do regime jurídico da propriedade, pois estas não têm o condão de alcançar a complexidade do tema, que é resultante de um conjunto de normas jurídicas publicísticas, bem como de direito privado. Em atenção a este aspecto, tem sido usada a noção de *situação jurídica subjetiva complexa*, para explicá-lo.

Por outro lado, também não devemos confundir o direito de propriedade sobre um bem, direito *atual*, positivamente atribuído a uma pessoa, cujas faculdades são aquelas enumeradas no artigo 1228 do Código Civil/2002,³⁷ com a faculdade potencial que todo indivíduo tem de se tornar sujeito desse direito.

Aliás, o direito de propriedade está institucionalmente garantido pela Constituição da República, embora seja a lei ordinária a responsável pela fixação de

³⁷ *Verbis*: “Art. 1228. 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. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades económicas 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 património histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (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 económico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.”

seu conteúdo.³⁸

Entretanto, uma tal visão, hoje, não pode mais prevalecer diante das disposições constitucionais acerca da propriedade, que fazem com que o seu regime jurídico tenha fundamento na Lei Maior e não no direito civil. Dessa forma, as normas de direito privado hão de ser compreendidas e interpretadas a partir de um novo paradigma conceitual, que nos é dado pela Carta Política e também corroborado pelo Novo Código Civil Brasileiro.

³⁸ Na explanação de Arruda Alvim, o direito de propriedade, tal como previsto e garantido pela Constituição, não vem acompanhado ou não é explicitado através de um conceito ou de uma definição, nem aí se indica o que pode ser objeto de propriedade. A mesma ausência de definição e de referência ao conteúdo do direito de propriedade encontra-se em outros sistemas, no plano constitucional. A previsão constitucional diz respeito não apenas aos bens imóveis e aos móveis, senão que a todo e qualquer bem de valor econômico. Em rigor, a expressão *direito de propriedade* comporta entendimento amplo. “Esta ausência quanto à definição do direito de propriedade reflete-se quanto ao próprio descaso da inexistência de uma parte geral, *propriamente dita*, dos direitos reais junto às principais legislações. Barassi mostrou sua irresignação quanto a este ponto, uma vez que esta ausência gerava uma zona cinzenta entre os direitos obrigacionais e os reais, sendo que os primeiros contavam com uma sistematização já delineada quanto à parte geral e especial junto aos Códigos. Como afirma o jurista italiano “*In realtà però il Cod. Civ. Germ. si limita a regolare l’acquisto dei diritti reali sui fondi mediante l’iscrizione nei libri fondiari; il Cod. Civ. Ital. si limita a disciplinare le varie distinzioni dei beni, come oggetto di diritti reali. Ed è tutto* (grifo nosso) - (“Em realidade, porém, o Código Civil alemão se limita a regular a aquisição dos direitos reais sobre imóveis através da inscrição nos livros de registro, o Código Civil italiano se limita a disciplinar as várias distinções de bens, como objeto de direito reais. **E isso é tudo**”) - (*Diritti Reali e Possesso*. Milano: Giuffrè, 1952, tomo I, p. 1).”

Porém, explicita o mesmo autor que: “de outra parte, parece que os elementos essenciais, *elementarmente definitórios*, do direito de propriedade são constantes do texto constitucional e, portanto, devemos entender que a Constituição Federal os garante. Ademais disto, a disciplina infraconstitucional do direito de propriedade submetem-se à *estrita reserva legal*, e, há de ser, disciplinada sempre por lei compatível com a Constituição no que está implicado que, pela disciplina normativa infraconstitucional há de ser respeitado o *conteúdo mínimo e nuclear* do direito de propriedade, cujos elementos essenciais estão abrigados pelo texto constitucional. Assim sendo, ainda que a função social da propriedade se encontre prevista no texto da mesma Constituição, *não será possível reconhecer nessa função um espectro que conduza à ignorância de elementos essenciais do direito de propriedade*, mesmo porque não é a função social que define e protege o direito de propriedade.” (Trabalho sem publicação oficial).

3. Conceito

O conceito de função social³⁹ não pode ser entendido como expressão nômade, que varia segundo o sabor de quem a interpreta. Por isso, seguindo a trilha de Stefano Rodotà, é indispensável a análise sucessiva dos termos que a compõem.⁴⁰

Iniciemos por função. A funcionalização dos institutos do direito privado revela a íntima relação existente entre a abordagem técnico-jurídica, preocupada com o estudo da estrutura, e a abordagem sociológica, preocupada com o estudo da teoria funcional, ambas relativas a um mesmo fenômeno.

³⁹ Sobre o conceito de função social, critica Arruda Alvim, a sua noção vaga, *verbis*: “Talvez a maior dificuldade a ser superada em torno da exata compreensão da função social, seja a vagueza da própria expressão *função social*.” O que nos parece – e para uma solução parcial do problema, ao menos no que se refere ao ordenamento positivo brasileiro – é que devem ser levadas em conta (na aplicação do princípio da função social, seja pelo Estado-juiz, seja pelo legislador, este último na condição de destinatário principal do vetor, que deverá com legislação ordinária dar consecução ao mandamento constitucional) algumas balizas fornecidas pela própria Constituição Federal, quais sejam, seus arts. 182, 184 e 186.

Lembremos a hipótese descrita no § 4º, do art. 1.228, manifestamente sintonizada com a função social. No entanto, o próprio desdobramento dessa noção para a hipótese é, a seu turno, descrita através de conceitos vagos. Efetivamente, a configuração dessa hipótese assenta-se no reconhecimento de uma situação que demanda o preenchimento de três conceitos vagos, quais sejam: (a) o imóvel reivindicado deve consistir *em extensa área*; (b) ocupado *por considerável número de pessoas* e (c) e, que essas hajam feito no imóvel *obras ou serviços de interesse social relevante, assim considerados pelo juiz*.

O que se verifica, neste caso, é que a função social acabou sendo *traduzida* por outros conceitos vagos, cuja presença cumulativa deverá conduzir à aplicação do texto.” (trabalho sem publicação oficial).

⁴⁰ Orlando Gomes, *Direitos Reais*.

Não basta ao jurista saber como o direito é feito, mas também para que serve, ou seja, a sua causa final. Seria a função, então, o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura.⁴¹ Chega-se a afirmar, assim, que o termo função social seria pleonástico, porque todo o direito tem o papel de promover a segurança e o bem-estar social. De forma ampla podemos sintetizar e conceituar a *função social da propriedade* como a submissão do direito de propriedade, essencialmente excludente e absoluto pela natureza que se lhe conferiu modernamente, a um interesse coletivo. Duguit já afirmava que: "*O proprietário, é dizer, o possuidor de uma riqueza tem, pelo fato de possuir esta riqueza, uma "função social" a cumprir; enquanto cumpre essa missão, seus atos de propriedade estão protegidos. Se não os cumpre, ou deixa arruinar-se sua casa, a intervenção dos governantes é legítima para obrigar-lhe a cumprir sua função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino*".⁴²

Vivanco define a *função social da propriedade* afirmando que: "*La función social es ni más ni menos que el reconocimiento de todo o titular del dominio, de que por ser un miembro de la comunidad tiene derechos y obligaciones con relación a los demás miembros de ella, de manera que si él ha podido llegar a ser titular del dominio, tiene la obligación de cumplir con el derecho de los demás sujetos, que*

⁴¹ Francisco Amaral, *Direito Civil*.

⁴² Leon Duguit apud Ismael Marinho Falcão, *Direito Agrário Brasileiro*.

*consiste en no realizar acto alguno que pueda impedir u obstaculizar el bien de dichos sujetos, o sea, la comunidad".*⁴³

Não obstante alguma doutrina, escassa, e alguns sistemas legislativos ainda neguem a função social da propriedade, hoje ela é uma realidade, um princípio adotado e defendido por doutrinadores de escola, conforme nos dá conta Rafael Augusto de Mendonça Lima.⁴⁴

De outro modo, o termo função, contraposto ao termo estrutura, serve, de fato, para definir o concreto modo de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e manifestas.⁴⁵

Explica o autorizado Stefano Rodotà, porém, que o termo *função social*, na acepção constitucional, não constitui simples convite a um mais atento exame da concreta experiência jurídica, mas representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes em que existe uma utilidade social definida pelo legislador. Por isso – insiste o autor – não há clássico confronto dialético entre estrutura e função.

A função social, no caso, é descoberta no aspecto interno da

⁴³ Antônio C. Vivanco apud Paulo Torminn Borges, *Institutos Básicos do Direito Agrário*.

⁴⁴ Rafael Augusto Mendonça Lima, *Direito Agrário*.

⁴⁵ Stefano Rodotà, *Proprietà*.

propriedade, ou, dizendo de outro modo, coloca-se, em última análise, como um componente de sua estrutura.⁴⁶

Na expressão de José Diniz de Moraes, “*função é a satisfação de uma necessidade*”, que pressupõe, sempre, uma relação com um bem apto a satisfazê-lo (*interesse*), na esfera jurídica de um sujeito (*pertinência*).⁴⁷ As qualificações pública, social ou individual dependerão da natureza das necessidades a serem satisfeitas.

Passemos ao termo *social*. Diversas idéias podem decorrer do termo, de conteúdo aberto a uma primeira leitura. Fala-se em função social como sinônimo de expressões diversas, como *bem-estar social*, *utilidade social*, *interesse social*, *fim social*. Como sintetiza Stefano Rodotà, todas as expressões reconduzem a um *máximo social*.⁴⁸

A primeira que vem à mente é a da proteção da propriedade em razão da utilização produtiva dos bens, ligada ao incremento da produção e aumento da riqueza, numa forma de bem-estar econômico e coletivo.⁴⁹

Nos denominados “Estados Fortes” dos anos trinta, a função

⁴⁶ Stefano Rodotà, *Proprietà*.

⁴⁷ José Dinis Moraes, *A Função Social Da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo.

⁴⁸ Stefano Rodotà. *Proprietà*.

⁴⁹ *Ibidem*, mesma página.

social estava ligada essencialmente ao gozo dos chamados bens de produção, com o propósito de desenvolver as economias nacionais. Há ainda autores que sublimam a exploração econômica do bem como expressão de seu aproveitamento racional e, portanto, como desaguadouro dos demais valores constitucionais.

A segunda idéia ligada ao termo social o coloca como meio de alcançar o estabelecimento de relações sociais mais justas, de promover a igualdade real. Há, assim, um objetivo aumento da produção material, mas subordinado à sua distribuição em termos mais equitativos.

Em termos diversos, não basta a simples destinação à produção, ou a só utilização de um bem, para dar por adimplida a função social. Busca-se, mais, uma coordenação entre a atividade do particular e os interesses coletivos, com o objetivo de dar melhor utilização aos recursos.

O incremento produtivo deve estar acompanhado do estabelecimento de justas relações sociais.⁵⁰ Lembre-se, porém, que a igualdade que se prega é a substancial, uma vez que tradicional corrente defende o ponto de vista de que a igualdade limita-se a permitir que todos tenham acesso à propriedade. Confere tal papel à livre iniciativa econômica, sempre tendo em mira que a propriedade privada, como direito subjetivo, destina-se a satisfazer aos interesses particulares, apenas limitadas, de

⁵⁰ Stefano Rodotà, *Proprietà*.

modo extrínseco, pela função social.

Na verdade, ao se tratar da locução *social* indaga-se, sempre, de uma determinada necessidade social, ou, em outras palavras, de um interesse social carente de satisfação.

Quais seriam, então, os interesses sociais dignos de atendimento? Todos aqueles verificados em um certo momento e em um certo lugar, identificados como valores dignos de tutela pela Constituição Federal.

No que toca ao modo de operacionalizar o conceito de função social da propriedade, tal como posto em nosso direito objetivo, duas são as orientações vigentes.

A primeira delas concebe a função social como uma *cláusula geral* do direito privado, funcionando como norte para a aferição dos comportamentos dos proprietários. Na lição de Stefano Rodotà, *é um princípio positivado e operativo em via geral, não apenas uma fórmula verbal indicativa de um complexo de obrigações a serem definidos em lei.*⁵¹ Como se reflete na própria estrutura da relação jurídica, está apta a operar em qualquer situação de propriedade, independentemente de um explícito reclamo legislativo inferior.

⁵¹ Stefano Rodotà, *Proprietà*.

Pode-se, aqui, indagar o seguinte: a Constituição Federal, ao dispor que “a propriedade atenderá a sua função social”, consagra um princípio ou uma cláusula geral? No entender de Judith Martins Costa,⁵² em lição que se amolda à perfeição ao tema em estudo, a proposição normativa consubstancia cláusula geral, que, porém, contém um princípio – função social – que reenvia ao valor que este exprime. Ou, na lição de Suzana de Toledo Barros, “*os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam a proteger*”.⁵³

Mantém-se assim propositadamente indeterminado o conceito de função social, que deve ser valorado a cada caso concreto pelo magistrado, sopesando a atividade do proprietário em relação a determinado bem jurídico, sempre com o papel de estabelecer as mais justas relações sociais. Sob o ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral consiste numa disposição normativa que utiliza, em seu enunciado, “*uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida, ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio cuja concretização pode estar fora*

⁵² Judith Martins Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, RT, 1999, 1ª edição.

⁵³ Suzana de Toledo Barros, *O Princípio Da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Ed. Brasília Jurídica, 2000.

*do sistema.*⁵⁴

Como cláusula geral, a função social tem ampla gama de destinatários: o titular de relação jurídica de propriedade, os terceiros não-proprietários, titulares de contra-direitos, o legislador e o juiz.

Serve como parâmetro de comportamentos do proprietário, indicando-lhe o rumo de proceder de acordo com os valores fundamentais da Constituição; serve de norte ao legislador, para que não conceda ao proprietário poderes supérfluos ou contraproducentes ao interesse social; serve ao juiz, como critério de interpretação da disciplina proprietária.

A segunda posição defende a tese de que a função social é um conceito cujo conteúdo é fornecido pela lei. Sem definição e especificação legal, a função social torna-se conceito vago e sem auto-aplicação. A atuação dos tribunais se dá em respeito à figura já determinada pelo legislador ordinário.

Em outras palavras, haveria mera norma programática que deveria merecer, necessariamente, legislação específica para poder ser aplicada a casos concretos. Tal corrente vai mais longe, entendendo que, se a legislação inferior disciplinar a função social em contraste com preceitos constitucionais, deve prevalecer o

⁵⁴ Judith Martins da Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*.

critério da especialidade. Sustenta-se, ainda, que a amplitude da função social deverá ser interpretada restritivamente, apenas de molde a vincular o bem à sua utilização normal, sem descaracterizar a propriedade privada ou reduzindo-a a concepção meramente instrumental.

4. Evolução Constitucional

A primeira Constituição Brasileira de 1824, na qual a propriedade era prevista como direito absoluto, excepcionava a sua força pela possibilidade de desapropriação por exigência do bem público, sempre acompanhada por prévia indenização em dinheiro.

Vale ressaltar que a prerrogativa concedida ao Poder Público de desapropriar bens particulares, por exigência do bem público, não se confunde com o princípio da função social da propriedade.

O poder de desapropriar pode, inclusive, como veremos mais adiante, incidir sobre bens que cumpram a sua função social, desde que haja prévia e justa indenização em dinheiro, isso porque a desapropriação não tem a natureza jurídica de sanção,⁵⁵ pena imposta ao proprietário, mas configura apenas o exercício de um poder estatal justificável pela necessidade pública eventualmente existente. A Constituição Republicana de 1891 não trouxe inovação em relação ao texto constitucional anterior, salvo nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

⁵⁵ Vale lembrar que a Constituição de 1988 estabeleceu a denominada desapropriação-sanção, nos artigos 182, III, e 184, aplicável somente aos imóveis urbanos e rurais que não estejam cumprindo a função social que lhes caberia. A particularidade desta espécie de desapropriação consiste no fato de o pagamento da indenização ser efetuado em títulos públicos e não em dinheiro.

Segundo José Ribas Vieira,⁵⁶ as conveniências políticas então reinantes eram as seguintes:

“(....) a nossa primeira carta republicana traduziu um conteúdo de ser um mero compromisso de interesses, transferindo, assim, através de seus mecanismos constitucionais, que a própria prática da Primeira República (1889-1930) estabelecesse quais das forças sociais seriam dominantes.”

(....)

“Na verdade, o contexto amplo desses compromissos foi útil para manter e estabilizar os interesses da economia agroexportadora cafeeira com base em São Paulo. Tais procedimentos desse jogo político serão considerados no governo do Presidente Campos Sales (1898-1902) através da “Política dos Estados”, ou, como é comumente conhecida, na Política dos Governadores”.

Desta forma, fica fácil compreender por que os latifundiários do café, concentradores do poder econômico e político da época, não a defendessem, na Carta Republicana de 1891.

⁵⁶ Apud Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*; José Ribas Vieira, in *O Autoritarismo e a Ordem Constitucional no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1988.

A Constituição de 1934 traz uma inovação importante em comparação aos textos anteriores, eis que pela primeira vez, uma constituição brasileira afirma que a propriedade não poderá ser exercida contra o interesse social ou coletivo.

Vale lembrar que a Constituição de 1934⁵⁷ absorveu os ventos de modificação do capitalismo que até então sopravam e cujas primeiras influências foram sentidas nas Constituições Mexicana (1917)⁵⁸ e Alemã (1919)⁵⁹.

⁵⁷ A Constituição Federal de 1934, no seu art. 113, número 17, referia-se ao exercício do direito de propriedade condicionado ao “interesse social ou coletivo”: “17. É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”.

⁵⁸ Na Constituição Mexicana, do ano de 1917, art. 27, 3ª alínea, se dispôs amplamente, devendo-se atentar para o início do texto: *"La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación; para la creación de nuevos centros de población agrícola con tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los núcleos de población que carezcan de tierras y aguas o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad agrícola en explotación."*

⁵⁹ Vale ainda as explicações de Arruda Alvim sobre o tema: “Esse texto (da Constituição Federal de 1934) constituiu-se na absorção, pelo direito constitucional brasileiro, da influência da Constituição de Weimar (1919), que, em seu art. 153, dispunha: “A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e seus limites resultam da lei”. Esta Constituição de Weimar, na parte final do seu art. 153, dispôs: “Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste” – (“A propriedade obriga. Sua utilização deve igualmente servir ao

A Constituição de 1937⁶⁰ inclui, em seu texto, referência ao conteúdo e ao limite do direito de propriedade através de lei que viesse a regular o seu exercício, o que significa o reconhecimento constitucional do caráter não absoluto do direito de propriedade. Porém, comete infeliz retrocesso ao não proibir que este exercício seja contrário aos interesses sociais e coletivos.

A Constituição de 1946⁶¹ traz consigo a inovação de inaugurar o

bem comum”), texto este que inspirou a atual Constituição alemã, que, no seu art. 14, inc. 2, dispõe: “(2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen”. Ou seja, “A Propriedade obriga. A sua utilização deve servir igualmente ao bem de todos da sociedade”. Entre nós, pode-se dizer que *essa vocação de atendimento de rumos em prol “do bem coletivo”* restou expressa no Estatuto da Cidade, em seu art. 1.º, parágrafo único, lendo-se aí que essa lei, ‘estabelecendo normas de ordem pública e interesse social’, objetiva regular “o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”. Deve-se, ainda, sublinhar que não existe um texto no direito brasileiro, tal como o que explicita e inequivocamente – pode-se dizer – é da tradição do direito constitucional alemão, no sentido de que a *propriedade obriga*. Sem embargo disto, deve-se ler como *parte do conteúdo da função social*, existir dever por parte do proprietário, i. e., ele é *convocado* pela ordem jurídica a agir de determinada forma, qual seja, a de que *deve utilizar-se adequadamente* da coisa, em relação ao bem comum. Ou seja, a coisa, particularmente a imóvel, não deve ser *não utilizada*, como *não deve ser sub-utilizada*, desde que o bem seja abrangido por espectro normativo que a ele se refira (CF, 182, § 4.º, incs. I a III e Lei 10.257/2001, arts. 5º, 7º e 8º, especialmente). É o que, igualmente, se passa com a propriedade rural. Essa *utilização adequada* se concretiza em normatividade inferior à Constituição.” (Trabalho sem publicação oficial.)

⁶⁰ Sucessivamente, a Constituição Federal de 1937 dispôs: “Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 14 – O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício” (redação dada pela Lei Constitucional n. 5, de 10/03/1942).

⁶¹ A CF 1946: no seu art. 141 garantia o direito de propriedade, e, no seu art. 147, rezava: “Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. O § 16, desse art. 141, referia-se

condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social e permite-se a promoção da justa distribuição da propriedade. Esta inovação, apesar do seu conteúdo normativo, tornou-se norma jurídica de eficácia limitada, na melhor tradição brasileira, onde os direitos sociais dificilmente são colocados em prática.

A Constituição de 1967⁶² e a Emenda Constitucional de 1969 representam grande avanço eis que pela primeira vez um texto constitucional utiliza o termo “função social da propriedade”, a fim de dispor da necessidade de compatibilizar os interesses do proprietário e as necessidades da sociedade. Porém, tal disposição apenas foi incluída como princípio de fundamentação da ordem econômica e social, não se lhe outorgando o posto de garantia fundamental do cidadão.

à desapropriação, o que significava que esta seria meio hábil a que se promovesse “justa distribuição da propriedade”

⁶² Com a utilização dos termos função social, seguiram, então, a Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1/69, respectivamente, nos seus artigos 157, III e 160, III, *verbis*:

“Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III – função social da propriedade; (...)”

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I – liberdade de iniciativa;

II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III – função social da propriedade;(...)”.

A Constituição de 1988⁶³⁻⁶⁴ inclui a função social da propriedade

⁶³ A vigente Constituição Federal, no seu art. 5º, incs. XXII e XXIII, dispõe: “XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;...”, disposições essas *reiteradas* no art. 170, incs. II e III, debaixo do título “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”. Elucida Arruda Alvim ainda, “com relação à Constituição Federal de 1988 há uma moldura mais ampla atinente à função social. Lida sistematicamente a Constituição, verificamos já no patamar do seu texto, que a expressão *função social* fica menos vaga. Vale dizer, o que consta dos arts. 182 e 184 da Constituição Federal são *referenciais* da própria Constituição, nos quais, *em certa escala*, estabelecem-se balizas ou diretrizes para o entendimento do que pode ser entendido como função social, já no plano do texto constitucional; ou, do que conseqüentemente haverá de ser entendido pelo legislador ordinário, o qual haverá de considerar precisamente esses referenciais que estão na Constituição Federal.” (Trabalho sem publicação oficial)

⁶⁴ É fundamental terem-se presentes os textos constitucionais que, principalmente, dizem respeito ao assunto tratado:

“Capítulo II – Da Política Urbana

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

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

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

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

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

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

como um dos princípios da ordem econômica. Além disso, assegura a função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. Tal inserção nos afigura que a mesma foi considerada pelo constituinte como *regra fundamental, apta a instrumentalizar todo o tecido constitucional e, por via de consequência, todas as normas infraconstitucionais, criando um parâmetro interpretativo do ordenamento jurídico. É interessante notar que a Constituição reservou à função social da*

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

*propriedade a natureza do princípio próprio e autônomo.*⁶⁵

Desta forma, a Constituição garante o direito de propriedade desde que vinculado ao exercício de sua função social. Ao mesmo tempo em que a propriedade é regulamentada como direito individual fundamental, revela-se o interesse público de sua utilização e de seu aproveitamento ligado aos anseios sociais.

A visão jurídica do direito real, gênero da espécie direito de propriedade, e sua própria definição, por si sós, são suficientes para demonstrar o seu caráter absoluto,⁶⁶ porquanto é ele exercido pelo seu titular sobre a coisa, sem

⁶⁵ TEPEDINO, Gustavo; *Temas de Direito Civil*.

⁶⁶ Elucida Alvim, “ (...) fazendo também referência aos princípios definitórios do que é direito real, avulta, desde logo, a maneira de como os direitos reais se *mostram* na ordem jurídica, ou seja, com o predicado de que **são direitos absolutos**.”

Historicamente, o caráter de direito absoluto era carregado de ideologia e ocupava um espaço mais dilargado, havendo uma sintonia entre o plano dogmático, do direito absoluto e a base ideológica na qual essa feição se apoiava. Em nosso sentir, nem pela circunstância de ter-se alterado o *panorama valorativo* que serve de *pano de fundo* ao direito civil, passando-se do *individualismo* para uma *visão social* do direito em geral, do direito civil e do direito privado, desde que nos encontremos diante de um direito real, este não haverá de deixar de ser considerado como um direito absoluto. Por outras palavras, nem pela circunstância de se terem alterado os valores que presidiram o direito civil, para os que, atualmente nele se encontram presentes, dever-se-á alterar essa categoria dentro da qual se encartam os direitos reais. O que, de resto, não há de significar ignorância em relação a essa mutação de valores. A noção de direito absoluto é a que explica que a propriedade envolve o direito à exclusividade (“Art. 1.231. *A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário*”, a que, com pequena diferença redacional, correspondia o art. 527, do Código Civil de 1916).

Há casos em que, por decorrência da lei – ostensivamente animada pela função social da propriedade, e atendendo à função social da posse, naquela função *embutida desta naquela*, e não se opondo frontalmente, para erodir o direito de propriedade, salvo nas hipóteses taxativas em que a lei o preveja e à luz dessas –, poderá um direito real, no caso, o direito de propriedade, perder esse atributo. Na hipótese, do § 4º, do art. 1.228, configurada esta situação, a

intermediação de quem quer que seja.

Desde o Direito Romano, já se identificava a idéia de limite ao exercício deste direito. Afirmam os historiadores que a Lei das XII Tábuas já previa limitações ao uso da propriedade, muito embora com uma visão eminentemente individualista.

Após muitas décadas, voltou a florescer a supremacia do direito de propriedade, assim contemplado pela Revolução Francesa de 1789 e que inspirou o Código Civil Francês de 1804, significativamente chamado de Código da Propriedade. A influência dessa visão é tão profunda que, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/08/1789, ficou consagrada a propriedade como um direito sagrado e inviolável.

Historicamente, é interessante observar, que da França originaram-se as teorias opostas e extremadas sobre o direito de propriedade. Se o francês foi capaz de pensar a propriedade como o mais absoluto dos direitos e

propriedade – conquanto subsista, como direito, tanto que deverá ser objeto de indenização (§ 5º, do art. 1.228) – perde essa qualidade de direito absoluto, no sentido de que decorreria o direito do proprietário de postular a recuperação da coisa exigindo a abstenção de outros, o que não ocorre na hipótese, pois não pode reivindicar, no que está implicado que não cabe também reintegração de posse. Mas, julgamos que, não paga a indenização pelos ocupantes, o direito de propriedade recupera a integralidade dos seus atributos.” (Trabalho impresso, sem publicação oficial).

influenciar, com este pensamento, o mundo jurídico da época, voltou ele a repensar o conceito de propriedade e, em posição inteiramente oposta, também consagrou a idéia de que a propriedade só poderá ser garantida juridicamente pelo Estado, quando tiver função social.

No Brasil, a propriedade sempre foi preservada pelas constituições e o direito de propriedade, a partir da Carta Imperial de 1824, foi considerado como um dos direitos fundamentais. Contudo, foi na Constituição de 1934 que se condicionou o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social.⁶⁷

Após um espaço de dez anos, passamos pela Carta de 1937, o Estado Novo, vindo então a Constituição de 1946. Nela, pelos caminhos da redemocratização, foi restaurada a função social da propriedade, incluindo-se como princípio da ordem econômica e social a destinação do direito, mesmo os absolutos. Esta foi a tônica, no direito brasileiro, até a CF/67.⁶⁸

Entretanto, o grande resgate da dívida social veio com a Carta de 1988, na qual a garantia do direito de propriedade, expressa em diversos artigos, está condicionada à sua destinação.⁶⁹

⁶⁷ Artigo 113, inciso 17, Constituição de 1934, já citado.

⁶⁸ Artigo 157, Constituição de 1967, já citado.

⁶⁹ Incisos XXII e XXIII do artigo 5º e inciso III do artigo 170 da Constituição de 1988.

A função social, exigida para a garantia do direito outorgado constitucionalmente, implica uma série de ônus para o seu titular, desde as restrições de exercício até a proibição de uso exclusivo, passando pela exigência de um aproveitamento racional e eficiente, com a adequada utilização dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente.

Os intérpretes da Constituição Brasileira afirmam que, no Brasil, só se garante a propriedade que cumpra função social. A garantia outorgada pelo constituinte ao direito de propriedade qualificado pelo seu fim é de tal importância que foi previsto constitucionalmente em cláusula pétrea.⁷⁰

O direito de propriedade no Brasil é hoje substancialmente diferente, a ponto de ter retirada a garantia constitucional e, com ela, a proteção estatal, se não se cumprir a função social.

A analítica Carta Magna foi enfática, sem margem a interpretações, pois explicitou que a propriedade urbana deve atender ao plano diretor da cidade para merecer a garantia constitucional.⁷¹

É interessante observar que, pela primeira vez, preocupou-se a

⁷⁰ Artigo 60, § 4º, Constituição Federal de 1988.

⁷¹ Artigo 182, § 2º e artigo 183 da CF.

Ver Lei 10.257, de 10/07/2001 – Estatuto da Cidade.

Constituição com a natureza jurídico-ambiental⁷² da cidade e sua expansão. Assim, a cidade não é mais disciplinada com vistas à aglutinação de bens privados ou públicos, pois adquirem outra dimensão, por força das determinações constitucionais que formam a

⁷² Artigo 225 da Constituição Federal, *verbis*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

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

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei;

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados;

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais;

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais;

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

ordem urbanística, também chamado de meio ambiente artificial.⁷³⁻⁷⁴

⁷³ Aprofundando o tema, Alvim esclarece que: “A própria Constituição Federal de 1988 impõe limitação de cunho ambiental ao direito de propriedade ao exigir, “na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (art. 225, IV), em relação ao que há de se mencionar a legislação infraconstitucional precedente, tal como consta do art. 10 da Lei 6.938/81 (“A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”). Às matérias objeto dessa legislação faz o Código Civil referência expressa, e enfatiza também as finalidades econômicas e sociais, em relação ao exercício do direito de propriedade (art. 1.228, § 1º: “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”). E, no par. 2º, do mesmo texto, veda-se o exercício emulativo do direito de propriedade (art. 1.228, § 2º “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”).

Também visando à proteção do meio ambiente, *mas circunscritamente ao âmbito do direito de vizinhança*, o novo Código Civil, especificamente limitando o direito de construir e, conseqüentemente, o direito de propriedade, estabelece que “São proibidas construções capazes de poluir, ou inutilizar, para uso ordinário, a água do poço, ou nascente alheia, a elas preexistentes” (art. 1.309).

A *socialidade* imprimida ao Código Civil, diferentemente do acento *individualista* do sistema anterior manifesta-se, ademais, através da função social do contrato, e já sucessivamente ao Código Civil de 1916, mesmo antes de o atual Código ter entrado em vigor, concretizava-se pouco a pouco esta tendência, da mesma forma que inumeráveis restrições ao direito de propriedade datam de há muitos anos, como é perceptível do exame da legislação acima referida. Esta é característica absorvida pelo direito privado, que faz eco às mudanças do sistema jurídico, a partir da raiz constitucional. Isto não significou, como se disse que, já sucessivamente à edição do Código Civil de 1916, muitas modificações já não tenham ocorrido, e, no campo dos direitos reais (e, também alterando e imprimindo *rigidez* ao compromisso de compra e venda, no plano obrigacional), uma das principais foi a do Decreto-lei 58 do ano de 1937, em cujo diploma, a um só tempo, estão presentes, tanto a função social da propriedade (no sentido de, a partir do direito de propriedade, limitar a liberdade contratual do proprietário) e a própria função social do contrato. Neste regime, se altera a disciplina do contrato, submetendo o compromisso de compra e venda a diretrizes impostas por normas cogentes, *em nome de uma função social do contrato*; vale dizer, subtraindo sua disciplina do campo da plena autonomia da vontade e a inserindo, em parte, debaixo do dirigismo contratual.” (Trabalho sem publicação oficial)

⁷⁴ Elucida ainda, o professor, op. cit.: “Cite-se, ainda, o Código Florestal (Lei 4.771/65, com as alterações introduzidas pela Lei 7.803/89), diploma rico em limitações à propriedade privada, conforme verificamos da leitura

O Estatuto da Cidade⁷⁵ é exemplo verdadeiro da publicidade do Direito Privado, inaugurando uma simbiose entre as concepções jurídicas tradicionalmente examinadas em dicotomia, Direito Público e Direito Privado.⁷⁶

dos seguintes preceitos: art. 1º - “As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem”; art. 9º - “As florestas de propriedade particular, enquanto indivisas com outras, sujeitas a regime especial, ficam subordinadas às disposições que vigorarem para estas” e art. 18 - “Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário”.

⁷⁵ Confirma o posicionamento Arruda Alvim, op cit: “O Estatuto da Cidade, por exemplo (Lei 10.257, de 10 de julho de 2001), dispõe em seu art. 1º que “Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei”, e, em seu art. 39, refere-se à função social da propriedade urbana, como emergente da observância desse Estatuto da Cidade (“Art. 39. A *propriedade urbana cumpre sua função social* quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”). Verifica-se, por esse art. 39, que o *plano diretor* haverá de definir rumos para a concretização da função social, o que permite admitir que haverá *certa variabilidade* de critérios, exceção feita ao que consta no art. 2º, do mesmo Estatuto da Cidade.”

⁷⁶ “O que nos parece, é que o art. 5º, incs. XXII e especialmente o XXIII, complementados pelos arts. 182 (cuja disciplina neste texto enraizada e a do Estatuto da Cidade interferirão no *perfil* de propriedades urbanas) e 186 (cuja não incidência deste último poderá ensejar espaço à desapropriação para fins de reforma agrária, dado que a propriedade que a ele e à lei ordinária [Lei 8.629/93] não se acomodar não cumpre sua função social), rigorosamente, situam-se fora do âmbito do direito civil; ou, situam-se na área em que o direito civil resultou *constitucionalizado*, como, ainda, sofre influências de outras leis (v. g., as cujos assuntos estão referidos no § 1º, do art. 1228). Dizem aquelas – Estatuto da Cidade e a Lei 8.629/93 – respeito à possibilidade de uma remodelação das cidades e a uma redistribuição agrária de terras. Mas, dispondo o direito civil (art. 1.228, *caput*) que o proprietário tem “a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa”, é certo que na “faculdade de usar”, *tradicionalmente*, sempre esteve implicada a possibilidade de *não usar*. A possibilidade dessa faculdade, tal como consta do art. 1.228, poderá vir a ser alterada ou limitada, especialmente, no que diz respeito ao âmbito do direito de construir, que geralmente se assenta no direito de propriedade, ou pode ter como base direito que daquele deriva (direito de superfície), quando nisso interfere lei municipal, tanto mais quando lastreada em plano diretor, conectado ao que permite o

A tutela do meio ambiente artificial advém de forma mediata da Constituição,⁷⁷ a qual prevê a proteção geral ao meio ambiente e a tutela da vida, em todas as suas formas, com vistas à dignidade da pessoa humana.

De forma imediata, a Constituição traça as regras da política urbanística, aprofundando as orientações quanto ao conceito de qualidade de vida, satisfação dos valores da dignidade da vida e da pessoa humana.⁷⁸ Nesse enfoque, os

Estatuto da Cidade. Mais amplamente, nos dias correntes, não é verdadeiro que se possa ler – como tradicionalmente – que no direito de *usar*, está implicado ler-se, também *radicalmente*, o direito de *não usar*. Pela Constituição Federal (art. 184, § 4º) e pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), em relação aos imóveis não utilizados ou subutilizados, prevêem-se sanções, em ordem crescente e precedidas de normas jurídicas, o que é indicativo de que o *direito de não usar, embutido no direito de usar*, nos dias correntes, no Brasil, em determinadas circunstâncias, não é inteiramente verdadeiro.” (Alvim, obra sem publicação oficial)

⁷⁷ Artigo 225 da Constituição Federal.

⁷⁸ Artigos 182 e 183 da Constituição Federal, *verbis*:

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

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

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

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

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

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

bens, públicos ou privados, devem estar atrelados à idéia de função social e de utilidade.

A propriedade no Brasil, até o advento da Constituição Federal de 1988, estava voltada para o individualismo econômico, e assim foi normatizada no Código Civil de 1916.

O Código de Beviláqua filiou-se à corrente germânica e instituiu a extensão do direito de propriedade sobre o espaço aéreo e sobre o subsolo, em altura e profundidade necessárias ao seu exercício.

Prestigiou-se a utilidade e o interesse, enquanto manteve viva a supremacia do indivíduo sobre o Estado, como corolário de uma sociedade sedimentada em uma economia rural, sustentada pela mão-de-obra escrava e imigratória.

É bem verdade que, ao longo dos anos, a linha ideológica foi amenizada pelas leis esparsas que colocaram a propriedade dentro do contexto

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

constitucional – função social da propriedade –, empalidecendo as características de direito absoluto, perpétuo e ilimitado. Basta lembrar a Lei de Luvas, a denúncia cheia da Lei do Inquilinato, a nacionalização da propriedade e outras.

Enfim, mudaram-se as regras civilistas por leis extravagantes, para contemplar a nova realidade econômica e contemporizar a força das insatisfações sociais, dentre as quais destaca-se o Movimento dos Sem-Terra, a maior das resistências ao regramento da propriedade privada da forma como está hoje garantida no nosso velho Código Civil, este em profunda divergência com a Constituição Federal de 1988.

A manutenção, por exemplo, da supremacia da propriedade sobre a posse,⁷⁹ contemplada no Código Civil,⁸⁰ só pode ser contornada com a idéia, sempre

⁷⁹ Sobre o assunto, esclarece Arruda Alvim: “Devemos ter presente que o tema e as fronteiras do direito de propriedade, e, portanto, da função social da propriedade é lindeiro, senão que, para muitos, defronta-se com o da função social da posse; e, para outros, esta função social da posse *se sobrepõe* ao direito de propriedade, o que é inaceitável. Parece-nos que, ao falar em função social da posse, está implicada uma *disputa de espaço* – desenvolvida no curso do tempo – com relação ao direito de propriedade. Ou seja, ao falar-se em *função social da propriedade*, não é incomum significar-se o prestígio de uma situação possessória, *em detrimento de uma situação de domínio*, pois em parte essa é uma faceta – das muitas – da função social. Mas esse “prestígio da situação possessória” somente pode ser corretamente entendido se abrigado debaixo da disciplina do direito positivo, ou seja, se subposta ao “prestígio normativo”.

Ao tratarmos da *função social da posse*, não estaremos cuidando da posse, *pura e simplesmente*, senão que acompanhada de alguns predicados socialmente prezáveis e, como tais, assumidos pelo legislador. De um lado, podemos afirmar que a propriedade pressupõe organização política, econômica e jurídica, ao passo que, em relação à posse – em si mesma, como fenômeno indissociável da projeção do homem sobre as coisas – conquanto submetida a situação possessória a uma disciplina jurídica, há aspectos que devem ser sublinhados, tais como os revelados por afirmações verdadeiras de que a posse “é a instituição de maior densidade social ao expressar de forma primária a projeção do homem no mundo exterior”; e, ainda, que “a posse assenta-se sobre uma densidade

presente no espírito do intérprete, de que, em nome da estabilidade das normas, garantem-se também os objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado.

Dentro desse contexto histórico, em que não se deve prevalecer as regras constitucionais, filtrando-se por elas a legislação infraconstitucional, as normas passam a ter uma linguagem menos jurídica e mais setorial, contemplando-se como princípio fundamental a função social da propriedade. Nesse sentido já está o Código Civil de 2002 afinado com os novos fundamentos.⁸¹

Examinado apressadamente o capítulo da propriedade no novo Código Civil, pode parecer que se operou mudança apenas formal. Entretanto, a transformação foi radical. Basta dizer que o direito de superfície tem disciplina no novo

social que não aparece em igual escala em outras instituições jurídicas”. Se a disciplina da propriedade fica submetida a um ordenamento jurídico, que, em certa escala, depende de referenciais políticos do Estado, o fenômeno possessório – em maior ou menor escala –, a essa disciplina escaparia. Assim não nos parece, pois, que o fenômeno possessório é disciplinado também pelo direito positivo, *fundamentalmente em função do direito de propriedade*, mas – diz-se, ainda – essa regulação não compreenderia a totalidade das manifestações possessórias, especialmente quando ocorre, como entre nós, em oposição numericamente expressiva a situações dominiais. Afirma-se, no texto, por fim, que o fenômeno possessório *escaparia aos referenciais políticos do Estado*, o que não nos parece verdadeiro, podendo ter sido em outros tempos, ao menos, na situação brasileira.” (Trabalho sem publicação oficial).

⁸⁰ Artigo 1.210 do Código Civil/2002, *verbis*: “Art. 1.210, § 2º. Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa.”

⁸¹ Artigo 1.228, § 1º do Código Civil/2002, *verbis*: “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. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

código como direito autônomo.⁸² Trata-se de um importante instrumento que possibilita adequar a propriedade urbana ao meio ambiente artificial.

A sintonia da propriedade, voltada para a preservação do meio ambiente, de forma a cumprir o seu papel constitucional – função social –, consagrou juridicamente a idéia do solo criado, permitindo a transferência, gratuita ou onerosa, do direito de construir sem atingir o domínio.⁸³

⁸² Artigos 1.369 a 1.377 do Código Civil/2002, Lei 10.406, de 10/12/2002.

⁸³ Artigos 21 a 24 do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

CAPÍTULO II

1. A Função Social da Propriedade

Fruto de uma secular elaboração conceitual,⁸⁴ o direito à propriedade é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro de um modo que não diverge muito da maneira pela qual outros países integrantes do sistema do direito civil garantem ao proprietário o uso, o gozo e a disposição da coisa, tal como sustentado pelos romanos há centenas de anos.

Nas palavras de Diez-Picazo,⁸⁵ reservava-se ao direito das coisas o mesmo aspecto monolítico e incontestável comum ao direito das obrigações, considerado como uma espécie de geometria euclidiana intemporal.

Nas sociedades primitivas, a propriedade individual limitava-se às coisas móveis, essencialmente objetos de uso pessoal. O solo pertencia a todos os membros da tribo, da família, ou, mais exatamente, não pertencia a ninguém, assinalam Terré e Simler.⁸⁶

⁸⁴ Gambaro, 1990, p. 85.

⁸⁵ 1995, p. 62.

⁸⁶ 1998, p. 64.

Esta propriedade coletiva dos bens, prosseguem os citados autores, explicava-se pela própria condição de vida do homem primitivo. Explicam Terré e Simler⁸⁷: "*Quand les hommes ne vivent que de la chasse, de la pêche et de la cueillette des fruits sauvages, il n'est pas question d'une appropriation de la terre telle que nous la connaissons*".

Graças aos ideólogos do liberalismo, muitos séculos depois, o ordenamento jurídico assentado no princípio da propriedade privada, "*elevada à categoria de direito imanente ao homem, como atributo de sua personalidade*", encontrou sua fundamentação teórica.⁸⁸

Ressalta Carbonnier que o direito há muito tempo requer da economia política argumentos que criem justificativas à propriedade individual. Os economistas liberais franceses jamais se recusaram a dá-las. Para eles, aduz Carbonnier, a propriedade individual aumenta a produção, porque a incitação do interesse pessoal elimina a preguiça (*paresse*) e o desperdício (*gaspillage*).⁸⁹

A esse respeito, Jeremy Waldron⁹⁰ pondera que a busca pela

⁸⁷ *Op. e loc. cit.*

⁸⁸ Lôbo, 1983, p. 38.

⁸⁹ 2000, p.137.

⁹⁰ WALDRON, Property Law, in "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory". p. 9/11.

justificativa da propriedade privada existe porque esta priva a comunidade do controle sobre bens e recursos importantes ao bem-estar de seus integrantes. Efeito resultante do reconhecimento de poderes individuais de transferência (da propriedade) é a circunstância de serem os bens, com o tempo, distribuídos desigualmente, de modo que poucos acabam por ter muito; muitos, muito pouco, e um grande número de pessoas, absolutamente nada. E lembra que a questão atinente à justificativa de uma dada instituição se destina tanto à compreensão do instituto jurídico como à sua aplicação inteligente. Ao mencionar as teorias justificadoras da propriedade privada, observa que a filosofia do direito acaba se aproximando da filosofia política e dos debates acerca da propriedade, dos quais participaram pensadores como Platão e Aristóteles, Hobbes e Locke, Hegel e Marx. Leciona, *verbis*: “*An institution such as private property requires justification in two regards. First, we need to justify the general idea of having things under the control of private individuals. Second, we must justify the principles by which some come to be the owners of particular resources while others do not*”. Considera relevante, no âmbito das aludidas justificativas, a relação entre propriedade e liberdade, de modo que as sociedades em que se admite a propriedade privada são geralmente definidas como sociedades livres. Isso significa, em parte, que os proprietários são livres para usar seus bens como melhor lhes convier, não estando vinculados a decisões sociais ou políticas (daí decorre a redução do papel do governo no processo de tomada de decisões econômicas). Por outro lado, seria igualmente acertado definir a propriedade privada como um sistema de anti-liberdade, já que necessariamente implica a exclusão social (de acesso aos bens que outros possuem) daqueles que nada têm.

As ponderações dos teóricos do liberalismo assentavam, explicam Terré e Simler,⁹¹ mais ou menos sobre o justo e o útil para a sociedade ou sobre a salvaguarda da liberdade, sem necessariamente excluir a proteção da liberdade do outro.

Aduz Diez-Picazo⁹² que *"al mismo tiempo, la economía liberal, fundada en el esquema del 'laissez faire', configura la propiedad como una mera y abstracta titularidad, con una notable indiferencia hacia sus contenidos reales"*. A regulação jurídica da propriedade, em face de tal indiferença, complementa o ilustre professor, faz-se através de um esquema abstrato, que, em princípio, é igual qualquer que seja seu objeto (um latifúndio ou um par de sapatos). O sistema, porque fundado no liberalismo econômico e na livre iniciativa, consagrará a liberdade dos titulares dos direitos quanto à destinação dos bens e suas possibilidade de utilização e de gozo.

A propagação de tais idéias – a despeito das restrições que o direito de propriedade atualmente enfrenta –, permitiu que proprietários remissos, que não destinam seus imóveis rurais à sua função social, gozem, ainda, de uma injustificável proteção.

Num país de dimensões continentais, como é o caso do Brasil, a

⁹¹ *Op. cit.*, p. 84.

⁹² *Op. cit.*, p. 64.

posse da terra tem causado conflitos nos quais a violência parece ter sido o traço mais marcante. Vêm-se grandes extensões de terras usadas, em alguns casos, unicamente para fins especulativos, de um lado, e grupos de pessoas sequiosas por uma oportunidade de trabalho dignificante, de outro.

Antes de iniciar a exposição sobre o que vem a ser a chamada função social da propriedade, não se pode olvidar que o princípio da função social tem como pressuposto necessário a *propriedade*. Daí, é de bom alvitre cuidar simultaneamente, ainda que em breves linhas, do liame umbilical existente entre função social e direito de propriedade.

Nesse prumo, o Código de Napoleão⁹³ qualificou o direito de propriedade, na esfera privada, como o "*direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos*".

De sua vez, a aplicação do princípio da função social da propriedade descaracteriza o acerto dessa velha concepção civilista, imantando o direito

⁹³ Na explanação de Arruda Alvim, "o Código Napoleão (art. 554) conceitua a propriedade como "o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos". Esta definição está atrelada à concepção privatística que norteou a Revolução Francesa marcando o triunfo do liberalismo clássico. A propriedade refletia instituto arraigado aos postulados da legalidade e igualdade formal. Neste sentido, Troplong, "Ainsi comprise, la propriété est la plus démocratique des institutions, puisqu'elle a à la base les deux éléments essentiels de la démocratie, la liberté et l'égalité"(*Mémoires de L'Académie des Sciences Morales et Politiques de France*, Paris: edição de Librairie de Firmin Didot Frères, 1850, t. VII, p. 39)".

de propriedade e um *dever de agir*, e não apenas uma obrigação de não fazer (*função social ativa*).⁹⁴ Assim, a propriedade, modernamente, converteu-se em poder-dever voltado à destinação do bem a objetivos que transcendem o simples interesse do proprietário.

Porém, não se confunde a função social com as limitações da propriedade contidas no direito civil, tampouco com as *limitações administrativas*. Mesmo sendo inválido afirmar que se resumem a prestações de não fazer, as limitações constituem condição de exercício do direito. Já a função social está ligada aos deveres inerentes ao exercício da propriedade, convertendo-se em "elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade".⁹⁵ Como afirma Araújo Sá,⁹⁶ as limitações administrativas têm fundamento não na função social da propriedade, mas no poder de polícia, e são externas ao direito de propriedade, interferindo tão-somente no exercício do direito, enquanto a função social interfere no conceito e na estrutura do direito de propriedade.

Nesse passo, Patricia Salkin,⁹⁷ da Universidade de Albany (Estados Unidos), ao referir-se ao uso da propriedade como direito permeado por inúmeras restrições técnicas, atinge as circunstâncias externas ao direito de propriedade, já que trata do seu exercício. Ao mencionar limitações administrativas como a obtenção

⁹⁴ Eros Roberto Grau.

⁹⁵ José Afonso da Silva.

⁹⁶ José Adonis Callou de Araújo Sá. Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade.

⁹⁷ Patricia E. Salkin, *Public Control of Private Land* (Controle Público da Propriedade Privada).

de licenças para a construção, a obediência às normas de zoneamento urbano e parcelamento do solo, está a tratar do poder de polícia, e não do conceito de função social, que diz respeito à essência do direito de propriedade.

Mesmo a desapropriação, instituto bastante associado à função social, com ela não se pode baralhar, ainda que o descumprimento desta possa implicar a decretação de desapropriação. O que sucede é simples relação de causa e efeito.

Como dizem Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, a funcionalização da propriedade introduz critério de valoração de sua própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade.⁹⁸

Aproveitando-se da definição do jus-agrarista argentino Antonino C. Vivanco, citado por Torminn Borges, o princípio da função social consiste na obrigação condicionante do exercício da propriedade a interesses que transcendem a vontade do proprietário, de modo a satisfazer indiretamente as necessidades dos demais membros da comunidade.

Enfim, com arrimo em Pietro Perlingeri, pode-se dizer que a função social converteu-se em título justificativo, verdadeira causa de atribuição dos poderes do titular da propriedade.

⁹⁸ Tepedino e Schreiber.

1.1. Propriedade Rural

Invasões a imóveis rurais ocorrem diuturnamente em nosso vasto país e o proprietário rural, valendo-se do direito de propriedade que lhe confere o ordenamento jurídico, maneja ação de reintegração de posse obtendo, sem tardança, a desocupação da área invadida, às vezes com o auxílio da força policial, o que tem dado ensanchas a manifestações de violência retratadas na mídia falada, escrita e televisiva.

Será que a concepção de Estado Social, tal qual a adotada constitucionalmente por nosso País, permite que se tutele irrefletidamente o direito de propriedade, sem atentar para os interesses que se encontram do outro lado do conflito?

Será que o proprietário de grandes extensões de áreas rurais, a despeito de utilizá-las unicamente para fins especulativos; não respeitando os índices legalmente previstos de exploração do solo; violando normas ambientais de interesse público; infringindo leis que tutelam as relações trabalhistas, deverá obter, num conflito possessório, contra quem venha explorando na área invadida lavoura de subsistência familiar, liminar ou definitivamente, a reintegração postulada?

A abordagem dos mecanismos que poderão ser utilizados pelo operador do direito para resolver litígios envolvendo movimentos de sem-terra, de um lado, e proprietários de terras, quando ausente a função social da propriedade *in casu*, de

outro, constitui objetivo do presente trabalho.

O artigo 184⁹⁹ da Constituição Federal dispõe ser de competência da União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante justa e prévia indenização em títulos da dívida agrária.

O artigo 186¹⁰⁰ da Constituição Federal informa que a função social da propriedade rural é cumprida mediante a observância simultânea dos seguintes requisitos:

⁹⁹ *Verbis*: “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

¹⁰⁰ *Verbis*: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

- (i) aproveitamento racional e adequado;
- (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- (iii) observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- (iv) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, somente a propriedade que atenda a todos estes requisitos será considerada cumpridora de sua função social. Uma propriedade rural, embora seja extremamente produtiva, não cumpre sua função social se a produção estiver baseada, por exemplo, no desrespeito aos direitos trabalhistas ou na exploração predadora do meio ambiente.

“¹⁰¹ Durante o processo constituinte de 87, um dos debates mais acalorados foi o que girou ao redor da noção da função social da propriedade rural. O Estatuto da Terra¹⁰², lei anterior à Constituição de 88, definia a função social a partir de quatro princípios: a) produtividade; b) observação da legislação trabalhista; c) preservação ambiental e; d) garantia da saúde daqueles que trabalham na terra.¹⁰³ Aquela propriedade rural que não observasse os quatro princípios simultaneamente seria objeto de desapropriação por interesse social. A Constituição de 88 significou claro atraso em relação ao Estatuto da Terra.¹⁰⁴”

¹⁰¹ RUDÁ RICCI, in Revista Espaço Acadêmico, ano 1, nº 6, novembro de 2001.

¹⁰² Estabelece o art. 65 da Lei 4.504/64 que “O imóvel rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural”. Ainda quanto ao módulo rural, é de rigor transcrever o art. 8º da Lei 5.868/72, que criou o Sistema nacional de Cadastro Rural: “Para fins de transmissão, a qualquer título, na forma do artigo 65 da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, nenhum imóvel rural poderá ser desmembrado ou dividido em área de tamanho inferior à do módulo calculado para o imóvel ou da fração máxima de parcelamento fixado no § 1º deste artigo, prevalecendo a de menor área”.

¹⁰³ Assim, o Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964), em seu art. 2º, § 1º, prescrevia:

“Art. 2º (...)

§ 1º. A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.”

¹⁰⁴ Aclara o assunto Alvim: “No que tange à propriedade rural, é mister ressaltar o conteúdo do art. 184, CF, o qual estabelece competir à União a desapropriação para fins de reforma agrária do imóvel que não estiver cumprindo sua função social. O cumprimento da função social da propriedade rural encontra-se delineado no art. 186, da Constituição, tendo sido regulamentado pela Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 (cujo objeto “Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal”.

Vários textos desta última Lei 8.629, na parte por ela disciplinada, tornam *menos vaga* a expressão *função social*, concretizando a noção para além dos referenciais do art. 186, da CF. Se, de uma parte, a legislação torna *menos vagas* as expressões *função social da propriedade*, a partir dos mandamentos dessa legislação, isso ressalta que –

Mas a lei é caudatária do movimento social. Ela não define, por si, uma organização social. Pelo contrário, os movimentos da sociedade civil, os embates entre interesses e as mudanças de valores definem a noção do que deve ser compreendido como norma.

Se a Constituição de 88 recuou em relação à noção de função social da propriedade rural, o movimento social vem repondo este conceito na vida jurídica do país. No dia 18 de outubro de 2001, o desembargador gaúcho Carlos Rafael dos Santos Júnior, da 19.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, manteve a decisão do juiz de Passo Fundo, Luís Christiano Enger Aires, que rejeitou a reintegração de posse da Fazenda Rio Bonito, no município de Pontão. A propriedade havia sido ocupada por trabalhadores sem-terra quatro dias antes.

Ao contrário do que vinha sendo a tônica dos julgamentos de reintegração de posse, o juiz de Passo Fundo exigiu a comprovação de produtividade da área ocupada. Na decisão o juiz afirmou que "a lógica jurídica implica escolha de uma solução entre várias possíveis e, no caso em exame, tenho que a mais justa e coerente

salvo casos residuais e manifestos de mau uso da propriedade – para além desses mandamentos, não pode haver interferência no direito de propriedade, em relação ao uso e ao exercício pelo proprietário. Se, de um lado, esses mandamentos implicam modelar restritivamente o perfil do direito de propriedade (e, o respectivo exercício, v. g., art. 1.228, § 2.º), de outra parte, significam, no seu reverso, uma expressão da garantia da propriedade que a esse modelo se encontra amoldada.”

com o princípio básico da solidariedade social implica na (sic) rejeição do pedido de liminar e, para alguém exigir a tutela judicial de proteção à sua posse ou propriedade, necessita fazer prova adequada de que esteja usando ou gozando desse bem secundum beneficium societatis, ou seja, de acordo com os interesses da sociedade".

A Federação da Agricultura do RS demonstrou grande perplexidade e chegou a afirmar que a decisão significava uma inovação, pois nunca havia sido exigida a comprovação de produtividade como mérito para concessão de reintegração de posse.

Por sua vez, o desembargador Carlos Rafael foi categórico em sua decisão, afirmando que desde 1919, na Constituição de Weimar,¹⁰⁵ se instituiu no mundo moderno a exigência de que uma propriedade cumpra sua função social.

O Rio Grande do Sul é considerado um estado progressista em sua cultura política. Apóia-se tradicionalmente numa cultura comunitária, marcadamente rural. É comum nos depararmos com reportagens dos jornais locais em que a palavra mutirão (ajuda entre vizinhos da área rural) é citada diversas vezes. A questão agrária, por seu turno, é objeto de grande preocupação na região. Nos meses de outubro e novembro, a título de ilustração, ocorrerão 16 conferências regionais que desaguarão na Conferência Estadual da Reforma Agrária. Estive nos últimos dias no Rio

¹⁰⁵ Confira nesta obra, item IV – Evolução Constitucional.

Grande do Sul e constatei a grande mobilização no Estado ao redor deste evento.

Mas a novidade da decisão do juiz Luís Aires merece uma análise mais apurada. Sua decisão não parece ser apenas fruto de um ímpeto pessoal ou cultura regional. Sua decisão ocorreu alguns dias após entrar em vigor o Estatuto da Cidade, lei federal que orienta a organização do espaço urbano. O Estatuto repõe a noção de função social e cria uma série de institutos que ampliam a intervenção pública no espaço urbano na garantia do acesso de populações carentes ao uso do solo e aos benefícios sociais que envolvem o seu bem-estar. Sustenta, ainda, instrumentos de controle e participação social na condução da política urbana.

A decisão do juiz gaúcho, portanto, parece refletir uma importante mudança de compreensão sobre o uso da propriedade em nosso país, mudança que parece ter ocorrido lentamente, sem alarde.

Em meio aos tempos turbulentos que deram início ao século XXI, acredito que nós, cidadãos, devemos estar atentos à sutil mudança cultural. Ao individualismo doentio do final do século XX é possível perceber gestos de maior preocupação social e comunitária em lugares e ocasiões inesperados.”

Nesta perspectiva, no entender de muitos juristas, infeliz foi o constituinte de 1988 ao estabelecer que é insuscetível de desapropriação a propriedade

produtiva (artigo 185).¹⁰⁶ Na verdade, a propriedade que se deve encontrar a salvo da modalidade de desapropriação prevista no artigo 184¹⁰⁷ é a propriedade cumpridora de sua função social.

Pouco deveria importar se a propriedade é produtiva, se o custo desta produção é socialmente indesejável. De outro lado, difícil é a situação daqueles que possuem uma propriedade produtiva e destinada à sua subsistência.

O meio de superar a aparente antinomia é recorrer aos princípios informadores da Constituição Federal. A produtividade especulativa e isolada não basta

¹⁰⁶ *Verbis*: “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II – a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.”

¹⁰⁷ Confira texto do referido artigo:

“Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”

para elidir os demais elementos da função social.

O termo *produtividade*, interpretado de modo sistemático, não tem significado exclusivamente econômico, mas está indissociavelmente ligado aos princípios solidaristas que informam todo o sistema. Por isso é que, ainda, na lição de Gustavo Tepedino, “*em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpra a função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária*”.¹⁰⁸

A Lei federal 8.629/93, que regulamentou os dispositivos constitucionais relativos à desapropriação para reforma agrária, reflete, de algum modo, as contradições acima apontadas. O artigo 9º¹⁰⁹ corretamente diz que é cumprida a

¹⁰⁸ Gustavo Tepedino, Temas de Direito Civil.

¹⁰⁹ Vale ainda mencionar, entre outros, os diversos parágrafos do art. 9º, da Lei 8.629/93:

“(…)§ 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei.

§ 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

função social da propriedade rural quando atende, simultaneamente, aos requisitos de aproveitamento racional, adequada utilização dos recursos naturais, respeito às relações de trabalho e favorecimento do bem-estar de proprietários e trabalhadores, sem o que possível é a desapropriação por interesse social.

Curiosamente, porém, o artigo 7º¹¹⁰ da mesma lei dispõe que o imóvel que estiver em fase de implantação de projeto voltado para seu aproveitamento econômico, observados parâmetros exclusivamente produtivos, não pode ser objeto de desapropriação. Parece claro que a questão da produtividade não pode ser analisada de modo isolado, de tal modo que, mesmo produtivo, pode ser desapropriado o imóvel que descumpra os demais requisitos da função social, como, por exemplo, respeito ao meio ambiente, ou bem-estar dos trabalhadores.

§ 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.”

¹¹⁰ Confira-o em sua íntegra “Art. 7º. Não será passível de desapropriação, para fins de reforma agrária, o imóvel que comprove estar sendo objeto de implantação de projeto técnico que atenda aos seguintes requisitos:

- I – seja elaborado por profissional legalmente habilitado e identificado;
- II – esteja cumprindo o cronograma físico-financeiro originalmente previsto, não admitidas prorrogações dos prazos;
- III – preveja que, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da área total aproveitável do imóvel esteja efetivamente utilizada em, no máximo, 3 (três) anos para as culturas anuais e 5 (cinco) anos para as culturas permanentes;
- IV – haja sido aprovado pelo órgão federal competente, na forma estabelecida em regulamento, no mínimo 6 (seis) meses antes da comunicação de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 2º.

Parágrafo único. Os prazos previstos no inciso III deste artigo poderão ser prorrogados em até 50% (cinquenta por cento), desde que o projeto receba, anualmente, a aprovação do órgão competente para fiscalização e tenha sua implantação iniciada no prazo de 6 (seis) meses, contado de sua aprovação.”

A lei agrária brasileira, conhecida, como Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), embora anterior à Constituição de 1988, está afinada com os seus princípios cardiais e oferece valioso subsídio para definição do conteúdo da função social da propriedade rural.

Além da desapropriação para fins de reforma agrária, outro instituto que reforça a função social da propriedade rural é a usucapião especial do artigo 191¹¹¹ da Constituição Federal. O dispositivo, repetido no Código Civil de 2002, exige que o usucapiente torne a área de terra produtiva por seu trabalho, ou de sua família, tendo nela sua moradia.

Há nítida proteção ao aspecto funcional da propriedade, em detrimento de sua estrutura tradicional, inclusive no que se refere à questão promocional do direito, com o propósito de beneficiar o possuidor de pequena gleba, que nela habite e cultive e não seja de outro imóvel.

Não faz parte deste estudo a conceituação do que vem a ser "norma jurídica", tampouco a questão da estrutura lógica das chamadas "proposições

¹¹¹ Eis o seu conteúdo. "Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

jurídicas".¹¹² Porém, sem menosprezar as polêmicas doutrinárias acerca do tema, num primeiro esforço de categorização já se afirma que tanto as regras como os princípios serão neste estudo enquadrados na definição *lato sensu* de *normas jurídicas*. Dessa forma, a classificação das normas jurídicas em sentido estrito, de modo a nestas incluir somente as regras e não os princípios, será de todo irrelevante, salvo naquilo que de alguma forma possa exprimir censurável tendência de negar aos princípios conteúdo normativo.

De sua vez, entendem-se por *regras* as disposições (interpretadas) que estabelecem mandatos, proibições ou permissões de atuação em situações concretas previstas nelas mesmas.

No conceito de Canotilho, regras "*são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção.*"¹¹³

Já a conceituação de princípios é mais difícil. Para este estudo, devem ser entendidos como normas que proporcionam critérios para a tomada de posições ante situações concretas indeterminadas.

¹¹² Graciela Beatriz Rojas Rojas, La Función Social e el Régimen de Expropiación de Inmuebles Rurales, in *Direito Agrário no Mercosul*.

¹¹³ Canotilho, *Dir. const. e teoria*.

Os princípios sequer exigem a indicação das condições necessárias à sua incidência, pois não configuram uma decisão concreta a ser necessariamente tomada.

Ademais, ainda quando se manifestam as condições nele previstas, um princípio não se aplica automaticamente. É que, em determinado caso, pode também incidir um princípio diverso, apontado em sentido diverso. Surge então outra diferença dos princípios frente às regras jurídicas: como somente uma regra pode incidir em face de uma idêntica situação, se duas ou mais regras estão em choque, apenas uma – ou nenhuma – delas poderá ser considerada válida à regulação da situação concreta, surgindo daí um problema de antinomia jurídica a ser resolvido.

Contudo, mais de um princípio pode regular uma mesma situação, pois princípios diversos comportam juízo de ponderação relativa, cujo resultado poderá ser a prevalência de um em detrimento do outro. Consoante sintetizado por Bonavides, com base em Alexy, resolve-se o conflito de regras na dimensão da "validade", enquanto o conflito de princípios é resolvido na dimensão do "valor".

Não obstante, cabe ressaltar não haver antinomia entre princípios e regras. Se as regras servem para densificar princípios, o eventual conflito envolve, na verdade, o próprio princípio objeto de densificação. Logo, quando um princípio antagônico deve prevalecer, a regra contrastante é simplesmente afastada da regulação da

situação concreta, acompanhando o próprio princípio desprezado.

Rescigno, na introdução de um dos volumes de seu conhecido *Trattato di Diritto Privato*, dedicado ao direito de propriedade, esclarece que a sociedade burguesa do século XIX tinha colocado a propriedade numa posição de eminência e a tábua de valores mantinha uma solidez na consciência geral. Confiava-se aquela "tábua", continua Rescigno, aos códigos de direito privado, em vez das cartas constitucionais, porque eram os códigos que continham a concreta garantia da liberdade e da atividade dos particulares.¹¹⁴

Nas cartas constitucionais, prossegue Rescigno¹¹⁵, encontrava-se somente a declaração enfática do caráter sagrado e inviolável da propriedade privada. Este caráter inviolável e sagrado da propriedade era enunciado não apenas enquanto característica da não ingerência do Estado em relação à propriedade privada, mas enquanto aspecto prevalente, quando não exclusivo, das declarações de direitos, presentes nas cartas constitucionais. Com o passar dos anos, à medida que se abandonava a noção do Estado mínimo, e passava-se a reclamar uma intervenção estatal mais direta no domínio antes reservado à vontade exclusiva dos particulares, as Constituições passaram a regular matérias jurídicas que outrora integravam o campo do direito privado.

¹¹⁴ Rescigno *et. al.*, 1982.

¹¹⁵ *Op. e loc. cit.*

Matérias como os limites das atividades econômicas, a organização da família e a função social da propriedade, passaram a integrar "*uma nova ordem pública constitucional*"¹¹⁶, conformadora de toda a legislação infraconstitucional, deslocando para o Texto Constitucional "*o papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista*".¹¹⁷ A Constituição Federal de 1988, enquanto novo pacto entre as forças sociais e políticas brasileiras, trouxe, a seu reboque, um novo conjunto de valores, de bens, de interesses considerados e privilegiados pelo ordenamento jurídico. Ocupando o lugar mais alto na hierarquia das fontes do direito, a constituição funda o ordenamento normativo, conferindo-lhe legitimidade, bem como o une, pondo-o, todo ele, em relação de subordinação e conformidade aos princípios e regras constitucionais.

Embora considerado a "*constituição do Direito Privado*", cumprindo-lhe o papel de "*estatuto único e monopolizador das relações privadas*"¹¹⁸, o Código Civil necessita compatibilizar-se com as normas constitucionais.

O operador do direito, em face do campo de incidência das normas constitucionais – muito mais amplo que outrora – há de interpretar qualquer dispositivo legal infraconstitucional em face dos princípios e regras insertos na Carta Magna.

¹¹⁶ Tepedino, *op. cit.* p.07.

¹¹⁷ Perlingieri, 1997, p.6.

¹¹⁸ Tepedino, 1999: 03

Por fim, em vigor a Constituição de 1988, encaixa-se perfeitamente no conceito de princípio constitucional explícito a exigência de que a propriedade cumpra sua *função social* (inciso XXIII do art. 5º).¹¹⁹ É que a observância da função social da propriedade não se aplica à maneira de um tudo ou nada, tampouco se pode, de antemão, indicar todas as condições necessárias à sua incidência.

¹¹⁹ *Verbis*: “Art. 5º(...) XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

1.2. Propriedade Urbana

A Constituição Federal de 1988, na parte relativa aos direitos e garantias fundamentais, garante o direito de propriedade (art. 5º, inciso XXII),¹²⁰ ressaltando, contudo, que esta última "*atenderá a sua função social*" (inciso XXIII).

Já foi dito que a Constituição de 1988 tratou da exigência de que a propriedade cumpra sua função social no inciso XXIII do art. 5º. Mas a Constituição também se referiu à função social na redação original do §1º do art. 156¹²¹ (hoje alterado pela EC n. 29, de 13/09/2000), no inciso III do art. 170,¹²² no §2º do art. 182,¹²³ no *caput*

¹²⁰ Confira a íntegra do artigo: "XXII – é garantido o direito de propriedade;(…)"

¹²¹ *Verbis*: "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel; e

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel."

¹²² *Verbis*: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(…)

III – função social da propriedade;"

¹²³ "Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(…)

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

do art. 184,¹²⁴ no parágrafo único do art. 185¹²⁵ e no art. 186.¹²⁶ Outrossim, o Poder Constituinte derivado se valeu da expressão em tela no inciso I do §1º do art. 173,¹²⁷ na redação dada pela EC n. 19, de 04/06/98.¹²⁸

É bem verdade que Eros Roberto Grau sustenta que a referência à função social contida no inciso XXIII do art. 5º não se justificaria. Defende o ilustre mestre que por essa norma estaria garantida a propriedade *individual*, cuja utilização, como instrumento voltado à subsistência individual e familiar, estaria servindo a uma

¹²⁴ *Verbis*: “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

¹²⁵ *Verbis*: “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

(...)

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

¹²⁶ *Verbis*: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

¹²⁷ *Verbis*: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade.”

¹²⁸ Aqui, porém, a utilização do princípio da *função social* se desviou daquela empregada pelo Constituinte originário, pois se refere à função social das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

função individual ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, daí por que imune à questão da função *social*.

Porém, não só com base na premissa de que na Constituição não há palavras inúteis, pode-se perfeitamente sustentar que toda e qualquer propriedade privada, material ou imaterial, individual ou coletiva, urbana ou rural, móvel ou imóvel, deve atender à função social.¹²⁹ De efeito, o princípio atua de forma diferente em relação a cada tipo de propriedade, conforme a destinação reservada aos respectivos bens. Via de regra, é a lei que dispõe sobre como a função social será cumprida, caso a caso. Nesse pensar, o que pode ocorrer é que a destinação individual do bem satisfaça à função que socialmente dele se espera. Ou seja, cumprindo com sua função individual, o exercício do direito de propriedade poderá estar também obedecendo à função social, mas isso não significa que a propriedade destinada à subsistência individual esteja de antemão imune à função social. Tanto não está que o próprio Eros Roberto Grau tratou de estabelecer exceção a esse raciocínio, dizendo que a propriedade individual pode exceder sua função meramente individual quando "detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se volta."

É evidente, contudo, que na Constituição não houve maior preocupação com a concretização das normas que dispõem acerca do princípio da função social da propriedade, salvo em relação aos imóveis rurais e, com menor intensidade, em

¹²⁹ Benedito Ferreira Marques, para quem o princípio incide "sobre qualquer bem, corpóreo ou incorpóreo".

relação aos imóveis urbanos. Em razão disso, há quem sustente que as medidas voltadas contra o descumprimento da função social "*só podem ter por objeto terras particulares, sejam urbanas ou rurais*". Porém, consoante exposto, cada tipo de propriedade sujeita-se a determinados modos de cumprimento da função social. De fato, a razão do tratamento mais exaustivo do tema da função social em relação aos imóveis rurais está no maior esforço de regulamentação dos parlamentares ruralistas. Mas isso, nem de longe, pode excluir a incidência do princípio a respeito dos demais tipos de propriedade. Confirma-se esse raciocínio quando se sabe que o conceito de propriedade é mais amplo que o de *domínio*, pois abrange também os bens imateriais.

Enfim, não se pautando o exercício da propriedade pelos pressupostos da função social, sujeita-se o proprietário à expropriação de seu direito, seja qual for a modalidade de propriedade. E contra isso não se pode alegar que a Constituição só se referiu ao descumprimento da função social, como causa deflagradora de desapropriação, naquela movida por interesse social para fins de reforma agrária (art. 184). Com efeito, essa assertiva apenas enuncia que o cumprimento da função social integra o conceito de interesse social para fins de desapropriação. Não se pode negar, porém, que o atual diploma legal que regula a desapropriação por interesse social (Lei 4.132, de 10/09/62) não contemplou *expressamente* a hipótese de inobservância da função social. Isso se explica, como visto, pelo fato de a expressão "função social" só ter sido cunhada posteriormente, pelo Estatuto da Terra. Mas a própria enunciação dos casos considerados de interesse social faz crer a presença "latente" do princípio da função

social em muitos dos incisos do art. 2º da Lei 4.132/62.¹³⁰ Logo, à luz do art. 184 da CF, evidencia-se que o legislador poderá encaixar, na regulamentação dos casos de desapropriação para fins de interesse social, regras atinentes à expropriação decorrente do eventual desatendimento do princípio constitucional da função social da propriedade, seja esta de que tipo for. E nisso reside a razão da relativização da garantia à propriedade no inciso XXIII do art. 5º, em regra que se repete no inciso III do art. 170 e no §2º do art. 182 da CF/88.

Ao relacionar os princípios a serem observados para que a ordem econômica, radicada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tenha por finalidade assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, o art. 170, da CF/88, refere-se, expressamente, à "*função social da propriedade*" (inciso III).

¹³⁰ *Verbis*: “**Art. 2º** Considera-se de interesse social:

- I – o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;
- II – a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola (*vetado*);
- III – o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola;
- IV – a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias;
- V – a construção de casas populares;
- VI – as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;
- VII – a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais;
- VIII – a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas.”

Observe-se, contudo, que a função social da propriedade não grava todo e qualquer bem, indiscriminadamente.

Grau,¹³¹ embora considere que somente a propriedade dos bens de produção é que estaria adstrita ao cumprimento da função social,¹³² distingue, ainda, no tocante àqueles, determinadas circunstâncias nas quais a propriedade desempenha uma função individual, daquelas outras em que o cumprimento da função social poderá ser exigido, ao explicar:

"... enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e, iniludivelmente, cumpre função individual. Como tal, é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo, capitalistas e, como vimos, socialistas. A essa propriedade não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal".

A discussão acerca da função social que a propriedade deve necessariamente desempenhar não é recente no âmbito do direito privado.

¹³¹ *Op. cit.* 252 e ss.

¹³² P. 254.

Carbonnier¹³³, embora destacando o mérito de Léon Duguit ao abordar o assunto em sua conhecida obra de 1912, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, aponta que Augusto Comte, em sua obra *Système de politique positive*, de 1850, já via na propriedade uma indispensável função social, "...destinée à former et à administrer les capitaux dans lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante".

A cidade de Nova York teve sua primeira regulamentação urbana editada em 1916,¹³⁴ por ocasião da tomada de consciência, por parte da administração municipal, da necessidade de desenvolvimento planejado da expansão imobiliária, até então realizada ao sabor dos incorporadores. Até o início de 1900, o governo municipal de muitas cidades norte-americanas não possuía secretarias de planejamento urbanístico. Poucas foram as que se desenvolveram de acordo com previsões estudadas de espaços públicos, praças e parques. A partir de 1914 o movimento pelo desenvolvimento planejado começou a ganhar força principalmente em Nova York quando uma comissão, criada para solucionar problemas de transporte, propôs um plano diretor para a cidade.

A doutrina nacional, sobre o tema, conta com inúmeras e expressivas contribuições.

¹³³ *Op. cit.*, 139.

¹³⁴ Patricia E. Salkin, *Public Control of Private Land* (Controle Público da Propriedade Privada).

Ao atribuir-se à propriedade privada uma função (social), acometendo a seu titular um poder-dever, pondera Grau,¹³⁵ com base em Sundfeld, que se traz para o direito privado algo que originariamente estava afeto ao direito público, que é o condicionamento do poder a uma finalidade.

Tal função social deve apresentar um matiz ativo, consistente em comportamentos positivos (prestações de fazer), de modo a impor, ao proprietário "*o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem*".¹³⁶

A propriedade, enquanto bem, configura relação entre pessoa e coisa. Portanto, as coisas, ou bens, devem ser instrumento a serviço dos homens para a satisfação de suas necessidades.¹³⁷

Na abalizada opinião de Fachin, a propriedade deve ser "*menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção*".¹³⁸

É dentro deste contexto que a doutrina especializada vem afirmando não poder mais subsistir o conceito romanístico de propriedade, de conotação

¹³⁵ 1998: 255.

¹³⁶ Grau, *op. e loc. cit.*.

¹³⁷ Cf. Oliveira, 2001: 11.

¹³⁸ 1996; p. 107.

francamente individualista. Observa-se, ao contrário, nos dias atuais, que o individualismo da propriedade perdeu espaço para o interesse coletivo, de modo a subordiná-la, cada vez mais, ao bem comum.¹³⁹

São de Marquesi¹⁴⁰ as seguintes e pertinentes observações:

"... já não é possível admitir que o titular empregue seu imóvel em atenção a fins puramente individuais. Cumpre-lhe, ao contrário, fazê-lo de uma forma útil à sociedade, usando-o como um instrumento de riquezas e visando à felicidade de todos. E, de fato, sendo escassos os bens naturais postos à disposição do homem, exige-se que seu uso se faça para proveito de todos, ainda que se deva respeitar a propriedade como um direito subjetivo individual, em contraposição às combalidas teorias marxistas. O predicado da função social, diz Trotabas, citado por Ribeiro da Cunha, não constitui uma ameaça ao direito do proprietário; antes, completa e enriquece a noção de propriedade".

A propriedade, assim, constitui-se em verdadeiro encargo social, voltada ao bem-estar da coletividade.

Como conciliar esta necessidade de se atender ao bem-estar da

¹³⁹ Cf. Maluf, 1997, p. 03.

¹⁴⁰ 2001, p. 95.

coletividade, de um lado, com a inescandível concentração de terras nas mãos de uns poucos – fenômeno característico de nosso País –, de outro?

A propriedade latifundiária em nosso País é admitida sem qualquer limitação para os cidadãos brasileiros.

Esta situação se explica, segundo Gondinho,¹⁴¹ "pelo alarmante desconhecimento do verdadeiro alcance do princípio da função social da propriedade e sua integração com a própria estrutura do direito de propriedade".

O que há de se levar em conta é que a função social da propriedade, princípio constitucional de conteúdo certo e determinado – e não mera norma programática – é um importante aliado da democracia, a ponto de, se inobservado, possibilitar a utilização de "*instrumentos jurídicos aptos a promover os objetivos fundamentais da República consagrados pela Constituição*".¹⁴²

Na visão de Fachin,¹⁴³ a função social da propriedade corresponde a uma "*formulação contemporânea da legitimação do título que encerra a dominialidade*". Explica-se: deve-se estudar o Código Civil à luz da Constituição Federal

¹⁴¹ 2000, p. 397.

¹⁴² *Op. cit.* 399.

¹⁴³ *Op. cit.* 109.

e não ao contrário, como querem alguns; a proteção ao proprietário deve, antes, passar pelo respeito da situação daquele que não pode usar, gozar e dispor (Código Civil Brasileiro, art. 1228),¹⁴⁴ isto é, daquele que não é proprietário. O direito de propriedade, como todos os outros direitos coletivos, deve ser assegurado e exercido em função da sociedade, que é o seu principal alvo.

Na opinião abalizada de Bessone,¹⁴⁵ o direito de propriedade é geral, esbarrando apenas em algumas limitações, como o direito de vizinhança e as limitações impostas pelo poder de polícia, por exemplo; é, ao mesmo tempo, coletivo e unitário, por abranger uma série de direitos que acabam se fundindo num só, que é o próprio direito de propriedade; perpétuo, porque não se extingue pelo não-uso; absoluto, porque o seu detentor pode opô-lo contra todos, salvo as limitações impostas por ordem pública e/ou privada; exclusivo, eis que dois domínios não podem incidir, concomitantemente, sobre a mesma coisa; e, finalmente, elástico, pois pode ser reduzido a um certo mínimo ou alcançar um máximo, sem deixar de ser propriedade.

Princípio da ordem econômica, assegurado no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, a Carta Cidadã de 1988 garante o direito de propriedade, desde que atenda a sua função social.

¹⁴⁴ “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.”

¹⁴⁵ 1996, p. 75 – 77.

Segundo Gondinho,¹⁴⁶ socialmente funcional será a propriedade que, desde que, respeitada a dignidade da pessoa humana, contribua para o desenvolvimento nacional e para diminuir a pobreza e as desigualdades sociais.

O cumprimento dessa exigência não se dá apenas em caráter hipotético: ao contrário, a própria Constituição Federal delinea seus parâmetros.

Retornando à propriedade rural, o art. 186¹⁴⁷ da CF/88 elenca quatro requisitos para que a mesma tenha atendida sua função social, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais existentes e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração da propriedade, desde que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos que nela trabalham. Somente a propriedade que atenda a todos esses requisitos é que terá atendida a sua função social. Assim, ainda que produtiva, a propriedade rural não atenderá a sua função social se a sua produção estiver baseada em violação das normas trabalhistas, por exemplo.

¹⁴⁶ *Op. cit.*: 413.

¹⁴⁷ *Verbis*: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Como se vê, pois, a propriedade continua tendo seu conteúdo protegido e o proprietário continua mantendo sua característica de dono; o que mudou, ou melhor, evoluiu, é que cabe à lei definir os modos de aquisição, uso, gozo e limites da propriedade, sempre com o objetivo de favorecer sua função social.

A quem se destinaria, contudo, o mandamento constitucional de que a propriedade deverá cumprir a sua função social?

Conforme Gondinho,¹⁴⁸ a "função social da propriedade tem destinatários específicos: o titular do direito de propriedade, o legislador e o juiz".

Para o primeiro, continua o jurista, "*a função social assume uma valência de princípio geral*": isto é, o proprietário não pode perseguir, ao exercer seus atos e atividades, uma função anti-social ou até mesmo, antijurídica, ao mesmo tempo em que deve ter garantido a tutela jurídica a seu direito. O legislador é destinatário da função social da propriedade porque este não pode conceder ao titular do direito de propriedade, através de normas infraconstitucionais, poderes extravagantes ou em contrário ao interesse social previamente tutelado.

Em referência à atividade judicante, o magistrado e os demais

¹⁴⁸ *Op. cit.*: 421.

operadores jurídicos devem encarar a função social da propriedade como um "*critério de interpretação e aplicação do direito, deixando de aplicar as normas que lhe forem incompatíveis*".¹⁴⁹

O artigo 182¹⁵⁰ da Constituição Federal reza que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

É claro que a função social não se exaure com o simples atendimento a determinado plano, mas busca tornar a cidade um lugar mais adequado para a convivência das pessoas. Por isso é que também as cidades de pequeno porte, que

¹⁴⁹ Gondinho, *op. cit.*: 422.

¹⁵⁰ *Verbis*: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

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

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

§3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

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

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

não tenham o plano diretor, sujeitam a propriedade urbana à funcionalização, mediante regras limitadoras e impulsionadoras legais e administrativas.

As sanções à violação dos deveres proprietários previstos na Carta Política vão, em caráter sucessivo, desde o parcelamento ou edificação compulsórios, passando pela imposição de imposto progressivo no tempo, sobre a propriedade urbana até, por último, a desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, resgatáveis em dez anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados, porém, o valor real da indenização e os juros legais.

Não custa ressaltar que a reserva legal incluída no artigo 182, parágrafo segundo¹⁵¹ – e a observação vale para o artigo 186,¹⁵² que disciplina a propriedade rural – tem necessária conexão e conteúdo preestabelecido no Título I da Constituição.

Não pode o legislador ordinário, portanto, esquivar-se da proteção da pessoa humana, de acordo com os princípios fundamentais da República, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da *pobreza e redução das desigualdades*.

¹⁵¹ “Art. 182 § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

¹⁵² Texto já citado.

O direito de superfície, a par de substituir com vantagem o regime da enfiteuse, atende a necessidade prática de permitir a construção em solo alheio, mesmo quando é ele classificado como público, o que ocorre com barracas, bares e restaurantes instalados em via pública. É o direito de superfície incentivo à construção, sobretudo nos grandes centros populacionais, beneficiando o fundeiro que, sem recursos, não pode dar ao seu bem a função social exigida.

O direito de superfície liberta-se da aparente semelhança com a enfiteuse por ser um direito temporário, proibindo-se a modalidade perpétua.

Continuando com a sintonia constitucional, explicitado está, no novo Código, o que já estava previsto na Constituição: o limite da propriedade que não se estende às jazidas, aos recursos minerais, aos potenciais de energia hidráulica e aos monumentos arqueológicos¹⁵³. Registre-se, ainda, a perda da característica da inalienabilidade dos bens públicos dominiais¹⁵⁴, reafirmando o comando maior de que a propriedade, pública ou privada, deve ter função social.

Outro destaque do direito infraconstitucional em sintonia com a política urbana preconizada na Constituição¹⁵⁵ é o parcelamento do solo.

¹⁵³ Artigos 176 e 177 da Constituição Federal.

¹⁵⁴ Artigo 101 do Novo Código Civil.

¹⁵⁵ Artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

É bem verdade que a legislação sobre parcelamento do solo urbano antecede a Constituição, pois foi a Lei 6.766, de 1979, que primeiro tratou da questão. À época, teve a lei como escopo regular o registro de loteamentos, desmembramentos, compromissos de compra e venda e de cessões ou de promessas de cessões.

Ao advento da Constituição de 1988, deixou o legislador expresso no art. 182, § 4º¹⁵⁶ a faculdade de o poder público promover o parcelamento ou edificações compulsórias, como sanção ao proprietário que descumpra exigência formal quanto ao adequado aproveitamento da sua propriedade.

E o aspecto sanatório também permite a cobrança de impostos mais rigorosos, pela progressividade das alíquotas, chegando até mesmo à desapropriação, mediante títulos da dívida pública com resgate em dez anos.¹⁵⁷

É importante destacar não serem apenas os proprietários de terrenos os únicos a se submeterem ao crivo das sanções constitucionais, podendo ser

¹⁵⁶ *Verbis*: “Art. 182 § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

¹⁵⁷ Artigo 182, §§ 1º, 2º, 3º e 4º da Constituição Federal.

alcançados os proprietários de edificações, se estas não cumprem a função social.

Se a Constituição permite ao poder público federal parcelar o solo ou nele erigir edificações, para com elas obter a adequada utilização, o Estatuto da Cidade não admite que o poder público municipal exerça este tipo de sanção, parcelando ou edificando para posterior ressarcimento.

Diferentemente, sem imiscuir-se na propriedade, o município notifica o proprietário da área para que realize obrigação de fazer em condições e prazos preestabelecidos. Assim, cabe a ele, o proprietário, parcelar ou construir, sendo apenado com imposto progressivo (IPTU), por um lapso temporal, até a drástica sanção da desapropriação. Assim, a leitura do Estatuto da Cidade só pode ser feita após bem interpretado o art. 182, § 4º, da Constituição.¹⁵⁸

Em nome da função social, a Constituição não poupou esforços no sentido de podar o uso absoluto do direito de propriedade e consagrou o princípio do uso limitado, em favor dos direitos culturais e do acesso às fontes da cultura nacional. Previu o tombamento de imóveis ou mobiliário urbano, retirando do proprietário a livre disposição para garantir a preservação de um acervo que será utilizado para um novo fim.

O poder público está constitucionalmente autorizado a intervir na

¹⁵⁸ Artigos 5º e 6º do Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001.

propriedade, seja pelo tombamento, o qual limita o seu uso sem impor indenização (se não houver esvaziamento econômico), seja pela desapropriação, hipótese em que o proprietário é obrigado a abdicar do uso, gozo e fruição do seu bem, mediante indenização,¹⁵⁹ sendo este o mais drástico instrumento de realização da reforma urbana.

A desapropriação autorizada no artigo 182, § 3º,¹⁶⁰ da Constituição, é inteiramente distinta da desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social. Trata-se de uma desapropriação-penalidade, pelo descumprimento da função social da propriedade. Embora já prevista na Carta de 1967, nunca foi aplicada, entendendo-se ela como norma meramente programática.

Dentre os inúmeros questionamentos suscitados em torno da desapropriação-sanção, parece-me prioritário saber qual o rito aplicável a esse tipo de desapropriação.

A conclusão a que se chega é a de que, antes da edição de uma lei específica regulando a matéria, deve-se aplicar o art. 271 do CPC,¹⁶¹ ou seja, as regras do procedimento comum e não as regras das clássicas desapropriações.

¹⁵⁹ Artigos 215 e 216 da Constituição Federal.

¹⁶⁰ *Verbis*: “Art. 182 § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.”

¹⁶¹ *Verbis*: “Art. 271. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei especial.”

A moderníssima visão constitucional de reforma urbanística legou aos municípios a tarefa de editar o seu plano diretor, como expresso na Carta Magna¹⁶². Entretanto, tem ele de estar em sintonia com o direito urbanístico, cujas normas competem, concorrentemente, à União e aos Estados. Em outras palavras, as três esferas do poder político trabalham em prol do bem-estar dos cidadãos que vivem nos centros urbanos.

O parágrafo 4º do mesmo artigo 182 vai além e dispõe ser facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de incorrer em sanções diversas.

Destaca-se, aqui, a determinação dos chamados comportamentos positivos do proprietário, impensáveis no regime tradicional da propriedade, vista como direito subjetivo e sujeita tão-somente a limitações de abstenção, ou de obrigações de não-fazer. A Lei n. 10.257, de 10.07.2001, denominada “Estatuto da Cidade”, veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Carta Política, mediante normas cogentes, com o propósito explícito de direcionar o uso da propriedade urbana, em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

¹⁶² Artigo 182, § 2º, da Constituição Federal.

Entre as diretrizes gerais traçadas pela lei (art. 2º), inteiramente afinados com os princípios fundantes do sistema, destacam-se a ordenação e controle do solo urbano, de molde a evitar a utilização inadequada dos imóveis, o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos e inadequados em relação à infra-estrutura, ao tráfego e a retenção especulativa que resulte na subutilização ou não-utilização de imóvel.

Merece realce o novo regime diferenciado – em atenção ao princípio de igualdade substancial – mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização para a regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda, problema antes insolúvel, em vista da impossibilidade de adaptação de situações sedimentadas há décadas às rigorosas regras de direito urbanístico.

No que se refere ao parcelamento e edificação compulsórios, natural que se coíba a prática de se estocar imóveis urbanos localizados em determinados bairros, à espera de urbanização pelo Poder Público e, com os equipamentos comunitários já implantados, promover a venda ao público a preços especulativos.

Cria-se um verdadeiro banco de terras, com fundamento na faculdade do não-uso e beneficiando-se o especulador da mais-valia feita às custas dos cofres públicos, para a qual contribui apenas com o pagamento de parcela mínima,

correspondente ao imposto predial urbano.¹⁶³

Como ensina Ricardo Pereira Lira¹⁶⁴, houve profunda alteração no chamado processo urbanístico. Isto porque as decisões básicas do urbanismo deslocaram-se do particular para o Poder Público, responsável pela ordem coletiva, e dissociaram-se do direito de propriedade sobre o solo.

Dizendo de outro modo, o particular já não tem mais o *ius edificandi*, a faculdade de pôr algo sobre o solo que tenha significado urbanístico, que agora é uma função pública, separada da titularidade dominial. A configuração da cidade passou de conjunto de interesses dos proprietários particulares para a realização coletiva, que atinge todos os membros da comunidade. Garante-se o direito à cidade dos não-proprietários.¹⁶⁵

O parcelamento, edificação e utilização compulsórios – artigo 5º da Lei n. 10.257/2001¹⁶⁶ – dependem, agora, apenas de lei municipal para serem

¹⁶³ Ricardo César Pereira Lira. *O uso do solo urbano e seu controle*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Ricardo Pereira Lira, *Elementos de direito urbanístico*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

¹⁶⁶ Verbis: “Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

implementados, garantido o prazo mínimo de um ano ao proprietário para protocolar o projeto de utilização.

Teve o legislador a prudência de estabelecer prazo razoável à regularização e de fazer averbar a notificação prévia do registro imobiliário, modo inequívoco de conferir publicidade da situação jurídica do imóvel a eventuais terceiros adquirentes, preservando-se, assim, a segurança das relações negociais. Averbada a notificação, ganha ela foros de realidade, ou de obrigação *propter rem*, podendo ser exigida diretamente dos novos proprietários.

Não custa ressaltar que tanto o parcelamento como a edificação compulsória não devem ser feitos ao bel-prazer do proprietário, mas afeiçoarem-se ao disposto no Plano Diretor, normas urbanísticas e de zoneamento ou regulamentos

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II – (*Vetado.*)

§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o *caput* não poderão ser inferiores a:

I – 1 (um) ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II – 2 (dois) anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o *caput* poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.”

municipais, de molde a preencher a finalidade de bem-estar da comunidade e justificar eventuais investimentos públicos em obras de infra-estrutura.

A desapropriação-sanção, na lição precisa de José Afonso da Silva, serve para o restabelecimento da legalidade urbanística, ou para evitar o descumprimento de normas que contêm obrigações dos proprietários.¹⁶⁷

O artigo 8º da Lei n. 10.257/2001,¹⁶⁸ que regulamenta a norma constitucional, vem balizado por preceitos de louvável correção. Além do pagamento em títulos da dívida pública, resgatáveis em até dez anos, a novidade está no montante da indenização, com base no valor lançado do IPTU, descontada a parcela incorporada em

¹⁶⁷ José Afonso da Silva, *Direito urbanístico brasileiro* 2, Ed. Malheiros, São Paulo.

¹⁶⁸ *Verbis*: “Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até 10 (dez) anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de 6% (seis por cento) ao ano.

§ 2º O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2º do art. 5º desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3º Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4º O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5º O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6º Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5º as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei.”

função de obras realizadas pelo Poder Público nas imediações. Não se computarão lucros cessantes e muito menos juros compensatórios, tudo com o propósito de evitar o estímulo à má conduta proprietária.

Ganhou a desapropriação, finalmente, a feição de verdadeira pena ao abuso de direito. A idéia, ainda na expressão de Jose Afonso da Silva, é expurgar da indenização todo o *plus-valia* e toda a forma de especulação.¹⁶⁹ A dúvida está apenas na congruência da indenização – justa, consoante norma constitucional – vinculada ao valor fiscal, que não guarda exata correspondência, via de regra inferior – ao valor de mercado.

Outro instituto criado pela Constituição Federal para dar efetividade à função social da propriedade urbana é o usucapião especial, previsto em seu artigo 183. Os requisitos para tal modalidade de prescrição aquisitiva denotam evidente propósito de favorecer aquele que usa a pequena propriedade (até 250 m²) para moradia própria ou da família, por período reduzido (cinco anos). Exige-se, mais, não seja, o usucapiente, proprietário de outro imóvel, nem tenha postulado anteriormente igual benefício.¹⁷⁰

Os artigos 9º a 14 da Lei n. 10.257/2001 disciplinaram o instituto e criaram preceitos de notável operatividade. Tem especial relevo o artigo 10,¹⁷¹ que

¹⁶⁹ José Afonso da Silva, *Direito urbanístico brasileiro*.

¹⁷⁰ O preceito constitucional está reproduzido no artigo 1.239 do Projeto do Código Civil.

¹⁷¹ *Verbis*: “**Art. 10.** As áreas urbanas com mais de 250m², ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados

permite a usucapião coletiva de áreas urbanas, ainda que contem com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por mais de cinco anos por população de baixa renda para moradia, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. Superou-se o entrave da usucapião de favelas, em que não se localizava com precisão o espaço ocupado por cada uma das moradias, em vista de sua feição precária e volúvel.

Além disso, as ações individuais significariam perpetuar o recorte de vielas internas, ou, em termos diversos, impedir futura urbanização do local. Excelente a solução de se conferir a cada possuidor parte ideal do todo, em condomínio indivisível. É claro que o processamento de tais ações exigirá dos juízes criatividade e compreensão do alcance social da norma, para superar alguns obstáculos, como a existência isolada de imóveis não-residenciais no interior da gleba – por exemplo, bares e templos – ou mesmo espaços comuns, como pequenas praças e vielas.

por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 2º O usucapião especial coletivo de imóvel urbano será declarado pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

§ 3º Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.

§ 4º O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, 2/3 (dois-terços) dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

§ 5º As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes.”

Novos mecanismos adotados pelo Estatuto da Cidade preordenam-se ao propósito do artigo 182 da Carta Política, de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

O direito real de propriedade (artigos 21 a 24) permite desmembramento inédito dos poderes dominiais, mediante entrega a terceiro não-proprietário do direito de utilizar o solo, subsolo ou espaço aéreo do terreno, por negócio jurídico oneroso ou gratuito.

Criou-se o direito de preempção (arts 25 a 27), pelo qual se confere ao Poder Público municipal, em áreas determinadas e por tempo limitado, a preferência na aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa – salvo a troca, por razões óbvias – entre particulares. Trata-se de poderoso instrumento de combate à sonegação fiscal – elaboração de contratos com valores fictícios – e que bem reflete a prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Ressalva-se, apenas, que a inobservância do preceito deveria, em técnica escorreita, gerar a ineficácia e não a nulidade do negócio jurídico.

A outorga onerosa e a transferência do direito de construir (arts. 28 a 31 e 35) permitem ao Poder Público alocar e dirigir investimentos para bairros carentes da cidade. Sedimentou-se a existência de um direito de edificar, nem sempre

acessório e ligado ao solo, mas transferível e alienável.

O que revela o Estatuto, como acima dito, é a preocupação com a ordenação da cidade e a valorização do elemento funcional da propriedade, com destaque para a posse e as acessões, em detrimento do elemento estrutural, que tem no solo nu o seu ícone maior.

A preocupação com a ordenação da cidade e controle de seu crescimento não é exatamente nova. Refere Antonio Gambaro que, no ano de 1605, o Rei Henrique IV impôs vinculação arquitetônica às fachadas de construções da Place Royale (hoje Place des Voges), seguido de édito semelhante, no ano de 1699, relativo à Place Vendôme e chegando a um radical decreto de 1672, pelo qual Luiz XIV vetou a construção de novas habitações em Paris.¹⁷²

Passados quase quatrocentos anos, parece clara pelo ordenamento, e assimilada pela cultura jurídica, a imposição de freios e de controle ao crescimento das cidades, mediante limitações administrativas e outros mecanismos que estimulem e obriguem o proprietário a conformar a *res* a interesses não-proprietários da comunidade.

¹⁷² Antonio Gambaro, *Jus della aedificandi e nozione civilistica proprietà*, Milano, 1975.

2. Função Social e a Propriedade Privada

Por tudo o que já foi abordado neste trabalho, pode parecer que a função da propriedade significa uma espécie de derrogação da propriedade privada, verdadeira conspiração anti-capitalista encravada no seio dos interesses do proprietário. Não é do que se trata, conforme se demonstra a seguir.

Primeiramente, deve-se reconhecer que a função social da propriedade não está restrita ao bem imóvel, mas a todo e qualquer bem ou patrimônio que possui o ser humano. Atualmente, fala-se em função social do ensino, do labor, enfim, da mais abrangente forma de domínio sobre determinado bem exercido pelo particular ou pelo ente público.

Assim, afirma-se que o ser humano que vive em sociedade deve compartilhar toda a energia positiva em prol da qualificação social, da busca da qualidade de vida, seja econômica, ambiental ou de relacionamento.

Não há mais espaço para os conceitos do antigo direito privado de propriedade no atual ordenamento jurídico brasileiro. Os conceitos de propriedade plena não encontram guarida atualmente, vez que se mostram incompatíveis os direitos absolutos de usar, gozar e dispor da propriedade, como se constatava pelos arts. 524 e

525 do antigo Código Civil:

“Art. 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.”

(...)

“Art. 525. É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel.”

O Código Civil de 2002, em que pese não ter modificado substancialmente o antigo dispositivo, acrescentou, pertinentemente, que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com sua função econômica, social e ambiental:

“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.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de

conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

A Constituição Federal de 1988 prevê a necessidade do cumprimento da função social nos artigos 5º, inciso XXIII, 170, inciso III, 182 e 184. Destarte, deve a propriedade ser cumpridora da função social, não se configurando, esta, como um limite à propriedade, pois a função social não compõe obrigação imposta ao proprietário, vez que limites e obrigação são elementos externos a qualquer instituto do direito, ou seja, são elementos que incidem sobre o sujeito ou objeto do direito. A função social, contudo, é elemento conformador da propriedade, que aparece como uma de suas muitas facetas. Trata-se, pois, de direito intrínseco à propriedade. O conceito de propriedade encerra em si a função social e o direito de propriedade é, por consequência, só e legítimo na medida em que a função social esteja sendo cumprida. A função social também não se confunde com os limites impostos à propriedade por força do poder de polícia do Estado ou das disposições civis do direito de vizinhança – esses são elementos externos à propriedade.

Joaquim Castro Aguiar,¹⁷³ sobre o tema, expõe:

¹⁷³ Miguel Reis; Carlos Henrique Liso. *A concessão de direito real de uso na regularização fundiária.*

“Na verdade, a função social da propriedade faz parte da essência do direito de propriedade, do seu conteúdo. A sua inserção no rol das garantias constitucionais cria a convicção de que o direito de propriedade possui, além dos poderes que lhe são inerentes, deveres comuns aos direitos patrimoniais, em proveito da sociedade. A propriedade contém poderes e deveres. O direito individual sobre as coisas impõe obrigações. O uso da propriedade há de contribuir para o bem da coletividade. Com efeito, os direitos só se justificam pela missão social que também devem ter e para a qual terão de necessariamente contribuir.”

Assim, nota-se que o atendimento da função social da propriedade, seja ela privada ou de domínio público, consiste, pois, em direito subjetivo público, e eventuais violações a tal direito devem ser, por lei, repelidas, como p. ex. o disposto no §4º do art. 182 da CF/88, já regulamentado pelo Estatuto da Cidade, que prevê ao imóvel urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, o parcelamento ou edificação compulsórios, o IPTU progressivo no tempo e a desapropriação.

A função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício; pelo contrário, muitas vezes é ela a mola impulsionadora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma. Isso significa que a propriedade, embora concebida e tutelada na forma de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.

O proprietário continua com as prerrogativas de usar, gozar, fruir e dispor da coisa, bem como havê-la de quem injustamente a detenha. A propriedade continua tendo seu conteúdo protegido, cabendo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, gozo, limites, sempre no intuito de favorecer a função social da propriedade. O proprietário mantém seu *status* de dono, apesar da necessidade de controle social sobre o seu comportamento, significando que terá seu direito respeitado e tutelado contra qualquer lesão, seja particular ou pública.

A função social não significa, assim, uma derrogação da propriedade privada, que continua existindo (e sendo prestigiada), mas um instrumento de garantia da própria propriedade, uma vez que representa a defesa contra qualquer tentativa de socialização sem prévia e justa indenização. A função social não pode, em caso algum, contrastar o conteúdo mínimo do direito de propriedade; função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares do direito real de propriedade.

3. Limitações ao Direito de Propriedade

Há muito o direito de propriedade deixou de ser a senhoria absoluta do proprietário no exercício das faculdades de usar, gozar e dispor. O direito de vizinhança, os direitos reais sobre coisa alheia e o poder de polícia são alguns exemplos de limitações ao direito do proprietário. Todavia, a função social da propriedade não se confunde com nenhuma destas restrições.

A função social não surge do Texto Constitucional como mero limite ao exercício do direito de propriedade, mas como princípio básico e norteador que incide no conteúdo do direito, fazendo parte de sua estrutura. Não se pode elaborar um conceito de propriedade sem função social. A função social não é apenas mais um limite ao direito de propriedade. Isto porque *o limite é o instrumento com o qual o interesse público ou privado circunscreve um direito, sacrificando a sua extensão ou determinando o seu conteúdo.*

Tradicionalmente, a noção de limite é negativa, voltada a comprimir os poderes do titular do direito atingido, nunca apta a promover os valores fundamentais do ordenamento, missão primeira da função social.

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e

social, diz Perlingieri,¹⁷⁴ o conteúdo da função social assume um papel-tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam servir para garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. Outra diferença reside no fato de que as limitações apenas atingem o exercício do direito, mas nunca a sua substância, e que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita.

A função social atinge a própria essência do direito de propriedade, modificando o seu conteúdo e criando as condições propícias para a legitimidade das restrições impostas ao domínio. Nesta perspectiva, não entendemos correto afirmar que a função social é a razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído ao seu titular. Mas, em contrapartida, ousamos afirmar que a função social da propriedade é a razão pela qual o ordenamento tutela e garante o domínio.

A função social se apresenta como causa de legitimação ou de justificação de intervenções legislativas que devem sempre ser submetidas a um controle de conformidade constitucional.

A função social também não apresenta um ônus ao proprietário, pois, na realidade, a mesma visa simplesmente fazer com que a propriedade seja utilizada de maneira normal, cumprindo o fim a que se destina. Assim, se a propriedade rural deve

¹⁷⁴ Perlingieri, Pietro.

ser produtiva, isto decorre, antes de mais nada, da natureza lógica de sua destinação, a qual deve visar a produção e não a especulação. Não se pode dizer, em linha de princípio, que a obrigação de produzir seja um ônus para o titular de uma propriedade agrária. A função social é uma espécie de harmonização entre a natureza do bem e a sua utilização de acordo com os fins legítimos.

Como atesta José Acir Giordani,¹⁷⁵ *“se o titular do direito se mostra desidioso não utilizando faculdades inerentes ao domínio para extrair do bem os frutos que este produz ou possui capacidade de produzir, sujeitar-se-á às cominações legalmente estabelecidas para recolocar a propriedade no caminho normal”*. Finalmente, cumpre salientar, como fez Perlingieri, a propriedade que tem uma função social permanece como situação subjetiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente este é investido na função social. Já a propriedade que é função social é atribuída ao proprietário, não no interesse deste, mas no interesse público ou coletivo. No direito atual, a propriedade seria uma situação jurídica subjetiva, a qual envolveria situações ativas e passivas, com a natureza de um poder que encerra deveres, obrigações e ônus. A propriedade é uma função social quando exercida para certos fins.

¹⁷⁵ Apud Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*.

CAPÍTULO III

1. Destinatários da Função Social

A função social da propriedade possui destinatários específicos: o titular do direito de propriedade, o legislador e o juiz. Para o titular do direito de propriedade, a função social assume uma valência de princípio geral. Sua autonomia para exercer as faculdades inerentes ao domínio não corresponde a um livre-arbítrio.

O proprietário, por meio de seus atos e atividades, não pode perseguir fins anti-sociais ou não sociais, como também, para ter garantia da tutela jurídica ao seu direito, deve proceder conforme a razão pela qual o direito de propriedade lhe foi outorgado. Em outras palavras, deve proceder de forma a promover os valores fundamentais da República esculpidos no Texto Constitucional.

A função social impõe ao legislador ordinário que não conceda ao titular da propriedade, mediante normas infraconstitucionais, poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse social positivamente tutelado, mas também que disponibilize um estatuto que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir os objetivos constitucionais relevantes.

A função social, completa Perlingieri, é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores do direito. Neste sentido, o operador jurídico deve ter sempre a função social como critério de interpretação e aplicação do direito, abstendo-se da aplicação das normas que lhe forem incompatíveis.

A função social continua Perlingieri, é operante também à falta de uma expressa disposição que lhe faça referência. Isto porque ela representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão, em via analógica, daquelas normas, excepcionais no ordenamento pré-constitucional, que têm um conteúdo que, em via interpretativa, resulta atuativo do princípio. No que concerne à atividade da jurisprudência, dois riscos se impõem: o uso desmesurado do princípio, para além de seu real alcance jurídico, ou a resistência empedernida de julgadores que, em verdadeira miopia jurídica, não conseguem enxergar normatividade no princípio em tela.

E aqui cabe menção ao acórdão proferido pela 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de agravo de instrumento interposto na comarca de São Luiz Gonzaga (RS). O aresto conheceu do recurso, dando-lhe provimento, por maioria, para o efeito de desconstituir liminar de reintegração de posse concedida em primeiro grau de jurisdição a empresa arrendatária da área ocupada,

em detrimento dos integrantes do MST.¹⁷⁶ Os fundamentos da decisão residem, entre outros aspectos relevantes (expostos adiante), na natureza da demanda que deu origem à decisão agravada: a de ação judicial relativa a direitos fundamentais do homem. Assim é que à questão cabem as considerações abaixo.

O direito, na lição do mestre Miguel Reale, não é apenas a lei; é a conjugação de três dimensões: fato, valor e norma. Por isso, a simples aplicação da lei ao fato relegaria ao desamparo o direito dos agravantes (membros do MST). Em que pese a dificuldade de se investigar a dimensão axiológica do direito (valor), é sabido que quando se trata do direito de propriedade, entre defender o valor individual e defender o valor social, o direito brasileiro fez uma opção clara: defendeu o valor social. É por isso que a Constituição Federal, artigo 5º, no inciso XXII garante o direito de propriedade, mas no inciso seguinte, o XXIII, diz que “a propriedade atenderá a sua função social”. Considerando a regra do parágrafo primeiro do mesmo artigo, segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, fica claro que não há necessidade de outra lei que diga o que é função social. O que está na Constituição vale e deve ser aplicado.

Superada a questão axiológica e conhecido o teor da norma, passa a decisão a examinar os fatos. Verifica-se que a área ocupada está penhorada para o INSS e para o Banco do Brasil em razão de dívida tributária que tem a proprietária com o Poder Público. Isso faz com que a área se inclua dentre aquelas que o Poder Público poderia adquirir. Sendo a União a maior responsável pelo atendimento dos direitos,

¹⁷⁶ Agravo de Instrumento nº 598.360.402, São Luiz Gonzaga, RS.

garantidos aos cidadãos, pela Constituição Federal, e estando a empresa-proprietária em dívida com a administração pública, vê-se que, só por isso, descumpre sua função social (proceder ao recolhimento de impostos, taxas públicas, encargos sociais, e geração de empregos). Tais circunstâncias, por si, justificam o provimento do agravo, mantendo-se os integrantes do MST na posse da área por eles ocupada.

Ainda dentro da questão analisada, acrescentem-se os direitos sociais previstos na “Declaração Universal dos Direitos do Homem” (além da igualdade, dignidade, não-discriminação; direito à vida, à liberdade, dentre outros): direito à segurança social e à satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade humana e ao livre desenvolvimento de sua personalidade; direito ao trabalho, à escolha do trabalho, à condição satisfatória de trabalho, e proteção contra o desemprego, o salário condigno, à liberdade sindical (...). Com efeito, cabe perguntar se tais direitos sociais dos sem terra, indispensáveis à dignidade humana, estão sendo respeitados. A resposta está na decisão proferida pela 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em favor das 600 famílias acampadas.

É neste sentido que o operador jurídico deve ter a função social: como critério de interpretação e aplicação do direito. Repita-se: abstendo-se da aplicação das normas que lhe forem incompatíveis. A supremacia da função social deve manter o Direito a serviço do homem, e não da lei.

Se de um lado existe o esbulho à posse de uma empresa e, de outro, o descumprimento de direitos fundamentais de famílias a reclamar proteção, deve o Judiciário sanar a ofensa aos direitos fundamentais.

Por fim, lembre-se que a decisão se coloca ao lado da doutrina. Esta afirma que, havendo necessidade de sacrificar o direito de uma das partes, sacrifica-se o patrimonial, garantindo-se os direitos fundamentais, se a outra opção for esta.

É extenso, lúcido e fundamentado o voto vencedor do ilustre Desembargador Guinther Spode, que exaure a análise dos fatos, do valor e da norma, fazendo acréscimos do direito comparado, que reproduzimos a seguir:

“O eminente jurista argentino Ricardo Luís Lorenzetti, em sua obra *Fundamentos do Direito Privado*, Revista dos Tribunais, cuja tradução para o português foi lançada em Porto Alegre, na semana passada (2.10.98), por ocasião do XIV Curso Brasilcon de Direito do Consumidor, realizado no Auditório da Assembléia Legislativa, no Capítulo IX, ao versar as “garantias de bens fundamentais”, escreve com invulgar precisão (p. 328):

1 - Garantias de bens fundamentais.

2. Os bens fundamentais como mínimo social.

A noção de bens fundamentais é utilizada por Rawls para indicar que eles são descobertos através da indagação de quais condições sociais são necessárias para tornar possível que as pessoas realizem sua idéia do bem e desenvolvam e exerçam suas capacidades morais.

O indivíduo necessita de alguns bens desta índole para desempenhar-se minimamente na sociedade liberdade, trabalho, moradia, educação, saúde.

Trata-se de bens que correspondem à qualidade humana, e o Direito, assim com a organização social e econômica, serve ao homem; se é que existe uma concepção

personalista do ordenamento jurídico, estes bens deveriam ser garantidos, posto que, do contrário, não caberia falar de pessoa.

Por esta razão, pode afirmar-se que esses bens fundamentais são um mínimo social, uma base que corresponde ao bom funcionamento da organização humana e que permite a ela continuar sendo chamada desta maneira.’(obra citada, p. 328).”

2. A Função Social Da Propriedade no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 abraçou o novo conceito de propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres e voltada à vocação primordial de atender à função social.

O professor Miguel Reale, coordenador deste trabalho, não deixa dúvidas a respeito, ao assegurar que é o direito real “*visto em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social, superando-se a compreensão romana quirítária de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor*¹⁷⁷”.

O espírito que norteia o Livro III do Código Civil de 2002, relativo ao direito das coisas, pode ser apreendido a partir do trecho inicial da exposição de motivos constante do esboço do anteprojeto, redigida da seguinte forma: “*reafirma-se que a propriedade, sem deixar de ser um direito subjetivo, um jus, deve ser considerada, sobretudo como um múnus, um poder que se exprime simultaneamente num direito e num dever*”.

A nova visão proprietária – e, por tabela, dos demais direitos reais

¹⁷⁷ Miguel Reale, Visão geral do Projeto do Código Civil.

– pode ser facilmente constatada em inúmeros dispositivos do Código de 2002. Evidente a necessidade de situá-lo no tempo, atento ao fato de sua anterioridade à Constituição de 1988 e à extraordinária evolução que tiveram os princípios e os direitos fundamentais nas últimas duas décadas, bem como sua incidência no direito comum, por força do impulso do chamado direito civil-constitucional.

Alguns dos preceitos do Novo Código, mais significativos ou inovadores, merecem exame particularizado.

O *caput* do artigo 1228¹⁷⁸ do Código de 2002 guarda semelhança com o artigo 524 do Código Civil de 1916, não definindo a propriedade, mas descrevendo de modo analítico as faculdades do proprietário. Suavizou-se a redação, conferindo ao proprietário a faculdade – não mais o poder assegurado pela lei – de usar, gozar e dispor da coisa. Talvez fosse melhor que se desse desde logo, no *caput* do artigo, feição de relação jurídica à propriedade, com menção também aos deveres do proprietário e de sua conexão à função social.

Tal alteração teria o duplo propósito de afastar a noção oitocentista de direito subjetivo absoluto, introjetada em nossa cultura, bem como desautorizar qualquer interpretação que confira hierarquia ao conceito do artigo, em

¹⁷⁸ *Verbis*: “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.”

confronto com seus parágrafos.

Tal tarefa coube ao parágrafo primeiro do artigo 1.228, ao dispor 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 das águas*”. Claro que os valores eleitos pelo Código Civil de 2002 – cujo anteprojeto é da década de setenta – não esgotam o sentido da função social da propriedade.

O parágrafo segundo traz ao direito positivo a noção do abuso do direito de propriedade: “*são defesos os atos que não tragam ao proprietário qualquer utilidade e sejam animadas pela intenção de prejudicar alguém*”. Trata-se da hipótese clássica do abuso de direito, mediante prática de atos emulativos do proprietário que, não custa repetir, reflete apenas uma das faces de quebra dos deveres proprietários.

O parágrafo terceiro refere-se às hipóteses de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, onde:

“(…)§ 3º - *O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou **interesse social**, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.*” (grifos nossos).

No meu entender não procedem as críticas de que o Código Civil de 2002 deixou – em razão do longo período em que permaneceu no Congresso Nacional – de incorporar importantes figuras recentes, surgidas no final do século, em razão da rápida mutação social e desenvolvimento dos negócios. Isto porque, como alerta Miguel Reale, o Código Civil é por excelência a lei do homem comum, a legislação matriz, *“devendo cuidar de preferência das normas gerais consagradas ao longo do tempo, ou, então, de regras novas dotadas de plausível certeza e segurança, não podendo dar guarida, incontinente, a todas as inovações ocorrentes”*.¹⁷⁹ Novas figuras, como a alienação fiduciária de bens imóveis, a multipropriedade, o leasing imobiliário, entre outras, serão destinadas à legislação especial aditiva, até porque *“ultrapassam os lindes da área civil e implicam problemas da alta especificidade técnica”*.¹⁸⁰

Por tudo o que foi dito, considerando que a lei há de ser interpretada sob a ótica constitucional da qual retira validade, é justificado fazer-se uma releitura das normas infraconstitucionais acerca da propriedade à luz do princípio da função social. E não há por que excluir desse tratamento hermenêutico sequer antigos institutos de direito privado, cujas origens remontam o tempo do direito romano. Aqueles recepcionados pela Constituição passam a valer unguídos pela função social que condiciona o exercício da titularidade da propriedade. Nas palavras de Araújo Sá:

¹⁷⁹ Miguel Reale, *Visão Geral do Projeto do Código Civil*.

¹⁸⁰ Miguel Reale, *Visão Geral do Projeto do Código Civil*.

“A função social, portanto, na concepção dos estudiosos mais acatados, incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito. A constituição posiciona a propriedade privada como princípio da ordem econômica, submetendo-a aos ditames da justiça social. É dizer que se legitima a propriedade enquanto cumpre sua função social. É importante destacar que a disciplina constitucional deve orientar a compreensão das normas de direito privado sobre o direito de propriedade, e não o contrário, como costuma ocorrer na prática jurídica nacional.”

Nessa perspectiva, pelo novo Código Civil, instituído pela Lei 10.406, de 10/01/2002 (que entrou em vigor um ano após sua publicação, ocorrida em 11/01/2002), a questão da função social da propriedade no Brasil recebe importantes contribuições e institutos.

A começar da seção das disposições preliminares do título relativo à propriedade (Seção I do Capítulo I do Título III do Livro III da Parte Especial), logo após seu respectivo conceito (*caput* do art. 1.228), o novo Código já cuida de traçar pressupostos à utilização do direito de propriedade. Seu exercício deverá fazer-se "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" (§1º do art. 1.228).

Assim, a par de reservar à lei especial o tratamento da ótica ecológica da função social, optou o legislador civil por avançar na positivação do princípio relativo às finalidades econômicas e sociais da propriedade, propiciando ao juiz estabelecer as respectivas regras concretas. Foi agora explicitado o que no Código antigo era princípio geral implícito norteador do direito de propriedade.

Aliás, inova o recente Código ao indicar algumas regras ligadas à finalidade social e econômica da propriedade. Esse o caso da norma do art. 1.229,¹⁸¹ que apesar de inserir na abrangência da propriedade do solo o espaço aéreo e subsolo, retira a garantia de proteção do direito do proprietário se desenvolvidas atividades por terceiros a *"uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las."*

Da mesma forma, o §2º do art. 1.228¹⁸² consagrou proibição ao abuso do direito de propriedade, ao estabelecer serem *"defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de*

¹⁸¹ *Verbis*: "Art. 1.229. A propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício, não podendo o proprietário opor-se a atividades que sejam realizadas, por terceiros, a uma altura ou profundidade tais, que não tenha ele interesse legítimo em impedi-las."

¹⁸² *Verbis*: "§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem."

prejudicar outrem."

Nessas regras, a intenção da lei é clara. A propriedade também é concebida como fato econômico e social. Daí, restam afastadas pretensões emulatórias, meramente egoísticas ou idiossincráticas de seu titular, o qual não pode opor o direito de propriedade tão-só para prejudicar terceiros. É o velho abuso do direito convertido em tipo de descumprimento da função social da propriedade. Portanto, a interpretação do §2º do art. 1.228 deve ser conciliada com disciplina geral do novo Código acerca do abuso de direito (art. 187). É dizer, no estudo da incidência do §2º do art. 1.228, está o hermeneuta autorizado a considerar ilícitos os atos que manifestamente excedam os limites impostos pela finalidade econômica ou social da propriedade, pela boa-fé (objetiva) ou pelos bons costumes. E a constitucionalidade de tais preceitos não desperta controvérsias, na medida em que a função social compõe o próprio direito de propriedade, que, aliás, não é absoluto - até porque se relaciona com mais de um só sujeito.

Em matéria de aquisição da propriedade imóvel por usucapião, a Lei 10.406/2002 também é inovadora. O Código de 1916 prevê somente "o" usucapião ordinário e "o" usucapião extraordinário. Os requisitos do primeiro prescindem da boa-fé do possuidor, mas dependem da posse ininterrupta, e sem oposição, por longos 20 anos. Já no extraordinário, exige-se a boa-fé do adquirente, mas o tempo de posse é menor: 10 ou 15 anos, conforme se trate ou não de pessoas que residem no mesmo município.

Na nova sistemática, foram reproduzidas nos artigos 1.239 e 1.240¹⁸³ as hipóteses de usucapião criadas pela CF/88, bem como diminuído o prazo da usucapião ordinária para 15 anos (*caput* do art. 1.238),¹⁸⁴ salvo se o possuidor houver estabelecido no imóvel moradia habitual ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, caso em que o prazo cai para 10 anos (par. único do art. 1.238).¹⁸⁵

Aqui, mais uma vez, verifica-se a preocupação com a função social da propriedade. A constituição de moradia habitual *ou* (note-se o caráter alternativo dos requisitos) a realização de obras ou serviços que remedeiem a inércia do proprietário reduz o prazo da usucapião, ainda que ausente a boa-fé do possuidor.

Com relação ao estabelecimento de "moradia", talvez influenciado

¹⁸³ *Verbis*: “Art. 1.239. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a 50 (cinquenta) hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados, por 5 (cinco) anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

¹⁸⁴ *Verbis*: “Art. 1.238. Aquele que, por 15 (quinze) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.”

¹⁸⁵ Confira a íntegra: “Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a 10 (dez) anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.”

pela dicção dos artigos 183 e 191 da CF/88, o novo Código foge de sua própria sistemática, abandonando o emprego das consagradas expressões "domicílio" e "residência" (art. 70 e seguintes). Destarte, moradia não se confunde com domicílio e tampouco precisa ser a única do possuidor. Porém, o conceito de moradia está historicamente ligado ao de habitação. Logo, apesar de a redução valer para estrangeiros (ressalvada a hipótese do art. 190 da CF/88), é imprópria a sua utilização para pessoas jurídicas. Outra, aliás, não é a diretriz dos mencionados arts. 183 e 191. Além disso, ao exigir que o possuidor tenha estabelecido no imóvel "sua" moradia, a redação do parágrafo único do art. 1.238 não deixa dúvidas quanto ao caráter pessoal e indelegável da habitação, pelo que a redução do prazo não se aplica, *e. g.*, quando, no interstício, tiver havido locação ou arrendamento do imóvel. Por fim, de modo a evitar abusos, o critério da "habitualidade" da moradia deverá ser verificado com parcimônia pelo juiz. "Habitual" não se confunde com "ocasional".

Nada obstante, é possível o aproveitamento do tempo de posse do antecessor (art. 1.243),¹⁸⁶ desde que presentes às mesmas condições exigidas ao atual possuidor. E aqui, ao contrário da regra do art. 9º, §3º,¹⁸⁷ do Estatuto da Cidade, a usucapião do par. único do art. 1.238 não exige que o sucessor da posse já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão do antecessor. Basta que à posse anterior se

¹⁸⁶ Confira a íntegra: "Art. 1.243. O possuidor pode, para o fim de contar o tempo exigido pelos artigos antecedentes, acrescentar à sua posse a dos seus antecessores (art. 1.207), contanto que todas sejam contínuas, pacíficas e, nos casos do art. 1.242, com justo título e de boa-fé."

¹⁸⁷ Artigo anteriormente já citado.

some tempo suficiente de moradia do sucessor.

De sua vez, não são quaisquer obras ou serviços que possibilitam a redução do prazo da usucapião ordinária. Exige-se o caráter produtivo. Assim, em imóveis urbanos, tratando-se de regra excepcional cuja interpretação se deve fazer restritivamente, é indevida a aplicação da redução do prazo, *v. g.*, em caso de imóvel utilizado como local de simples lazer do possuidor. É bem verdade que o art. 182 da CF/88, ao tratar da política de desenvolvimento urbano, fixa o objetivo de "ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o *bem-estar* de seus habitantes" (destacou-se). Assim, poder-se-ia argumentar, obras destinadas ao lazer satisfariam a política de garantir "bem-estar" ao possuidor de imóvel urbano. Contudo, além de a preocupação com o bem-estar do habitante dizer respeito à política confiada ao "Poder Público municipal", não se confundindo assim com a usucapião regulamentada por lei federal, não se pode baralhar "caráter produtivo" com "bem-estar do habitante". Não bastasse o fato da barreira lingüística – aqui insuperável pelo intérprete –, quando a Constituição quis, de certa forma, aproximar conceitos tão diversos, usou expressões do tipo "adequado aproveitamento", a exemplo do que ocorreu no §4º do mesmo art. 182. Quanto a imóveis rurais, aplica-se supletivamente a legislação que cuida da verificação da produtividade como requisito para desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária.

Em relação à usucapião extraordinária, o recém-aprovado Código

não mais distingue o prazo aquisitivo com base na residência dos sujeitos envolvidos. Unificou-se em 10 anos o período necessário para usucapir. Porém, foi diminuído para 5 anos o prazo "*se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada (sic) posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico*" (Parágrafo único do art. 1.242).

Desse modo, ainda que qualificada pela boa-fé na formal aquisição onerosa de imóvel, outra vez a função social impõe redução ao prazo prescricional aquisitivo. Porém, as hipóteses não se assemelham inteiramente às do parágrafo único do art. 1.238. Em primeiro plano, porque a lei não exige habitualidade na morada. Em segundo lugar, no caso da usucapião extraordinária de prazo reduzido, dispensa o Código o "caráter produtivo" das obras e serviços realizados no imóvel, contentando-se com a exteriorização de "investimentos de interesse social e econômico". Logo, amplia-se o leque de possibilidades de incidência da nova regra.

Ao final, considerando a própria característica *particular* do imóvel a que se refere o art. 1.238, o "interesse social" aqui é entendido de forma ampla, abrangendo não só interesses da coletividade, mas também aqueles que, apesar de aparentemente individuais, devam ser incentivados, garantidos ou patrocinados pelo Estado. É dizer, a indeterminação do conceito de "interesse social" será preenchida, caso a caso, à luz de determinadas diretrizes contidas na Constituição e leis vigentes. Daí, v.

g., investimentos destinados à "convivência familiar" ou ao "lazer" de crianças e adolescentes alavancam a redução do prazo da usucapião extraordinária, pois o *caput* do art. 227 da CF/88 contém princípio programático de atuação estatal nesse sentido.

CAPÍTULO IV

1. Conclusões

Ao final do presente trabalho podemos extrair as seguintes conclusões:

1 – Embora exista profunda divergência quanto à justificação da propriedade, tem ela como fundamento o direito à liberdade, entendido no sentido livre e, sobretudo, justo acesso à utilização dos bens, mecanismo capaz de prover o desenvolvimento da pessoa e de sua dignidade.

2 – Além do ortodoxo estudo cronológico da história da propriedade, cabe um corte dos seus modelos econômicos, que convivem simultaneamente em um mesmo período de tempo. Conveniente, assim, estudar os traços essenciais dos modelos de propriedade comunitária, dividida, individualista e coletivista. No atual momento, em que se constata a fragmentação da idéia de conceito monolítico de propriedade, torna-se especialmente útil conhecer os diversos modelos e a sua incidência às novas situações jurídicas.

3 – Em que pese a complexidade do instituto da propriedade ter levado a doutrina a proclamar a sua inviabilidade como noção abstrata, há necessidade de

se traçar esquemas com um mínimo de abstração, de se formular conceitos sem perder contato com a realidade, sob pena de se operar em um sistema de empirismo puro. A formulação de um conceito passa pela trajetória iniciada em um sistema fechado, apoiada exclusivamente em raciocínio lógico-formal, até a conclusão em um sistema aberto, apoiada na ordem axiológica e teleológica.

4 – Os conceitos clássicos de propriedade, formulados por autores diversos, partem da noção de que se trata de mero direito subjetivo e podem ser reconduzidos, grosso modo, à seguinte fórmula, sintetizada por Stefano Rodotà: *“la propiedad (o el poder del propietario) consiste en la posibilidad de hacer del objeto todo aquello que no está vedado por lei.”*

5 – O conceito contemporâneo de propriedade é o de relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros. Há centros de interesses proprietários e não-proprietários, geradores de direitos e de deveres a ambas as categorias.

6 – Houve fragmentação do conceito unitário de propriedade. O que hoje se sublinha não são as coincidências, mas sim as diferenças entre as diversas categorias proprietárias. Fala-se em propriedades e não mais em propriedade. O que existe é uma pluralidade de institutos em torno de um interesse.

7 – O progresso do modo de produção capitalista levou à multiplicação e complicação das relações econômicas, deflagrando um processo de desmobilização e desmaterialização da riqueza. Há nítida mutação do objeto da propriedade, adaptado às novas formas de circulação da riqueza. Há tendência de atenuação da clássica divisão entre direitos reais e obrigacionais, uma vez que os traços distintivos entre eles estão esmaecendo.

8 – O objeto da propriedade que, no direito civil, está limitado aos bens materiais tangíveis, ganha outra dimensão no artigo 5º da Constituição Federal, podendo, na expressão de Pontes de Miranda, ser reduzido à seguinte fórmula: *“propriedade é toda a patrimonialidade.”*

9 – A autonomia privada não desapareceu nem tende a desaparecer no direito de propriedade. Apenas os limites e restrições à autonomia e liberdade contratual, que já se encontram assimilados em nosso conhecimento, devem ser estendidos à propriedade. O direito de propriedade deve afeiçoar-se ao novo modelo, que impõe respeito e equilíbrio aos interesses dos não-proprietários, em busca da igualdade substancial.

10 – O eixo do sistema jurídico deslocou-se do Código Civil para a Constituição Federal. As Cartas Modernas, tal como a brasileira de 1988, disciplinam matérias antes circunscritas ao direito privado, além de conter princípios que iluminam

todo o ordenamento. É o que se denomina de direito civil constitucional, com profundas conseqüências na relação proprietária.

11 – Os diversos dispositivos que disciplinam a propriedade na Constituição Federal de 1988 revelam a insistência com que o legislador constituinte tratou do tema, certamente radicado em uma longa corrente de pensamento. Numa simbiose de cartas puramente liberais e de índole social, inseriu-se a propriedade não só como uma liberdade fundamental, mas também ligada ao interesse social e aos valores de ordem econômica.

12 – Diversas correntes procuram explicar o significado e o alcance da garantia ao direito de propriedade, explicitado pela Constituição Federal. Defendem-se posições de garantia máxima e de tutela mínima de um núcleo essencial. Como, porém, conclui Pietro Perlingieri, embora não possa a propriedade privada ser esvaziada, como se fosse um mero título de nobreza, não há um conteúdo mínimo a ser preservado, mas sim vários conteúdos mínimos, relativos a cada estatuto proprietário, a serem individualizados em cada situação concreta.

13 – O preceito do inciso XXIII do artigo 5º da Constituição Federal – a propriedade atenderá sua função social – é cláusula geral de eficácia imediata. O termo função está ligado à satisfação de uma necessidade. O termo social, de configuração flexível, está ligado aos interesses verificados em um certo momento e em

um certo lugar, identificados como valores dignos de tutela pela Constituição Federal. Amolda-se a cada estatuto, em conformidade com os princípios constitucionais e a concreta regulamentação dos interesses em jogo, às vezes somente identificável no momento em que ocorre a lesão a tais valores.

14 – A função social é um princípio positivado e operativo em via geral, não apenas uma fórmula verbal indicativa de um complexo de obrigações a serem definidas em lei. Mantém-se o conceito propositalmente aberto, mas conectado às demais normas do ordenamento jurídico – reenvio a parâmetros – que disciplinam as relações econômicas e sociais prevista na Constituição.

15 – A função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim *conformativa* do legislador. Abrange todos os bens da natureza patrimonial, inclusive os de consumo e os pessoais. Não se confunde com limitações ou restrições, mas sim como fator determinante do comportamento proprietário, fonte de estímulos e sanções de determinadas condutas.

16 – A função social opera tanto no sentido de vincular o legislador infraconstitucional, como também o intérprete, na falta de norma específica.

17 – A função social da propriedade urbana foi regulamentada e ganhou concretude com a recente Lei 10.257, de 10.07.2001, denominada “Estatuto da Cidade”, que disciplinou e criou novos institutos, com o propósito explícito de direcionar o uso da propriedade urbana, em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos e do equilíbrio ambiental.

18 – É entendimento da melhor doutrina que a sanção ao mau comportamento proprietário, quando este desobedece obrigações e ônus postos a seu cargo, determina a superveniente carência de legitimação à titularidade ou exercício do direito.

19 – Necessário estabelecer o que significa “falta de merecimento de tutela do ordenamento”, sob pena de se legitimar condutas violentas de terceiros e fomentar perigoso jogo de compensações pautado no exercício das próprias razões. Não se admite, assim, a auto-tutela violenta como modo de penalizar o mau proprietário. De outro lado, não se pode mais admitir a parêmia de que a propriedade não se perde pelo não-uso.

20 – Necessário encontrar um juízo de razoabilidade entre as duas situações indesejáveis, uma que peca pelo estímulo à violência e a outra que peca pelo estímulo ao abuso do direito de propriedade. Diversos critérios devem ser usados, como os princípios da adequação, necessidade, concordância prática, as peculiaridades do bem e o seu significado para o proprietário. A ponderação depende da situação concreta em jogo e circunstâncias fatuais relevantes dos direitos em contraste, como, por exemplo, a antiguidade da constituição do direito, os comportamentos ético-jurídicos censuráveis das partes na disputa e as conseqüências objetivas resultantes da decisão do conflito.

21 – Possível a utilização da ação civil pública para compelir o proprietário a conformar a relação proprietária à função social, assim como para compelir o Poder Público a aplicar as sanções previstas na Constituição Federal.

22 – O exame de algumas situações jurídicas e de sua interpretação pelos tribunais, como por exemplo o bem de família da Lei 8.009/90, as indenizações em ações ambientais de desapropriação indireta e os embargos de terceiro opostos por adquirentes de unidades autônomas em execuções hipotecárias movidas por credores das construtoras alienantes revelam o novo enfoque sobre a propriedade, agora vista como relação jurídica complexa e com peso para o seu aspecto funcional.

23 – O Código Civil de 2002 abraçou o novo conceito de propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres e voltada à

vocação primordial de atendimento à função social. Diversas inovações, como a perda da propriedade mediante indenização para terceiros possuidores que lhe confirmam função social, o abandono e a arrecadação da *res* pelo Estado, os novos prazos e modalidades de usucapião, bem como as novas regras de direito de vizinhança dão nova feição ao direito das coisas, afinado com os princípios constitucionais.

2. Bibliografia

ALLENDE, Guillermo L. – *Panorama de Derechos Reales*, 1967, Buenos Aires.

AMMANNANTI, L. – *Proprietà*, in *Dizionario Critico Del Diritto*, Milano, Itália, 1980.

ARAÚJO SÁ, José Adonis Callou de – *Ação Civil Pública e Controle de Constitucionalidade*, 2002.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. – *Breves Anotações para uma Teoria Geral dos Direitos Reais* (trabalho escrito em 1985, publicado na obra *Posse e Propriedade*, São Paulo, 1987, Ed. Saraiva).

_____ *O Livro do Direito das Coisas* (trabalho ainda sem publicação oficial).

BARROS MONTEIRO, Washington. – *Direito das Coisas*, 1999, 35ª Edição.

BASTOS, Celso Ribeiro. – *Curso de Direito Constitucional*, 17ª edição, São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. – *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 13ª Ed., 2003.

CARBONNIER, Jean. – *Droit Civil*, Flammarion, França, 1996.

CAVALCANTI, Francisco, apud Pontes de Miranda. – *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, 1983, 4ª Edição.

CRETELLA JÚNIOR, José. – *Curso de Direito Romano*, 19ª edição, São Paulo: Forense, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. – *Legislação Municipal e Direito de Construir*, in *Revista de Direito Público*, Vol. 14, p. 49.

DIEZ-PICAZO. – *Fundamentos Del Derecho Civil*, Madrid, Espanha, 1995.

DIEZ-PICAZO e ANTONIO GULLÓN. – *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, Espanha, 1990.

DINIZ, Maria Helena.– *Direito das Coisas*, 1995, 10ª Edição.

FACHIN, Luiz Edson. – *A Cidade Nuclear e o Direito Periférico (reflexões sobre a propriedade urbana)*. Revista dos Tribunais.

GAMA, Ricardo Rodrigues. – *Direitos Reais*, Editora de Direito, 1996.

GAMBARO, Antonio. – *Jus Della Aedificandi e Nozione Civilistica Proprietà*, Milano, Itália, 1975.

GASPARINI, Diógenes. – *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, Orlando. – *Direitos Reais*, 1988, 10ª Edição.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. - *Tratado de Direito Civil*, 1955, vol. I, Tomo I.

GRAU, Eros Roberto. – *Função Social da Propriedade (Direito Econômico)*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo.

LIRA, Ricardo César Pereira. – *O Uso do Solo e seu Controle*, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro.

_____ *Elementos de Direito Urbanístico*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997.

LOCKE, John. – *Dois Tratados sobre o Governo*, tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. – *Reconceituando o Poder de Polícia*. São Paulo: Lumen Juris, 2000.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. – *Limitações ao Direito de Propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MARQUESI, Roberto Wagner. – *A Propriedade e Sua Função Social*, RT, 1997.

MARTINS COSTA, Judith. – *A Boa-Fé no Direito Privado*. RT, 1999, 1ª Edição.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. – *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. – *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição São Paulo: Forense, 1976, p. 289.

PATTERSON, Dennis. – *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden, MS, USA: Blackwell Publishing Ltd, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. – *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, 12ª edição, São Paulo: Forense, 1997.

PERLINGIERI, Pietro. – *Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Editora Renovar, 1999.

_____. *Introduzione alla Problematica Della Proprietà*, Camerino, Napoli, Italia, 1970.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. – *Tratado de Direito Privado*, São Paulo, 1983, 4ª edição.

RESCIGNO, Matteo. – *Trattado di Diritto Privato*. 1982.

RICCI, RUDÁ. - *Revista Espaço Acadêmico*. 2001.

ROJAS ROJAS, Graciela Beatriz. – *La Función Social e el Régimen de Expropiación de Inmuebles Rurales*, in *Direito Agrario no Mercosul*.

ROUSSEAU, Jean Jacques. – *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, traduzido de Iracema Gomes Soares e Maria Cristina Roveri Nagle, Editora Ática, 1989.

SILVA, José Afonso da. – *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

_____. *Direito Urbanístico Brasileiro 1 e 2*, Ed. Malheiros, São Paulo.

SMITH, Adam. – *A Riqueza das Nações*, traduzido por Edwin Cannan. São Paulo, Abril, 1983.

TEPEDINO, Gustavo. – *Temas de Direito Civil*, 2001, 2ª Edição, Ed. Renovar.

_____. *O Código Civil, os Chamados Microsistemas e a Constituição: Premissas para uma Reforma Legislativa*, in *Problemas de Direito Civil Constitucional*, 2ª Edição,

Editora Renovar, 2000.

TERRÉ, François e SIMLER, PHILIPPE, Droit Civil – Lês Biens, Paris, França, 1992.

TOLEDO BARROS, Suzana. – *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, Ed. Brasília Jurídica, 2000.

TRABUCCHI, A. – *Instituzioni di Diritto Civile*, Padova, Itália, 1985.

WALD, Arnoldo – *Direito das Coisas*, 1988, 7ª Edição.