

CARMEN SILVIA MOREIRA CAVALCANTE

A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

**ESCOLA PAULISTA DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

**SÃO PAULO
2010**

CARMEN SILVIA MOREIRA CAVALCANTE

A PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, Especialização em Direitos Civil e Processual Civil, como parte dos requisitos para a obtenção do Título de Especialista pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientador: FLAVIO TARTUCE

**SÃO PAULO
2010**

À Terezinha, pelo companheirismo, afeto, apoio e incentivo, demonstrados em todos os momentos da minha vida.

Aos meus pais, pelo amor, dedicação e compreensão frente aos inúmeros dias de ausência em suas vidas.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a evolução do conceito de propriedade privada, no direito, desde a antiguidade até os presentes dias, incluindo o surgimento do ideal de função social. Neste contexto, o trabalho compreende o desenvolvimento cronológico e a análise histórica da propriedade, que ao longo dos séculos deixa de possuir um caráter absoluto para ceder espaço ao conceito contemporâneo de função social da propriedade. A partir do estudo da função social, procura-se evidenciar essa nova realidade, em que a propriedade passa a ser um instituto revestido de caráter social, cuja destinação da coisa deve estar afinada com o interesse coletivo. Nesse diapasão, a propriedade que atinge sua função social, alcança resultados favoráveis de ordem urbanística e na proteção ao meio ambiente, o que, por conseqüência, irradia-se na qualidade de vida e dignidade da pessoa humana. Para desenvolvimento do tema função social da propriedade, o estudo abrange sua conceituação, evolução histórica, limitações, aplicação, bem como os objetivos a que se destina. Nesta perspectiva, aborda-se o instituto tratado enquanto princípio constitucional, como base do nosso sistema jurídico, prosseguindo-se pela análise da doutrina pátria acerca da compreensão do regramento contido na Constituição da República, Estatuto da Cidade, Código Civil e demais normas pertinentes. A eficácia do instituto também é objeto do trabalho, o que se revela na análise de jurisprudência recente. Finalmente, procura-se expor de maneira detalhada os requisitos, bem como as formas de aplicação da função social da propriedade de imóvel urbano, separadamente do imóvel rural, tendo em vista as particularidades e objetivos diversos que a utilização destes imóveis proporciona. São ressaltadas as recentes inovações determinadas pelo Código Civil de 2002, que abarcou o novo conceito de propriedade como relação jurídica complexa, repleta de direitos e deveres e que se destina ao atendimento da função social. Em arremate, o estudo tenta demonstrar os reflexos da função social da propriedade no instituto da posse, como conseqüência da íntima ligação entre eles.

Palavras-chave: Propriedade; Função Social; Propriedade Urbana e Rural; Posse.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE PRIVADA	11
1. 1 A Propriedade - da História Antiga a Roma.....	11
1. 2 A Propriedade - do Feudalismo ao Liberalismo.....	12
1. 3 A Propriedade na Idade Contemporânea.....	13
1. 4 A Propriedade na História do Brasil.....	15
1. 5 A Função Social da Propriedade na História.....	17
1. 6 A Teoria do Abuso de Direito.....	19
2 A PROPRIEDADE	23
2. 1 Propriedade e Direito de Propriedade.....	23
2. 2 Concepção Funcional do Direito de Propriedade.....	25
2. 3 Direito de Propriedade e Função Social.....	27
3 FUNÇÃO SOCIAL	31
3. 1 Conceito e Natureza Jurídica.....	31
3. 2 Função Social como Conteúdo da Propriedade.....	34
3. 3 Função Social como Princípio Constitucional.....	35
3. 3. 1 O Fundamento e os Princípios Jurídicos.....	35
3. 3. 2 O Princípio da Função Social e sua Aplicação.....	36
3. 3. 3 A Função Social como Dever Fundamental.....	39
3. 4 Parâmetro de Aferição da Função Social.....	41
3. 5 Panorama Legislativo da Função Social da Propriedade.....	42
3. 5. 1 Histórico Constitucional.....	44
3. 5. 2 O Estatuto da Terra.....	45

3. 5. 3 Os Códigos Civis de 1916 e 2002.....	46
3. 5. 4 Normas Referentes ao Meio Ambiente.....	47
3. 5. 5 O Estatuto da Cidade.....	48
3. 6 Requisitos da Função Social da Propriedade Imobiliária e sua Aplicação no Direito Positivo Brasileiro.....	49
3. 6. 1 Da Propriedade Urbana.....	49
3. 6. 2 Da Propriedade Rural.....	53
3. 7 Da Propriedade em Geral Positivada no Código Civil.....	58
3. 8 Função Social da Posse.....	61
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

INTRODUÇÃO

Desde os mais remotos tempos, as terras eram utilizadas como instrumento de formação do Estado, separando as populações em classes sociais distintas. Geralmente, os proprietários das terras eram os indivíduos que passavam a ditar as regras, convertendo-se na **classe dirigente** que organizava e administrava o Estado. Àqueles que não possuíam terras, representados pela maioria mais pobre da população, restava servir aos interesses dos dirigentes, trabalhando em suas propriedades, devendo-lhes obediência e tributos. Desse modo, a propriedade das terras traduziu-se em **riqueza e poder**, o que impulsionou invasões, guerras, expedições para descobrimento de outras áreas geográficas, enfim, estimulou diversas formas de expansão com a finalidade de conquista de território, gerando o acúmulo de mais propriedades, dentre outras riquezas. Observa-se, nesse contexto, que a propriedade foi de suma importância para o desenvolvimento das sociedades, uma vez que proporciona ao ser humano, abrigo - através do direito de construir, trabalho - por meio do direito de cultivar a terra, enfim, proporciona meios para sua própria existência.

O processo evolutivo histórico da propriedade resultou no surgimento da teoria da função social, que atribui um novo sentido à propriedade da terra, a fim de que ela seja utilizada de modo a satisfazer as necessidades do indivíduo, de maneira equilibrada, visando o atendimento dos interesses coletivos da sociedade que o cerca. De toda sorte, nos presentes dias, a função social passou a delimitar os contornos jurídicos que restringem a utilidade da propriedade, desvirtuando-a de seu caráter absolutista de outrora. (grifo nosso).

Contemplar a subordinação de um instituto tão antigo quanto é a civilização e tão radicado culturalmente, como a propriedade privada, a outro tão recente e que tem se demonstrado tão relevante, como a função social, na medida em que sua aplicação gera inúmeras conseqüências de ordem patrimonial, ambiental e de qualidade de vida dos indivíduos, que impactam o ordenamento jurídico em todo seu sistema, é o que motiva, em síntese, a escolha do tema e a realização deste estudo.

A análise histórica da evolução do conceito de propriedade será o ponto de partida para o desenvolvimento do tema escolhido, pois entendido como

fundamental para a compreensão do trabalho como um todo. Bem assim, conforme ressalta Sergio Luiz Ribeiro:

É essencial a investigação histórica para compreensão do como o instituto foi se construindo ao longo do desenvolvimento da civilização ocidental e, principalmente, do como se fundamentalizou, especialmente na origem, posto que é dela que ainda se preserva na cultura o alicerce de grande parte do raciocínio jurídico tendente a definir, ainda, visões contemporâneas acerca do instituto.¹

Com o desenvolvimento da análise, procurar-se-á examinar o conceito atual de propriedade que se distanciou sobremaneira de seu conceito primitivo, não sendo mais encarado como um direito individual e absoluto, mas como "algo construído dia-a-dia pela participação dos homens, com sua ação concreta sobre um bem fisicamente identificável e num contexto social, assumindo diferentes dimensões e conotações, conforme a época considerada"².

Seguir-se-á no propósito de desenvolver ponderações sobre o direito de propriedade, através de uma perspectiva genérica, porém, impondo ênfase para a propriedade imóvel, enquanto elemento estrutural da cultura brasileira.

Desenvolver-se-á, como conseqüência, a concepção eminentemente contemporânea de função social, cuja idéia surge inicialmente no âmbito do Direito Público, de forma que a idéia de poder, antes vinculada ao arbítrio do governante de ocasião, pela força, foi substituída, no Estado Democrático de Direito, pela noção de que o poder emana do povo e este escolhe seus governantes para desempenhar funções. Assim, "o agir do agente público não mais está vinculado ao seu arbítrio, mas necessariamente deve estar imantado no sentido do interesse da sociedade".³

Prosseguir-se-á no esforço de demonstrar o alcance da função social aplicado à propriedade privada, de modo a relativizar o direito sem ofender sua existência. Vale dizer que através do reconhecimento de que a propriedade deve cumprir uma função social, está se delimitando seu uso com o fim de preservar o interesse maior, da coletividade e também do proprietário, que nela se insere. Com esse objetivo,

¹ RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 356.

² Nos dizeres de GRECO, Marco Aurélio. *IPTU - Progressividade*. In: Revista de Direito Tributário. n. 52, abr./jun., 1990. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 112.

³ Conforme lição de FACCHINI NETO, Eugênio. *A Função Social do Direito Privado*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 115 - 116.

buscar-se-á evidenciar todas as normas relativas ao tema, em especial o diploma civil e a Constituição da República, que afinal, como ensina Facchini Neto acerca da Constituição:

"Ela representa uma mudança de paradigma na compreensão do direito brasileiro, que definitivamente abandona seu tradicional viés individualista e adota uma perspectiva mais social, comprometida com os direitos fundamentais, buscando erigir uma sociedade presidida pelo princípio reitor da dignidade da pessoa humana. Não se trata mais, porém do indivíduo abstrato dos séculos XVIII e XIX, mas sim do sujeito concreto, situado, com suas carências e necessidades, por vezes dilacerado pela desigualdade social e econômica".⁴

Para alcançar os propósitos almejados, utilizar-se-á do estudo doutrinário dos nossos mais significativos juristas, de diversos campos do direito, cotejando opiniões e ensinamentos acerca do tema; prosseguindo-se pela análise e compreensão do regramento contido na Constituição da República, como base do nosso sistema jurídico, com ênfase ainda ao Código Civil de 2002 e demais normas relacionadas. Ao mesmo tempo, revelar-se-á de grande estima, a análise da jurisprudência recente concebida pelos Tribunais brasileiros, a fim de verificar-se se a tônica de suas decisões encontra-se efetivamente afinada com o coro dos anseios populares.

Em síntese, o trabalho será desenvolvido a partir da evolução histórica da propriedade, que será objeto do seu primeiro capítulo. Nele se fará a comparação do instituto, desde a história antiga, até a contemporânea, passando pelo feudalismo, Revolução Francesa, enfim todos os acontecimentos históricos que causaram mudanças significativas no conceito de propriedade, cotejando, ainda, com o instituto na história do Brasil.

O segundo capítulo ocupar-se-á do estudo da propriedade e suas conseqüências no mundo jurídico, ressaltando-se a separação entre o conceito de propriedade e o direito de propriedade; a idéia de concepção funcional do instituto, para se alcançar a noção atual de função social.

O terceiro e último capítulo será dedicado à Função Social de maneira mais aprofundada, onde serão vistos seus desdobramentos jurídicos, com a análise de sua natureza, conceito, fundamentos, requisitos, aplicação e legislação própria. Analisar-se-á a função social enquanto princípio constitucional, na qualidade de

⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. *A Função Social do Direito Privado*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 117.

dever fundamental, e, ainda, como foi recepcionada pelo legislador civilista. Por derradeiro, empreender-se-ão esforços no sentido de revelar a função social da propriedade imobiliária urbana e rural, cada qual em seu contexto jurídico, bem como a função social da posse como desdobramento natural da propriedade.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE PRIVADA

1.1 A Propriedade - da História Antiga a Roma

O conceito de propriedade remonta aos primórdios da história humana enquanto civilização. Esboçou-se, inicialmente, por meio de uma economia agrícola realizada em terras de propriedade coletiva. O crescimento populacional e a escassez de terras férteis motivaram um processo de apropriação individual das terras, verificando-se, a partir daquele momento histórico, o surgimento da propriedade privada, cujo conceito tornou-se o fundamento estrutural da sociedade antiga. Nos dizeres de Sergio Luiz Ribeiro:⁵

[...] o conceito de propriedade representou a essência estruturante da sociedade antiga, permeando não só os grandes processos macroeconômicos de expansão territorial, que as guerras forneciam, mas também se embrenhando na vida privada, construindo prerrogativas soberanas do pater famílias imunes de interferência estatal. Por aí se percebe como seria absurdo falar, no direito antigo, de deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade.

A propriedade privada obteve seu apogeu em Roma, face à constante expansão de seu território, o que motivou modificações ao conceito que ocorreram ao longo da existência do antigo Império Romano. No início, a propriedade era tida como um direito absoluto, não comportando limitações ou restrições, direito tal, que conferia ao titular da propriedade os poderes de usar, gozar e dispor dela, como lhe aprouvesse. Lucas Hayne Dantas Barreto esclarece que: "Para os juristas romanos daquela época, a propriedade era constituída de três faces: *usus* (o poder de utilizar-se da coisa); o *fructus* (o poder de perceber frutos ou produtos do bem); e o *abusus* (o poder de consumir ou alienar a coisa)".⁶ (grifo do autor). No momento em que o domínio romano demonstrava caminhar para o ocaso - o que ocorreu no final da Época Clássica - era possível identificar-se quatro formas distintas de apoderamento territorial: *dominium ex iure quirintum*, restrito subjetivamente aos *civitas* - que eram

⁵ RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 359.

⁶ BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Função Social da Propriedade*. Jus Navigandi. Acesso em 19.08.2010. disponível em <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7164>.

os cidadãos romanos - e objetivamente aos fundos itálicos; *bonis esse* e *possessio*, restritas objetivamente aos fundos do Estado; *proprietas*, subjetivamente restrita aos peregrinos. Três séculos depois, com a decadência do direito na Época Pós-Clássica, seguida da obra de Justiniano, ocorreu a concentração dos conceitos anteriormente distintos, naquele designado como *dominiu* ou seu sinônimo *proprietas*, sendo este, o mais próximo do que entendemos atualmente por propriedade plena, não se olvidando que foi no Direito Romano que se criou a *possessio*, de maneira a permitir a utilização de bens por possuidores, até mesmo em oposição aos proprietários, assim como, de terras públicas. Nesse contexto, como anota Jefferson Carús Guedes:⁷

Ainda que se diga tivesse o conceito de propriedade um mote "individualista", não pode ser esquecido que é no Direito Romano intermédio que se forjaram as concepções sobre a *possessio*, capazes de permitir a utilização dos bens pelos titulares desse direito, os possuidores, às vezes em oposição aos proprietários, além de oportunizarem a exploração das terras públicas (ager público) pelos agricultores. (grifo do autor).

1. 2 A Propriedade - do Feudalismo ao Liberalismo

Sucedendo-se à desagregação do mundo romano, surgiu o feudalismo, sistema que introduziu a denominada servidão ou vassalagem, onde o camponês, para trabalhar as terras aráveis, submetia-se ao poder do senhor - proprietário absoluto do feudo ⁸ - restando obrigado ao pagamento de tributos e prestações pessoais, além de permanecer aprisionado à gleba. Observa Jefferson Carús Guedes, que "O direito de propriedade imobiliária evolui para uma complexa pirâmide de "direitos", superpondo-se os poderes do "senhor feudal" aos direitos dos "servos"." ⁹ (grifo do autor).

Ao final da Idade Média, a evolução social eclodiu na formação de uma classe de indivíduos que se estabeleceu com o desenvolvimento da atividade comercial e conseqüente crescimento das cidades, a qual se denominou burguesia.¹⁰ O

⁷ GUEDES, Jefferson Carús. *Função social das "propriedades"*. In: ARRUDA ALVIM et. al. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 344.

⁸ "**Feudo** - o termo vem do antigo inglês *feo* que se referia a 'gado', 'riqueza', 'fortuna'. Por extensão, passou a designar toda possessão, incluindo a terra e outros bens oferecidos em *beneficium*". COTRIM, Gilberto. *História Global*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 102.

⁹ GUEDES, Jefferson Carús. Op. cit., p. 345.

¹⁰ "No princípio, grande parte dessas cidades era cercada por altas muralhas, constituindo um núcleo urbano fortificado denominado **burgo**. Com o aumento populacional, os burgos foram ampliando seus

desenvolvimento econômico gerado, debilitou a nobreza feudal, o que estimulou a transformação do regime. Em decorrência desse cenário, a propriedade de todas as terras foi transferida ao monarca, ocasionando a reconstrução do conceito de propriedade, que se voltou à centralização do direito em um único titular, que concentrava o poder de usar, fruir ou dispor. Por conseguinte, o monarca, com a finalidade de aumentar os recursos do erário, passou a explorar a propriedade através da cobrança de pesados tributos. Estabeleceu-se, a partir de então, um novo cenário em que os Estados Nacionais modernos eram frutos de uma aliança desenvolvida entre o rei e a burguesia nacional. O monarca criava legislações que submetiam o conceito de propriedade aos interesses da burguesia, visando sua individualização e garantias, o que implicava na ampliação de sua riqueza. Por sua vez, os burgueses, financiavam o poder do rei, com os empréstimos e impostos pagos.¹¹ O rei, ao possuir mais recursos, podia armar-se melhor e conseqüentemente fortalecer-se para impor sua vontade. Esse sistema, porém, carecia de perfeição, visto que havia um empecilho representado pela nobreza, classe a que pertencia o rei e para a qual era pródigo na concessão de benefícios. Como tais benefícios eram igualmente financiados pela burguesia, o descontentamento foi crescente, formando um cenário que se traduziu no "embrião das revoluções burguesas do século XVIII".¹²

1.3 A Propriedade na Idade Contemporânea

A Revolução Francesa foi o grande marco da transformação social que se seguiu, na história.¹³ Traduziu-se num importante movimento político que surgiu

limites para além das muralhas. Os habitantes que viviam nos burgos, basicamente comerciantes e artesãos, eram chamados de **burgueses**. O progresso do comércio e do artesanato foi acompanhado pelo crescimento social da **burguesia**, ou seja, da classe de homens de negócios que viviam nas cidades, livres dos laços feudais." COTRIM, Gilberto. *História Global*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.114.

¹¹ "Os monarcas europeus não só proporcionam grandes vantagens às suas respectivas burguesias, como também se fortaleceram. No caso de Portugal e Espanha, esta aliança permitiu a expansão marítima, introduzindo a dinâmica da colonização e a grande injeção de recursos na economia européia, o que significou mais impostos e mais soldados armados". RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 363.

¹² Id., Op. cit., p. 364.

¹³ "No dia 26 de agosto de 1789, a Assembléia Nacional proclamou a célebre **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Os principais pontos defendidos por esse documento foram: o respeito pela dignidade da pessoa humana; a liberdade e a igualdade dos cidadãos perante a lei; o

como resposta às desigualdades sociais daquela época, tendo por objetivo maior, a extinção dos costumes que destoavam do cunho desenvolvimentalista da sociedade de então. Isso se demonstrou em propostas liberais, impressas de individualismo, que rejeitavam as violações de direitos individuais. Nesse cenário, o direito de propriedade foi alçado à condição de baluarte político, acompanhado dos direitos à liberdade e igualdade. Vale dizer, que a partir desse momento, todo o indivíduo passou a ter direito à aquisição da propriedade como bem essencial a sua existência. Acerca desse panorama histórico, leciona Fabio Konder Comparato, que:

Sob esse aspecto de garantia de liberdade individual, a propriedade passou a ser protegida, constitucionalmente, em sua dupla natureza de direito subjetivo e de instituto jurídico. Não se trata, apenas, de reconhecer o direito individual dos proprietários, garantindo-os contra as investidas dos demais sujeitos privados ou do próprio Estado. Cuida-se, também, de evitar que o legislador venha a suprimir o instituto ou a desfigurá-lo completamente, em seu conteúdo essencial. "É o que a elaboração teórica da doutrina alemã denominou uma *garantia institucional* da pessoa humana." [...] Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria, pois, insofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana. (grifo do autor)¹⁴

Como conseqüência desse momento, surgiu o Código Napoleônico francês e sob sua influência, os Códigos Civis, Italiano e Espanhol. O Código Napoleônico, no que diz respeito a sua dimensão jurídica, demonstrava a importância da propriedade, quando se observa que em seus dois mil artigos, sete tratavam do trabalho e aproximadamente oitocentos tratavam da propriedade privada. Nos dizeres enfáticos de Leo Huberman, citado por Sergio Luiz Ribeiro: "O código foi feito pela burguesia e para a burguesia: foi feito pelos donos da propriedade para a proteção da propriedade".¹⁵ Enfim, verifica-se que a base da Idade Contemporânea foi construída como uma cultura que valorizava o **ter** e o situava como a grande força impulsionadora da economia (grifo nosso). A partir de então, as legislações civis dos vários países procuraram definir, de maneira mais científica, o conceito de propriedade. Para tanto, utilizavam-se da forma como lhes parecia atingir o seu

direito à propriedade individual; o direito de resistência à opressão política; a liberdade de pensamento e de opinião". COTRIM, Gilberto. Op. cit., p. 260.

¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 136-137.

¹⁵ LEO HUBERMAN. *História da Riqueza do Homem*, p. 109. *Apud* RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 365.

genuíno conteúdo. Nas legislações comparadas do século passado, o conceito de propriedade misturava-se com as faculdades de usar, dispor e gozar, que dela repercutiam em favor do proprietário. Essa "campanha codificadora" ¹⁶ refletiu-se no Brasil com a edição do Código Civil em 1916, que definiu a propriedade de maneira análoga, dispondo, em seu artigo 524: "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los de quem quer que injustamente os possua". Em vigor desde 11.01.2003, o novo Código Civil, Lei 10.406, dispõe, em seu artigo 1.228 que "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem injustamente a possua ou detenha", donde extrai-se, de modo indireto, um conceito de propriedade que comparado ao anterior, denota-se não ter sofrido modificação significativa, com vistas a seu aprimoramento, conforme conclui Jeferson Carús Guedes. ¹⁷

1.4 A Propriedade na História do Brasil

Desde o início da colonização do Brasil, as terras pertenciam à Coroa Portuguesa e poderiam ser transmitidas, apenas pelo rei, da maneira que lhe aprovesse. No sentido de realizar a colonização, fazia-se necessário obter uma maior ocupação territorial. Para tanto, a Coroa criou as denominadas Capitâneas Hereditárias em que os capitães tinham o dever de ocupar, defender e dar destinação econômica aos territórios a eles transmitidos. Acerca desse tema, leciona Gilberto Cotrim, que:

O vínculo jurídico entre o rei de Portugal e os donatários era estabelecido em dois documentos básicos: **Carta de doação** - conferia ao donatário a posse hereditária da capitania. Os donatários **não eram proprietários das capitâneas**, mas apenas de uma parcela das terras. Tinham, entretanto, o direito de administrar toda a capitania e explorá-la economicamente. **Carta foral** - estabelecia os direitos e deveres dos donatários, relativos à exploração da terra. (grifo do autor).¹⁸

Para que esses objetivos fossem atingidos, o capitão tinha o poder de praticar doações de lotes para cultivo, as chamadas Sesmarias. Nem todas as capitâneas

¹⁶ Conforme GUEDES, Jefferson Carús. *Função social das "propriedades": da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social*. In: ARRUDA ALVIM et. al. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 345.

¹⁷ Id., Op. cit., p. 345

¹⁸ COTRIM, Gilberto. *História Global*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 173.

foram bem sucedidas, o que acarretou na retomada delas por parte da Coroa Portuguesa, com a manutenção da possibilidade de doações de terras, o que, nesse contexto, era praticado pela própria coroa. Desse momento histórico, partiu a tradição cultural de que a propriedade adquirida através de ocupações, pela posse, não seria tolerada no plano jurídico, por tratar-se de uma ilegalidade, fixando-se o conceito de que a posse não origina a propriedade, mas é uma consequência dela. Apenas em 1822, sobreveio a proibição da distribuição e doação de terras por meio de sesmarias, ano em que chegava ao término o período colonial, para dar lugar a um Brasil livre.

Em sua primeira Constituição, a de 1824, o Brasil independente assegura a propriedade como direito pleno.¹⁹ Em 1850 foi editada a Lei de Terras que igualmente excluía a possibilidade de adquirir-se a propriedade por meio da posse, ao proibir a ocupação das terras devolutas. Só era possível ser dono dessas terras, aqueles que dispusessem de dinheiro para adquiri-las. A terra ganhou *status* de mercadoria, o que representou a perpetuação da falta de um acesso democrático à propriedade.

A proclamação da República iniciou uma nova ordem jurídica por meio da Constituição de 1891, ao produzir a transferência das terras devolutas aos Estados da Federação e ao estabelecer que restasse à União, tão somente, as áreas militares. O Código Civil de 1916 nada inovou, mantendo a propriedade num sistema baseado na concentração para proveito de poucos. Já a Constituição de 1934²⁰ inovou ao trazer pela primeira vez a idéia do direito de propriedade associado a um embrião do que seria a função social. Porém, há de se ressaltar, que essa correlação entre os conceitos não se efetivou, posto que não aproveitada na Constituição que se seguiu, de 1937, fruto da ditadura do Presidente Vargas e que estabelecia o direito de propriedade como quase absoluto, não trazendo qualquer

¹⁹ Artigo 179 "A inviolabilidade dos Direitos Cívicos e políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização". RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 369.

²⁰ Artigo 113. "A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) **É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.**[...] (grifo do autor). Id., Op. cit., p. 371.

referência à função social. Com o advento da Constituição de 1946 aquele conceito próximo de função social, previsto na Constituição de 1934, foi restituído ao estabelecer o bem-estar social como condição para seu uso, e, para tanto, a distribuição da propriedade deveria ser realizada de forma justa, com as mesmas oportunidades para todos. Apenas mais recentemente, com a edição da Constituição Federal de 1967, é que finalmente atribuiu-se função social à propriedade de modo explícito, como esclarece José Roberto Marques:

Foi a Constituição de 1967 que, de maneira expressa, atribuiu função social à propriedade, dispondo em seu art. 157: "A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:... III - função social da propriedade". Esse dispositivo era complementado pelo art. 150, § 22: "É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, VI, § 1º. Em caso de perigo iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (sic)"²¹

Alcançou-se um desfecho no sentido de que a propriedade, ao transitar pelos milênios de sua história, muito pouco evoluiu de seu conceito original, no mundo ocidental. Desde que, deixou de ser a propriedade, coletiva, para ter caráter individual, ainda nos primórdios da civilização, foi objeto de mudança mais significativa apenas no século XIX, ocasião em que veio a sofrer uma relativização em suas faculdades de usar, fruir e dispor, em prol da coletividade. Essa relativização da propriedade ganhou forças no Brasil, a partir do século XX, com vistas ao bem estar social, o que foi denominado Função Social da Propriedade, como será analisado mais detidamente, adiante.

1.5 A Função Social da Propriedade na História

A concepção contemporânea de função social, principalmente no tocante à propriedade imobiliária rural, resulta da concepção de funcionalidade²² da propriedade, que advém dos mais remotos tempos. Desde Roma, já havia a

²¹ MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 336.

²² Por funcionalidade entende-se: Qualidade do que é funcional; funcionalismo. Funcional: Referente à função, ou ao desempenho desta. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. 3 ed. Positivo, 2004.

preocupação de que os agricultores tornassem as terras produtivas. Na legislação portuguesa do século XIV, o rei impunha a prática da lavoura por parte daqueles que ocupavam as terras aráveis, ou, ainda a criação de gado.²³

A igreja e o pensamento cristão formavam teóricos que construíram as primeiras idéias da doutrina social, sendo considerado mais importante o pensamento de São Tomás de Aquino, que não reputava a propriedade como um direito natural do ser humano e, portanto, não admitia que o direito pudesse se contrapor ao bem comum. Ele acreditava que o poder de dispor do proprietário, se perfazia na distribuição aos necessitados daquilo que para ele fosse excedente, desta forma, praticava a transferência do que era de sua propriedade. Da mesma maneira que São Tomás, o pensador John Locke entendia que aquilo que sobejava ao proprietário, pertenceria a outra pessoa, acrescentando que tal idéia teria como objetivo a transferência dos bens deterioráveis, que dessa forma poderiam ser trocados por outros duráveis.²⁴ O pensamento de Locke constituiu-se, na prática, na defesa da propriedade nos moldes burgueses da época.

A partir do século passado, o caráter social da propriedade passou a ser difundido de maneira mais incisiva. Em 1911, o jurista Leon Duguit, proferiu uma série de conferências na cidade de Buenos Aires, que, em 1912, transformaram-se em célebre obra publicada na França. Referindo-se a Duguit, leciona Bandeira de Mello, acerca dessas conferências, nas quais:

[...] este alumiado jurista expunha a concepção de que o proprietário, ao invés de titular de um direito subjetivo, era apenas o detentor da riqueza, de certo modo, na condição de gestor de um bem socialmente útil, pois a propriedade devia ser concebida, em si mesma, como uma função social - e não como um direito ajustável a uma função social.²⁵

Duguit repelia a idéia de um sistema individualista, porque acreditava que a noção de direito subjetivo é metafísica e não realista. Nessa linha de pensamento, ele desenvolveu um conceito por meio da idéia de que todo o indivíduo tinha uma

²³ Ensina GUEDES, Jefferson Carús. *Função social das "propriedades": da funcionalidade primitiva ao conceito atual de função social*. In: ARRUDA ALVIM et. al. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 346-347

²⁴ Argumentam GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 43.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In: Revista de Direito Público, n. 84, out./dez., 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 40.

função a cumprir na sociedade, era titular de um dever. A partir dessa premissa, Duguit consolidou o entendimento de que a propriedade não tinha função social, mas era ela a própria função social. Para ele, a propriedade não possuía caráter subjetivo, absoluto, intangível e, portanto, os direitos do proprietário, só deveriam ser garantidos se utilizados para desempenhar uma função. Em que pesem as severas críticas que sua teoria recebeu, ao rejeitar a existência de direitos subjetivos, tratou-se de um marco histórico, na medida em que suas idéias forneceram subsídios para a positivação do princípio da função social da propriedade, nos ordenamentos jurídicos que se seguiram.²⁶

A propriedade, nos moldes teóricos da burguesia, sofreu profunda modificação a partir da primeira Guerra Mundial, com o advento da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição alemã, de Weimar, de 1919. A primeira estabeleceu, em seu artigo 27, que a propriedade das terras era originalmente da Nação Mexicana, que por sua vez, poderia transferi-las aos particulares, determinando o fim da noção de propriedade como um direito natural. A Constituição de Weimar, dispunha em seu artigo 153, que a propriedade traz consigo obrigações para seu titular e que o direito de propriedade deve ser exercido no interesse social. Acerca de seu significado histórico, Guilherme Calmon e Caroline Andriotti asseveram que: "A Constituição de Weimar representa um marco quanto ao início do reconhecimento da idéia de uma ordem econômica e social que deveria ser bem diferente no tratamento das questões afetas à propriedade, ao contrato e à empresa."²⁷

1.6 A Teoria do Abuso de Direito

Existem autores que relacionam a atual função social da propriedade com o conceito anterior do abuso de direito. O direito de propriedade, especificamente imóvel, foi o ponto de partida para o desenvolvimento da teoria do abuso de direito. No contexto histórico que se seguiu à Revolução Francesa e vigorou por todo o século XIX, a propriedade foi alçada a um direito sagrado, tecnicamente absoluto, oponível *erga omnes* e, portanto, tido como inquestionável e ilimitado, visto que,

²⁶ Anotam GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; ANDRIOTTI, Caroline Dias. *Breves Notas Históricas da Função Social no Direito Civil*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 9.

²⁷ Id., Op. cit., p. 7.

limites a propriedade, se houvessem, seriam casos excepcionais que deveriam estar expressos em lei. Nesse cenário individualista e liberal, presentes eram as falsas idéias de que não haveria obrigação que não constasse na lei, pois que o Direito não é apenas a lei, sequer a lei expressa como se invocava. Assim, ocorreu que a moral dos juristas da época foi abalada pela prática dos atos emulativos, ou seja, atos que tinham objetivo apenas de causar prejuízo a outra pessoa, que geralmente surgiam no domínio da vizinhança imobiliária, como por exemplo, os "muros da inveja", como eram chamados aqueles muros que se erguiam tão somente para privar o prédio contíguo de sol ou visão, ou, ainda, dos enormes edifícios que se construíam a fim de perfurar os dirigíveis que cruzavam sobre a propriedade para pousar no prédio vizinho. A prática dos atos emulativos deveria ser rechaçada, mas, de que forma fazê-lo se o proprietário não tinha limites para o exercício de seu direito e a lei não proibía expressamente a prática desses atos. Daí, que, na França, na virada do século XIX para o século XX, construiu-se a teoria do abuso de direito, na qual, o proprietário tinha um direito, mas abusou dele. Este conceito indeterminado de abuso surgiu, então, como solução para o impasse que a lei não havia previsto.

Em conformidade com o ensinamento de José de Oliveira Ascensão, por abuso de direito entende-se não simplesmente um usar contra o direito, mas um usar além do direito, ou seja, usar de maneira a ultrapassar um limite do direito, visto que, todos os direitos têm limites. Porém, o simples fato de se ultrapassar um limite do direito, poderia ser caracterizado como uma modalidade geral de ilícito. Assim sendo, a característica fundamental do abuso é que se ultrapassa um limite funcional, vale dizer, o ato abusivo enquadra-se na descrição do direito, mas desrespeita a função deste. Por derradeiro, o autor conclui que "o abuso do direito consiste no exercício disfuncionalizado dum direito".²⁸ Prossegue José de Oliveira Ascensão, esclarecendo que ao comparar-se a teoria clássica do abuso de direito à atuação em desacordo com a função social, observa-se a existência da disfuncionalização nos dois casos, que devem ser rejeitados juridicamente. Porém, há de se perceber a grande diferença de significado existente entre os institutos, visto que o abuso de direito é dirigido contra interesses privados, enquanto que a lesão da função social ocorre em face de interesses coletivos. Esta diferença gera

²⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Propriedade de Bens Imóveis na Dialética do Abuso e da Função*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7*. São Paulo: Método, 2008, p. 22 - 23.

conseqüências jurídicas igualmente diversas. Por afrontar interesses particulares em primeiro plano, o dano causado pelo abuso de direito deverá ser argüido necessariamente pelo interessado, sendo vedado ao juiz apreciar a questão de ofício. Contrariamente, o dano provocado pela inobservância da função social, deve ser apreciado pelo juiz, de ofício, visto que afeta interesses coletivos. Finalmente, para que não se confundam os institutos, observa o autor, ainda no que se refere às conseqüências jurídicas de ambas as lesões:

A lesão da função social tem conseqüências pesadas, que têm o seu cume na desapropriação do imóvel por interesse social. Pelo contrário, o ato abusivo tem as inerentes ao seu significado de gerador de litígio privado: eventual invalidade, remoção da situação violadora, ineficácia, indenização... Portanto, mesmo a tentativa de reconduzir ainda o desvio funcional ao abuso do direito se frustra, porque o regime traduz uma natureza muito diversa. A desconformidade à função social tem uma lógica autônoma, não se ganhando nada em acolhê-la sob a etiqueta de "ato abusivo". (grifo do autor).²⁹

Para Humberto Theodoro Junior, a teoria do abuso do direito deu o contorno da função social da propriedade, que, afinal, o atual Código Civil proclamou e descreveu no artigo 1.228, parágrafos 1º e 2º, *in 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.

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

E complementa seu entendimento, argumentando que:

É, pois, abusivo e conseqüentemente ilícito, o exercício do direito de propriedade de modo incompatível com suas naturais finalidades tanto econômicas como sociais. O caráter absoluto e egoístico da primitiva concepção do domínio foi substituído por um enfoque jurídico que o insere no contexto social onde se sobressai a exigência do seu uso para o bem comum. Esse enfoque, que começa com a repressão do abuso anti-social do exercício do direito de propriedade, completa-se com o instituto constitucional da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, e,

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Propriedade de Bens Imóveis na Dialética do Abuso e da Função*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 39 - 40.

ainda, com a possibilidade de requisição pelo Poder Público, em caso de perigo iminente (C.C., art. 1.228, § 3º; C.F., art. 5º, XXIV e XXV).³⁰

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 83

2 A PROPRIEDADE

2.1 Propriedade e Direito de Propriedade

Como visto, o conceito de propriedade evoluiu de acordo com a evolução das sociedades de cada época. Em seu apogeu, a propriedade era vista como justa recompensa por um esforço ou uma vida de trabalho. Nesse sentido, era tida como demonstração de um direito natural da personalidade humana. Por conseguinte, não se vislumbrava qualquer contradição entre o exercício pleno da propriedade, bem como conflitos com os fins da sociedade. A partir desse panorama, entendeu-se o direito de propriedade de forma tão ampla, que alguns juristas o consideravam como absoluto. Nesse sentido, assevera Orlando Gomes, ao conceituar o direito de propriedade, que:

"A propriedade é um direito complexo, se bem que unitário, consistindo num feixe de direitos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto. **Direito absoluto** também é porque confere ao titular o poder de decidir se deve usar a coisa, abandoná-la, aliená-la, destruí-la, e, ainda, se lhe convém limitá-lo [...]. Em outro sentido, diz-se, igualmente, que é absoluto, porque oponível a todos. [...]" (grifo nosso).³¹

Ocorre, porém, que na seara jurídica, entendem-se os direitos como relativos, tendo em vista que, minimamente, mostra-se necessário conciliar o exercício do direito de um indivíduo com o igual direito de outro. Por essa linha, explana Celso Ribeiro Bastos, que a bem da verdade, o direito não era absoluto. Em todo o direito, toda a vez que se traça o perfil de um instituto jurídico, ele tem de ser delimitado e por isso, pode-se dizer que, no fundo, não existe direito absoluto. O jurista conclui que na medida em que não havia preocupação com o destino que o proprietário atribuísse ao bem, ou ainda, com a aplicação que a sociedade entendesse que esse bem deveria ter, isso equivalia dizer que cabia ao proprietário de um bem fazer com ele o que desejasse. Por esse raciocínio estaria justificada a utilização da expressão "direito absoluto", por parte de alguns autores.³²

³¹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 84.

³² BASTOS, Celso Ribeiro. *Função Social da Propriedade*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 25-26, jan./dez., 1986. São Paulo: Ministério Público, p. 68 - 69.

É certo que, a propriedade e também os poderes a ela inerentes, estão a sofrer constantes restrições, para que, dessa maneira, possam adequar-se às conveniências das sociedades de cada momento. Há de se ter em conta, se tais restrições são impostas à propriedade ou ao direito de propriedade. Necessário demonstra-se, perquirir as noções de propriedade e de direito de propriedade, que não devem ser confundidas. O direito, no sentido subjetivo, como conceituado por De Plácido e Silva, revela-se uma faculdade ou prerrogativa outorgada à pessoa, em virtude da qual, a cada um se atribui o que é seu, não permitindo que outrem venha prejudicá-lo em seu interesse, porque a lei, representando a coação social, protege-o em toda a sua amplitude, asseverando ainda, que:

"Todo o direito subjetivo implica na existência de um titular, dito de sujeito do direito, o qual se prende ao *objeto* do direito, onde incide sua fruição ou gozo, por uma *relação jurídica*, protegida pela coação social. E, assim, se têm os elementos necessários para a formação de um direito: *sujeito, objeto, relação e coação*". (grifo do autor).³³

Trata-se o direito de propriedade, do reconhecimento que o Estado confere aos poderes que o indivíduo tem sobre determinada coisa. A propriedade vem a ser o próprio bem objeto do direito e que, ao sofrer restrições, impõe a seu proprietário a diminuição dos poderes que detém sobre o ele. Ao Estado, enquanto organização jurídica da sociedade, cabe reconhecer e proteger esses poderes do proprietário, ou ainda, castigar aquele que por ação ou omissão, lesa direito alheio, no que consiste o direito de propriedade. Nos dizeres de Bandeira de Mello:

O direito de propriedade é a expressão juridicamente reconhecida à propriedade. É o perfil jurídico da propriedade. É a propriedade, tal como configurada em dada ordenação normativa. É, em suma, a dimensão ou o âmbito de expressão legítima da propriedade: aquilo que o direito considera como tal. Donde, as limitações ou sujeições de poderes do proprietário impostas por um sistema normativo não se constituem em limitações de direitos pois não comprimem nem deprimem o direito de propriedade, mas, pelo contrário, consistem na própria definição deste direito, compõem seu delineamento e, deste modo, lhe desenham os contornos.[...] ³⁴

Por derradeiro, hodiernamente o direito de propriedade comporta diversas limitações como resume Carlos Alberto Dabus Maluf: "[...] o direito de propriedade não mais se

³³ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 7 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 76.

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In: Revista de Direito Público, n.84, out./dez., 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 39.

reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Está ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações, impostas pelo interesse público e privado, inclusive pelos princípios de justiça e do bem comum".³⁵

2. 2 Concepção Funcional do Direito de Propriedade

Por muito tempo os civilistas tentaram manter-se distantes das mudanças advindas do desenvolvimento econômico das sociedades. Desta sorte, tendo por finalidade a manutenção de suas propriedades enquanto representação de liberdade, os civilistas consideravam qualquer interferência no Direito de Propriedade como uma agressão à liberdade individual. A dogmática civilista clássica positivada no Código Civil de 1916, estudava a propriedade do ponto de vista estrutural, limitando-se a descrever e assegurar os poderes do proprietário. Nesse sentido, ela conferia ao titular do direito subjetivo, instrumentos de tutela que visavam dar ao proprietário, formas de aproveitamento econômico do bem e lhe garantiam o poder de reaver a coisa de quem a detivesse. Valia dizer que a tutela jurídica do domínio era tida como manifestação indiscutível do direito subjetivo patrimonial.

O código Civil de 1916 não concebia o aspecto funcional da propriedade, mas, tão somente, limitações externas por normas de ordem pública, a fim de afastar a prática de atos emulativos por parte do proprietário.

Apesar das Constituições pátrias de 1946 e 1967 fixarem a idéia de função social da propriedade, revelando preocupação do ordenamento em disciplinar o instituto, o tema nunca havia adquirido eficácia jurídica propriamente dita. Isto porque, a preocupação com o aproveitamento dos bens pela coletividade, mantinha-se no plano metajurídico do direito de propriedade, não se verificando de maneira a alterar a dogmática civilista, alheia a tudo que não era subjetivo ou patrimonial. O direito civil clássico procurava manter a noção de autonomia da vontade como valor pré-jurídico e absoluto. Por conseguinte, a propriedade mantinha-se subordinada apenas a limites externos.

³⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A Propriedade no Código Civil de 2002: Principais Limitações e Renúncia*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 70.

A Constituição Federal de 1988 instituiu a função social da propriedade e inseriu-a no Título referente à Ordem Econômica e Financeira (artigo 170). Indo mais além, inseriu o instituto ao lado da cláusula pétrea da garantia fundamental de proteção da propriedade privada, junto aos artigos que cuidam dos direitos e garantias fundamentais. Nessa ótica, observa-se que no artigo 1º, inciso III, o legislador constitucional previu o princípio-valor da dignidade da pessoa humana como fundamento da República. No artigo 3º, incisos I e III, estabeleceu como objetivo fundamental a construção de sociedade livre, justa e solidária (princípio da solidariedade social), bem como o dever de diminuição das desigualdades sociais e regionais (princípio da igualdade substancial). Tais princípios norteiam a definição do conceito jurídico de função social, de forma a vincular os direitos patrimoniais ao seu atendimento, sendo forçoso o entendimento de que o ordenamento, defronte ao texto constitucional, não mais fornece guarida a idéia de propriedade privada - enquanto expressão da liberdade individual - não se sujeitar à ingerência do Poder Público. Esclarecendo este aspecto, observa Gustavo Tepedino, que:

"Ao contrário, se o ordenamento é unitário e se tais deveres constitucionais são vinculantes - sob pena de não se preservar a própria noção de ordenamento -, a função social da propriedade, como expressão da prioridade constitucional aos valores de solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, torna-se elemento interno do domínio, de tal maneira que as liberdades individuais devem ter por função, ao lado da legítima preocupação com os interesses de seu titular, o alcance de interesses socialmente relevantes atingidos por seu exercício, no âmbito dos quais se situa a promoção do meio ambiente equilibrado."³⁶

Trazendo à discussão mais um aspecto acerca da propriedade, verifica-se a afirmação de alguns autores, de que, nos dias atuais, a propriedade não deve ser entendida como um direito subjetivo dos indivíduos. Sobre este aspecto, observa Eros Grau que a afirmação há de ser tomada sob reserva, esclarecendo que, em sua opinião, o direito de propriedade, ainda que subjetivo, só pode ser exercido de modo a preservar o interesse coletivo, assim, em seus próprios dizeres:

O que parece exato, apenas, é a circunstância de que a propriedade não consubstancia mais um direito subjetivo *justificado exclusivamente pela sua origem*, mas que remanesce exclusivamente à medida que atentemos a que seu fundamento é inseparável da consideração de seu uso. Daí a fórmula

³⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 55.

segundo a qual não pode a propriedade ser usada de modo contrário à utilidade social, preservando-se o direito do proprietário somente enquanto o seu uso contrário ao interesse social não ocorrer. A partir de tal fórmula desenvolve-se o entendimento de que o princípio da função social, na sua concreção, resulta na colocação de limitações ao exercício do direito de propriedade. (grifo do autor).³⁷

Neste sentido, o princípio da Função Social retira da propriedade seu caráter absolutista, mas não lhe nega o direito. Ou seja, o direito à propriedade privada persiste, porém relativizado pela função social que limita seu uso ao alcance do interesse maior, da coletividade, vale dizer que a propriedade privada evolui de um direito individualista para obter um sentido social. A função social hoje, deve ser considerada como um atributo da propriedade. Nas palavras de José Roberto Marques:

O princípio da Função Social, por sua vez, é a fórmula exata para a compatibilização entre o direito de propriedade, que é reafirmado pela Constituição Federal como direito do indivíduo, e a necessidade de seu uso de acordo com o interesse social. É bom que se esclareça que esse *uso de acordo com o interesse social* não significa desenvolver as atividades que interessem diretamente aos outros, mas desenvolvê-las de acordo com a aptidão da terra e sob a orientação de que o uso não pode prejudicar a coletividade, ainda mais considerando-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é *bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida* (art. 225, *caput*, da Constituição Federal). (grifo do autor).³⁸

2.3 Direito de Propriedade e Função Social

O acolhimento da propriedade na Constituição Federal em vigor deu-se como direito humano amparado em sua função essencial de proteção pessoal. Disso se pode concluir que nem toda a propriedade privada deve ser caracterizada como um direito fundamental protegido. Desse entendimento de Fabio Konder Comparato, há o exemplo da pequena e média propriedade rural, que a Constituição Federal, em seu artigo 185, declara como não passível de desapropriação para fins de reforma agrária, além de garantir-lhe tratamento especial, estabelecendo, ainda, em seu artigo 5º, inciso XXVI, que tais propriedades não podem ser penhoradas, para

³⁷ GRAU, Eros Roberto. *Solo Criado*. In: Revista de Direito Imobiliário. n. 51, jul./dez., 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 29.

³⁸ MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 334.

pagamento de dívidas decorrentes de sua atividade produtiva, quando objeto do trabalho da família de seu proprietário. O jurista arremata que:

Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso, que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. [...] Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação. É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios.³⁹

Ao observar-se o texto constitucional, verifica-se que o legislador de 1988, emprega o vocábulo propriedade em dois sentidos diversos. Num primeiro sentido, a palavra é utilizada como o vínculo existente entre o indivíduo e o bem que lhe pertence, caso em que, assemelha-se à noção de direito de propriedade. Em outro sentido, o vocábulo é empregado como sendo o próprio bem objeto das condutas humanas. Assim, deve-se perquirir o sentido do vocábulo propriedade, tal qual utilizado na Constituição Federal, especificamente em relação à função social. Nesse diapasão, vale indagar se a função social prevista na Constituição é do direito, do bem, ou ainda do proprietário titular do direito. Respondendo a tal indagação, Marco Aurélio Greco argumenta que o direito consiste num modelo disciplinador de condutas concretas, no plano do dever-ser e que possui, portanto, existência abstrata, valendo-se do ordenamento jurídico para obter efetividade. O direito apresenta-se no plano abstrato com o propósito de regular e controlar as condutas humanas e para que se possa dar existência à função social, ela tem de inserir-se no plano fático das coisas, concluindo que, por esta razão, o que deve possuir função social é a propriedade enquanto bem imóvel e não o direito. Nos termos do autor:

³⁹ COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 140-141.

"[...] o bem (objeto do direito de propriedade) é que tem "função", exatamente porque está no plano dos fatos, em que há correlação entre coisas que se compõem num mosaico mais amplo, do qual a terra será o suporte para toda gama de ações humanas." ⁴⁰

Contrário a este entendimento, pondera Eros Grau que "ser titular de um direito subjetivo, é estar autorizado, pelo ordenamento jurídico, a praticar ou não praticar um ato", esclarecendo que o direito deve ser exercido nos limites impostos pela autorização, conforme previsto no direito positivo, que poderá criar deveres e ônus para o titular do direito, concluindo, por esta linha de pensamento, "[...] que não é a coisa objeto da propriedade que tem a função, mas sim o titular da propriedade. Em outros termos: quem cumpre ou deve cumprir a função embutida na propriedade - isto é, no direito subjetivo - de que é titular, é o proprietário da coisa." ⁴¹

Finalmente, na opinião de José Diniz de Moraes, citado por Guilherme Calmon e Andrea de Oliveira, não se pode tomar como verdadeiras as afirmações de Marco Aurélio Greco e Eros Grau, porque, para ele, há de se distinguir os conceitos "fim" e "função", que não se confundem, adotando assim, posição de Rodotá:

"o fim de uma determinada estrutura refere-se à sua destinação a uma tarefa abstratamente fixada e imutável, enquanto a função de uma determinada estrutura é a atitude histórica e concreta frente a situações sempre renovadas e diversas. O fim é algo que está fora da estrutura, enquanto a função é algo que está no seu interior." ⁴²

Um outro aspecto da noção de propriedade é que, apesar da doutrina majoritária referir-se ao vocábulo **propriedade**, alguns autores utilizam-se do termo **propriedades**, assim, no plural, para evidenciar que não há um só tipo de propriedade no sistema jurídico. (grifo nosso). Entendendo-se a propriedade como um bem ou direito atribuído a uma pessoa determinada para que ela frua, use e disponha de seu bem de forma exclusiva, este objeto, na verdade, compreende vários campos. Neste sentido, observa Leonardo Mattietto:

⁴⁰ GRECO, Marco Aurélio. *IPTU - Progressividade*. In: Revista de Direito Tributário. n. 52, abr./jun., 1990. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 114.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *Solo Criado*. In: Revista de Direito Imobiliário. n. 51, jul./dez., 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

⁴² MORAES, José Diniz de, *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 103. *Apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 52

A propriedade, pois, não é uma só, não sendo correto reduzir a sua dogmática a um instituto monolítico, cabendo, antes, perfilhar um conjunto de situações jurídicas complexas, compreensivas não apenas de poderes, mas também de deveres, que envolvem a titularidade dos bens. Há diversas propriedades, como diferentes também são as funções sociais dos bens.⁴³

Tem-se, então, a propriedade de bens imóveis que por sua vez podem ser rurais ou urbanos; bens de produção e bens de consumo; bens materiais e imateriais.⁴⁴ Acerca deste aspecto, verifica-se que o texto constitucional refere-se à função social da propriedade, sem estabelecer qualquer diferenciação entre as propriedades, ao que, pode-se concluir que todas as modalidades de propriedade, devem ser exercidas de maneira condizente a atingir uma função social. Em síntese, diz Teizen Júnior que "a noção de *função social* da propriedade relaciona-se com a capacidade produtiva da propriedade, ou seja sua função produtiva, trata-se do poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo". (grifo do autor).⁴⁵

⁴³ MATTIETTO, Leonardo. *Propriedade, Diversidade e Função Social*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 173.

⁴⁴ Leciona Celso Bastos, que no caso da propriedade sobre bens imateriais, o uso da palavra propriedade é puramente analógico, argumentando que "o que, contudo, tem caráter analógico, é a utilização da palavra propriedade para bens imateriais, como os bens relativos aos inventos, às marcas industriais, às criações artísticas, enfim, toda esta área em que o direito protege com exclusividade o direito do autor, do inventor, também denominada propriedade, mas que não tem as características da propriedade clássica". BASTOS, Celso Ribeiro. *Função Social da Propriedade*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 25-26, jan./dez., 1986. São Paulo: Ministério Público, p. 71.

⁴⁵ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo, *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

3 FUNÇÃO SOCIAL

3.1 Conceito e Natureza Jurídica

Baseada nos padrões de liberalismo econômico e do intenso individualismo, a propriedade tornou-se um direito subjetivo, absoluto, por excelência, paradigma de atendimento aos interesses individuais de seu proprietário, prevalecendo sobre outras situações jurídicas subjetivas, tais como as relacionadas ao locatário, ao promissário comprador e à coletividade. O legislador dos séculos XVIII, ao início do XX, concebeu os institutos da propriedade e da posse num contexto que tinha como regra a não intervenção do Poder Público, salvo para proteção dos direitos dos titulares nas situações proprietárias ou possessórias. Isso consolidou o entendimento de que na propriedade havia uma relação entre sujeito e objeto, o que se mostrava incompatível com idéia de relação intersubjetiva.

Nos últimos dois séculos, o tratamento jurídico dado aos institutos da propriedade e da posse sofreu profundas alterações. Por exemplo, o artigo 524, do Código Civil de 1916, referia-se, apenas, aos poderes de usar, gozar e dispor do bem e de reavê-lo de quem o injustamente possuísse, ao passo que o parágrafo 1º, do artigo 1.288, do Código Civil de 2002, reconheceu a funcionalização social da propriedade. Durante o século XX alguns textos constitucionais, à luz das transformações sociais e mudanças econômicas, passaram a reconhecer que a propriedade além de atender aos interesses do proprietário, deveria atender, também, ao interesses da coletividade. O artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988, prevê que o direito de propriedade é fundamental, além de estabelecer, em seu inciso XXIII que ela deve atender à sua função social. Dessa forma, o legislador constituinte demonstrou tratar-se de suma importância a positivação da Função Social da propriedade, com sua inserção entre os direitos fundamentais do artigo 5º, devido à condição de cláusula pétrea no ordenamento jurídico pátrio.

A noção de função social como instrumento vem da própria etimologia da expressão. Em latim, a palavra *functio* deriva-se do verbo *fungor*, que significa cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar. No direito, é deveras dificultoso encontrar-se a definição do conteúdo

da função social, uma vez que o próprio ordenamento jurídico-constitucional elencou o princípio, porém não apontou os elementos necessários à sua caracterização. Isto posto, demonstrou-se indispensável que a legislação infraconstitucional estabelecesse formas para a efetivação da função social da propriedade, porém, tal legislação também não prevê um conceito do princípio. Assim sendo, a maior parte dos doutrinadores procura a acepção de função social naqueles autores que, originariamente, propuseram o conceito, tais como Aristóteles, São Tomás de Aquino, Augusto Comte e Léon Duguit, dentre outros. Acerca do tema, observam Guilherme Calmon e Andrea Oliveira, que, de início, a idéia de função social era a de satisfação de um interesse público, de maneira que, ao exercer o direito, o proprietário estaria exercendo uma função pública, entretanto, esse entendimento restou superado, tanto pela evolução da ciência jurídica que não mais distingue direito público de privado, quanto pelo fato de que a positivação da função social num ordenamento que reconhece e garante a propriedade privada, implica na superação desta contraposição entre direito público e privado.⁴⁶ Nesse contexto, verifica-se que alguns doutrinadores reduzem em partes a expressão **função social da propriedade** para tentar explicá-la, outros fazem uma relação com a noção de propriedade ou com a de princípio constitucional e há outros ainda, que ponderam não ser possível fazer uma conceituação definitiva do instituto. (grifo nosso).

Em relação à natureza jurídica da função social, alguns autores preferem denominá-la princípio, outros preferem as expressões atributo, diretriz ou cláusula-geral e há, ainda, aqueles que se referem à doutrina da função social ou idéia-princípio. A esse respeito, Guilherme Calmon e Caroline Andriotti argumentam que:

"Independentemente da nomenclatura ou natureza jurídica que se proponha à função social, o importante mesmo é que se consiga compreender o seu real conteúdo e alcance e que se implementem, de maneira efetiva, os instrumentos aptos a cumprir sua finalidade."⁴⁷

Espelhando essa noção de função social, vale expor o conceito trazido por Bandeira de Mello, para quem:

⁴⁶ Conforme GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 49

⁴⁷ Id.; ANDRIOTTI, Caroline Dias. *Breves Notas Históricas da Função Social no Direito Civil*. Id, Op. cit., p. 4.

"a "função social da propriedade" consiste em que esta deve cumprir um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchíveis pela espécie tipológica do bem (ou pelo menos não poderá ser utilizada de modo a contraditar estes interesses), cumprindo, dessarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade (ou, pelo menos, não poderá ser utilizada de modo a adversá-las)." ⁴⁸

Perseverando-se na tentativa de conceituar o instituto, oportuno o magistério de Celso Bastos, para quem, apesar do termo função social ser um tanto vago, possui um conteúdo que não pode ser definido de maneira estática, porque a idéia de função social é uma idéia evolutiva, que muda conforme muda a estruturação das sociedades. Em suas palavras: "[...] é o evoluir da própria sociedade que vai trazendo requisitos de maior exigência no que diz respeito à função social da propriedade." ⁴⁹ Por esse viés, observa Teizen Júnior que:

A função do direito é a formação e regramento da cultura humana no intercurso dos membros da sociedade, isto é, nas relações sociais. Esse modelo jurídico aberto permite reflexão e construção para o jurista, tendo em conta valores éticos, econômicos e sociais contemporâneo ao momento social. Persegue-se, assim, não o absolutismo de fórmulas legislativas insuperáveis mas, antes, medidas que permitam o equilíbrio entre justiça e segurança, cabendo à ética dar contornos, sem se descuidar da importância econômica nas relações sociais. ⁵⁰

Ressalte-se a opinião de José Roberto Marques, para quem, nos dias de hoje, a função social deve ser entendida como um atributo da propriedade imóvel, sendo inadmissível seu afastamento, quer pela concepção doutrinária, quer pela legislação em vigor a seu respeito, concluindo, acerca desse assunto, que: "[...] não há repercussão prática na conceituação de função social da propriedade, diante da enumeração taxativa de seus requisitos feita pela Constituição Federal e pelas leis que a seguiram ou que por ela foram recepcionadas. Elas dão o contorno necessário do conteúdo da *função social da propriedade*". (grifo do autor). ⁵¹

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In: Revista de Direito Público. n. 84, out./dez., 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43.

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Função Social da Propriedade*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 25-26, jan./dez., 1986. São Paulo: Ministério Público, p. 75.

⁵⁰ TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo, *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 133.

⁵¹ MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 334.

3. 2 Função Social como Conteúdo da Propriedade

Todos os esclarecimentos dos autores acerca da função social mostram-se insuficientes para a definição de seu conteúdo, porém, é possível excluir antigos entendimentos sobre o tema. Nesse contexto, registre-se o pensamento de Guilherme Calmon e Andrea Oliveira, para quem a função social não poder ser tida como uma limitação ao direito à propriedade, ou, ainda, que a norma que a reconhece não seja munida de efetividade. Para eles, antes da Constituição de 1988, a subordinação da propriedade à função social era considerada a principal limitação à propriedade, como se fosse algo exterior ao direito⁵². Hoje, o conceito de função social não se confunde com o direito de propriedade, tratando-se a função social de essência qualitativa da propriedade e não elemento externo a ela. Deve-se compreender a função social como um modo de conciliar os interesses individuais do proprietário, com os interesses da sociedade. De tal sorte, apesar de que, inicialmente tenha se compreendido a função social como um limite externo ao direito subjetivo, a fim de se coibir o chamado abuso de direito, não se pode resumir-la desta maneira. Sendo a função social elemento que integra o próprio direito subjetivo, seu desrespeito deve ocasionar o enfraquecimento gradual da própria tutela do direito.⁵³ Assim sendo, pelos dizeres dos autores, que concluem:

"A função social é essência qualitativa e dinâmica do direito de propriedade. Mas o fenômeno da funcionalização não se resume ao direito de propriedade, projetando-se sobre todos os outros institutos do Direito Privado. A doutrina da função social se irradia sobre a posse nos Direitos Reais, o contrato no Direito das Obrigações, a empresa no Direito de Empresa e as entidades familiares no Direito de Família e Sucessões, e os reflexos dessa irradiação vêm sendo sentidos pelas alterações promovidas na legislação infraconstitucional."⁵⁴

Leciona Bandeira de Mello, que a propriedade ainda está claramente configurada, à luz do direito positivo constitucional, como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida em que a realiza, porque se assim

⁵² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51.

⁵³ Id.; ANDRIOTTI, Caroline Dias. *Breves Notas Históricas da Função Social no Direito Civil*. Id, Op. cit. p. 11.

⁵⁴ Id., Op. cit., p. 17.

não fosse, poder-se-ia concluir, que as propriedades que não cumprissem a função social a elas destinada, não poderiam receber proteção jurídica e seriam passíveis de serem perdidas, sem qualquer indenização.⁵⁵

3.3 Função Social como Princípio Constitucional

3.3.1 O Fundamento e os Princípios Jurídicos

O entendimento dos fenômenos jurídicos ocorre em três níveis, ou planos de compreensão, que não se excluem, mas se exigem e se complementam mutuamente. O primeiro plano, denominado filosófico-principiológico, é o que se refere à idealização do direito, averiguando seu conceito, princípios e fundamentos, assim como os valores considerados importantes em cada momento histórico-cultural, os quais devem nortear a formação, a transformação e a aplicação das normas jurídicas. O segundo plano, designado dogmático-normativo, é o que se refere à afirmação do direito, ao direito positivo, onde se estuda a estrutura do ordenamento jurídico, a hierarquia, a vigência e a validade das normas. O terceiro plano chamado pragmático é o que corresponde à aplicação do direito, das normas aos casos concretos. Nesse plano é que se procura conhecer da eficácia do direito e, portanto, trata-se do auge da atividade jurídica, visto que tudo que se idealiza no plano filosófico e se determina no nível normativo, encontra sua finalidade no plano pragmático.

Os valores estudados no primeiro plano podem ser classificados, conforme graus de subordinação e importância, em: **fundamentos, princípios gerais e princípios específicos**. (grifo nosso). Conforme leciona Romualdo Baptista dos Santos, os fundamentos ocupam a base do sistema de valores e equivalem ao valor intrínseco do bem maior que se quer resguardar, a cada momento histórico. "São os primeiros princípios, ou princípios dos princípios, ou ainda os princípios fundamentais, que se apóiam sobre si mesmos, pelo seu próprio valor e servem de

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In: Revista de Direito Público, n. 84, out./dez., 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 41.

apoio para os demais valores do mesmo sistema." ⁵⁶ Os princípios gerais, no entendimento do mesmo autor, são valores cristalizados, relativamente inflexíveis, vigentes numa sociedade, em dado momento e que se destacam como os mais vivos e mais caros ao ser humano. No sistema de valores, os princípios gerais apóiam-se sobre os fundamentos para preservação destes, mas possuem alguma flexibilidade para se adaptar às mudanças da sociedade, e, assim, não incorrer na ruptura do próprio princípio. Por conseguinte, o jurista conclui que "atualmente, considerando que o ser humano - não mais o indivíduo - é o bem maior a ser preservado, a dignidade humana é o fundamento da vida ética e são princípios gerais a liberdade, a solidariedade, a eticidade, a autonomia privada etc." Finalmente, tratam-se os princípios específicos, como a denominação já implica, de especificações daqueles princípios gerais, de acordo com cada ramo jurídico. No sistema de valores, sustentam-se sobre os princípios gerais, dos quais decorrem diretamente, visando a proteção destes e ainda dos fundamentos. ⁵⁷ Em resumo, os princípios e fundamentos orientam a formação e transformação das normas jurídicas e estas é que são aplicadas aos casos concretos, sob a luz desses princípios e fundamentos. Pode ocorrer, no entanto, dos princípios e fundamentos serem aplicados diretamente aos casos concretos, quando da falta de norma diretamente aplicável.

3. 3. 2 O Princípio da Função Social e sua Aplicação

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu princípios fundamentais diretamente aplicáveis, ao funcionarem como critério de interpretação e de integração geral do sistema. Tratam-se das normas-síntese ou normas-matriz, de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Outras normas dos princípios fundamentais são programáticas e de aplicabilidade indireta. O texto constitucional situa a propriedade privada, como um dos princípios da ordem econômica, destacando que ela deve corresponder a uma função social. Consagra, ainda, o princípio da função social da propriedade em dois importantes capítulos: Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. De certo é

⁵⁶ SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Princípios Sociais Contratuais*. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil - Direito Patrimonial. Direito Existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 228.

⁵⁷ Id., Op. cit, p. 231 - 232.

considerar-se que, sendo princípio o mesmo que valor e norma o mesmo que regra, o princípio da função social, traduz-se como valor suficiente para indicar a interpretação adequada para todo o ordenamento. O ponto de partida para tal interpretação é encontrado nos incisos XXII e XXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabeleceu o direito de propriedade como direito fundamental, subordinando-o a uma função social. De acordo com o entendimento de Sergio Luiz Ribeiro, deve-se observar que no texto constitucional, a República brasileira é igualmente encontrada nos princípios fundamentais, alicerçada e condicionada ao amparo e construção da dignidade da pessoa humana, que somado ao artigo 3º, que fixa como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, a redução das desigualdades sociais e regionais, devem ser levados em conta para se definir o conteúdo da função social, chegando à conclusão de que: "A função social, que subordina o direito de propriedade, deve estar contida na promoção da redistribuição de renda e da efetivação da igualdade substantiva, esteja essa propriedade no campo ou na cidade e seja ela qual for." ⁵⁸ Posto que os princípios constitucionais estão no topo do ordenamento jurídico e representam uma fonte primária do direito, todas as demais normas jurídicas devem ser interpretadas à sua luz. Dessa forma, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma regra, donde, conclui-se, que o desprezo ao princípio é a mais grave forma de ilegalidade, resultando em ofensa não apenas a um mandamento obrigatório específico, mas a todo o sistema jurídico e a seus valores fundamentais.

Como conseqüência do tema, há de se cogitar do debate existente acerca da eficácia das normas constitucionais, assim consideradas como programáticas. Ainda na opinião de Sergio Luiz Ribeiro, atualmente, não se pode negar vigência a uma norma constitucional, por ser ela norma programática. Em seus dizeres:

Aquela idéia de norma jurídica (norma programática) destituída de eficácia normativa, reiteradamente utilizada para negar vigência a uma imposição constitucional, queda, nos dias de hoje, irremediavelmente superada, visto que, seja ela qual for, há de se respeitar, pelo menos, a função interpretativa dos preceitos programáticos. ⁵⁹

⁵⁸ RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 377.

⁵⁹ Id., Op. cit, p. 376.

Acerca da questão, pertinente explanar-se a posição de Eros Grau, para quem as disposições constitucionais são eficazes e aplicáveis de forma absoluta, ainda que careçam de regulamentação por meio de lei ordinária:

Tenho para mim ser esse um falso problema. Não admito a existência de disposições constitucionais carentes de eficácia - ou dotadas de grau menor de eficácia. Consagrado determinado preceito no nível constitucional, é diretamente aplicável, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Parece-me inconcebível admitir que o texto constitucional, ainda quando sujeito a implementação de um dos seus preceitos à expedição de lei ordinária, tenha transferido função constituinte ao Poder Legislativo, que, por omissão, poderia frustrar a eficácia de tal preceito.[...] De qualquer modo, é certo que, integrada a função nos conceitos de propriedade, o preceito constitucional em que consagrada resulta dotado de eficácia plena e incontestável.⁶⁰

Também a respeito do tema, José Diniz de Moraes, citado por Guilherme Calmon e Andrea de Oliveira, esclarece que o princípio da função social da propriedade:

Como *generalibus júri principiis* não quer dizer que será aplicado à decisão judicial tão só quando a lei for omissa, ou falhe a analogia, ou não existam costumes aplicáveis, mas, ao revés, deverá estar presente sempre que de alguma forma envolva a propriedade, direta ou indiretamente. Não tem, aqui, um caráter meramente supletório, mas principal, na aplicação, interpretação ou integração da lei [...] ao caso concreto. (grifo do autor).⁶¹

Apoiando a tese da vigência imediata da função social da propriedade, enquanto princípio constitucional, arremata Fabio Konder Comparato, que:

De qualquer modo essa exegese da função social da propriedade como mera recomendação ao legislador e não como vinculação jurídica efetiva tanto do Estado quanto dos particulares é de ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais, que a exemplo do alemão e do brasileiro afirmam o princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988 com efeito declara que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (art. 5º, § 1º). (grifo do autor).⁶²

Todavia, quando a Constituição Federal ratificou a noção de Função Social, autorizou o legislador ordinário a determinar as obrigações e deveres a que a

⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *Solo Criado*. In: Revista de Direito Imobiliário. n. 51, jul./dez., 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

⁶¹ MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 70-71. *Apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 54

⁶² COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 141-142.

propriedade estaria submetida, a fim de que sua utilização acontecesse em benefício da coletividade, o que, na prática, fez com que a aplicação do princípio se tornasse um instrumento muito pouco utilizado, exatamente por conta da falta dessa norma infra-constitucional. Vale dizer, que apesar do próprio texto constitucional ter fixado os parâmetros para o entendimento do que seria o interesse social correspondente ao cumprimento da função social da propriedade, a ausência de texto normativo ordinário, implicou na redução drástica da aplicação do princípio. A esse respeito, mostra-se conveniente a observação de Adilson Dallari, no sentido de reprovação a tal rotina:

[...] lamentavelmente, é preciso registrar que, no Brasil, ainda é largamente majoritária (especialmente na jurisprudência) a corrente que entende ser necessário que o legislador ordinário "discipline" o princípio constitucional para que este tenha eficácia. Conforme observação feita por um dos mais brilhantes juízes que já integraram o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Desembargador José Osório de Azevedo Júnior (que efetivamente aplicava diretamente os princípios constitucionais em seus ilustrados votos), para alguns juízes a invocação, pela parte, de algum princípio constitucional é tomada como indicador seguro de que ela não tem o direito que postula, pois, se tivesse, teria indicado a lei que lhe daria fundamento. (grifo do autor).⁶³

O autor termina por concluir, que, nesta perspectiva, em relação à propriedade imobiliária urbana, como exemplo, o advento da Lei n.º 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, veio, de certa forma, dar eficácia ao princípio constitucional, pois apesar da função do plano diretor encontrar-se prevista no texto constitucional, "a carência de uma lei federal dispendo expressamente sobre isso impedia que os Municípios dessem concreção ao princípio da função social da propriedade".⁶⁴

3.3.3 A Função Social como Dever Fundamental

É certo que, numa relação jurídica de direito subjetivo, em havendo um sujeito ativo, há de coexistir um sujeito passivo. Nesse sentido, reconhecido aquele que é titular de direitos fundamentais, estará se reconhecendo, de maneira implícita, os deveres fundamentais que a eles correspondem. Por conseguinte, de acordo com o magistério de Fabio Konder Comparato, quando a Constituição reconhece a

⁶³ DALLARI, Adilson Abreu. *Solo Criado: Constitucionalidade da Outorga Onerosa de Potencial Construtivo*. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *DIREITO URBANÍSTICO E AMBIENTAL*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 27.

⁶⁴ Id., Op. cit., p. 27.

aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, ela está implicitamente reconhecendo a situação oposta, ou seja, que também os deveres fundamentais são exigíveis de imediato, sem a necessidade da mediação do legislador infraconstitucional.⁶⁵ Ademais, o autor pondera acerca de qual é, afinal, o conteúdo do dever fundamental associado à função social da propriedade, afirmando que a Constituição Federal explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade, exemplificando, especificamente, em relação à propriedade rural e do solo urbano, que o artigo 182, § 2º, dispõe que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor", sendo que uma lei específica poderá exigir do proprietário do terreno não edificado, não utilizado, ou subutilizado e que se encontra em área abrangida pelo plano diretor, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicação de três sanções previstas no § 4º, do mesmo artigo, bem ainda, que o artigo 187, dispõe que "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". No entendimento do jurista, verifica-se que em ambos os dispositivos, a Constituição determina ao legislador que defina o conteúdo da função social da propriedade e indaga, acerca deste aspecto, se a falta de lei reguladora específica estaria a dispensar os proprietários do cumprimento da norma constitucional, ao que, entendendo pela negativa, arremata: "É claro que o legislador pode, nessa matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais".⁶⁶

Nesse diapasão, Sergio Luiz Ribeiro ilustra que o dever do proprietário se reflete numa conduta positiva, uma conduta de fazer, de cumprir a função social, sendo que, em virtude do peso constitucional presente, seu direito à propriedade passa a ser um direito meio e não um direito-fim; direito esse que só estará assegurado pelo Estado, se com base em seu comportamento, conseguir atingir à finalidade social,

⁶⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 142-143.

⁶⁶ Id., Op. cit, p. 142-143.

concluindo acerca deste aspecto, que "todo ato normativo que desatenda tal propósito ofenderá a Constituição Federal".⁶⁷

3. 4 Parâmetro de Aferição da Função Social

Fixada a noção de que a função social da propriedade estará ou não sendo cumprida, conforme for o destino dado ao bem imóvel, se utilizado ou não de maneira adequada aos interesses coletivos, demonstra-se necessário identificar o parâmetro que deve ser seguido para a verificação dessa adequação. Conforme ensinamento de Marco Aurélio Greco, existem dois critérios básicos para determinação de tal parâmetro. O primeiro deles vem a ser critério de caráter subjetivo em que os padrões para atendimento da função social seriam estabelecidos por alguém, que tanto poderia ser o indivíduo, quanto o governante. Para o autor, esse critério não se mostra adequado, pois sendo dotado de excesso de individualismo e subjetivismo, poderia implicar em "abuso, tirania e manipulação ideológica da disciplina da propriedade." Assim, o critério que se revela mais adequado é o de natureza objetiva, em que os padrões para a concreção da função social são obtidos pela vinculação normativa, ou seja, a lei estabelece quais condutas devem ser satisfeitas, para que a propriedade atenda sua função social. Em seus dizeres:

E exatamente porque esta é matéria de lei, que especifica tais condutas e como esta lei atingirá a esfera de liberdade dos indivíduos, a Constituição ao mesmo tempo autoriza sua edição, e **indica os limites dentro dos quais deverá se situar**. Será, portanto, no Direito que se encontrarão os critérios de disciplina da conduta individual voltada ao atendimento da função social da propriedade. (grifo do autor).⁶⁸

Ainda de acordo com lição de Marco Aurélio Greco, esses critérios devem ser estabelecidos pelo Poder Público de maneira a **direcionar** a atividade individual para compatibilizá-la com o interesse coletivo, o que corresponde ao atendimento da função social. (grifo nosso). Dessa forma, cabe ao Poder Público não só dirigir a

⁶⁷ RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 378.

⁶⁸ GRECO, Marco Aurélio. *IPTU - Progressividade*. In: Revista de Direito Tributário. n. 52, abr./jun., 1990. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 116.

atividade individual, mas controlar as condutas, pois, em não o fazendo, terá ele de suportar as conseqüências do não atendimento ao interesse coletivo, como por exemplo, no caso de imóvel urbano, quando uma área é densamente ocupada, há necessidade de se proporcionar infra-estrutura e serviços públicos. Ao contrário, em área já servida de infra-estrutura, pode ocorrer ociosidade na utilização de imóveis, levando a população a se concentrar em área desprovida de serviços. Conseqüentemente, várias serão as formas de controle da atividade, a fim de cumprir com as variadas formas de atendimento à função social. Para o autor, valem ser lembradas quatro dessas técnicas de controle. Na primeira, a conduta é controlada "regulando-se os seus efeitos ou prevendo que ela deve resultar em certas conseqüências", caso, por exemplo, do Estatuto da Terra, Lei 4.504/64, artigo 2º, parágrafo 1º, que traz as finalidades que devem ser atendidas, de maneira expressa. A segunda forma para se direcionar a atividade "é regular o antecedente da conduta, fixando condições para seu exercício, que somente poderá se dar desde que os requisitos impostos sejam satisfeitos". A terceira forma baseia-se na previsão de que "a decisão quanto ao uso do bem não está exclusivamente entregue ao proprietário da terra, mas deve ocorrer de uma co-decisão de que participem Poder Público e proprietário que ponderarão os interesses em jogo, para que se atinja o desejável equilíbrio". A última forma de controle "corresponde à imposição de sanções aos titulares da propriedade que não realizam a atividade considerada desejável pela coletividade, desrespeitando as diretrizes básicas por ela definidas em texto legal, que consagra as prioridades do uso e ocupação do solo", caso, por exemplo, do Plano Diretor do Município.⁶⁹

3. 5 Panorama Legislativo da Função Social da Propriedade

A partir da edição do Código Civil francês e até o final do século XIX, o direito, no mundo, viveu a era das grandes codificações, que eram consideradas um completo conjunto de regras capazes de facilitar a imposição da ordem pública. Porém, essa noção de um código civil completo, alçado ao centro do universo jurídico, não se realizou em função das mudanças históricas das sociedades que passaram a viver em constante dinamismo, a partir do início do século XX.

⁶⁹ GRECO, Marco Aurélio. *IPTU - Progressividade*. In: Revista de Direito Tributário. n. 52, abr./jun., 1990. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 117 - 118.

Com a revolução industrial e a produção em série, que ocorreram a partir da metade do século passado, a velocidade das transações obrigou a criação de contratos não mais discutidos pelas partes, caso a caso, mas sim, de contratos-padrão com capacidade para se adaptar a diversas situações fáticas. No entanto, essa modificação no conceito tradicional de contrato, mostrou-se insuficiente para regular as atividades humanas, tendo em vista que, sem a possibilidade de discussão de suas cláusulas, ao contratante restava apenas aceitar as imposições do outro. Conseqüentemente, não se vislumbrava mais, a liberdade e a igualdade nos referidos contrato.

A seara contratual incoerente com a realidade, somada ao fato de o Código Civil não ser mais capaz de contemplar todas as hipóteses jurídicas, como de início, imaginado, produziram o despertar do intervencionismo estatal, realizado por intermédio dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Por conseqüência da atividade legislativa, surgiram outras normas isoladas e especializadas, como por exemplo, a Lei n^o 10.257/2001, denominada Estatuto da Cidade, que consolidou a noção de função social da propriedade. Dessa forma, não mais se sustentava o mono-sistema legislativo centralizado pelo Código Civil, que passou a dar lugar ao poli-sistema legislativo. Nos dizeres de Rodrigo Toscano de Brito:

São essas normas esparsas - como é o caso do Estatuto da Cidade - que deram origem à idéia dos denominados microssistemas legislativos, com organização e autonomia própria. Vale dizer, cada norma, especificamente, passou a cuidar de determinadas áreas, que se tornaram órfãs, em face do desenvolvimento da sociedade, e que o Código Civil, por si só, não foi capaz de acompanhar.⁷⁰

Certo, é que pelo fato do Código Civil não mais exercer a função centralizadora do universo jurídico, passando a coexistir com outras normas específicas, operou-se a necessidade do surgimento de uma norma fundamental, capaz de determinar as principais diretrizes e evitar a colisão entre as normas do mesmo micro-sistema, papel que, nesse cenário, foi desempenhado pela Constituição Federal. Por conseguinte, a Constituição Federal em vigor, passou a tratar de temas como obrigações, sucessões, família e notadamente, direito de propriedade e função social, quando outrora tinha potencial apenas para tratar da

⁷⁰ BRITO, Rodrigo Toscano de. *"Desapropriação Judicial" e Usucapião Coletivo: uma Análise Comparativa*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7*. São Paulo: Método, 2008, p. 122.

organização estatal. Em suma, hodiernamente, no Brasil, convive-se com a noção de Direito Civil-Constitucional, que se origina de toda essa evolução histórica e jurídica. Por derradeiro, oportuno demonstra-se o esclarecimento de Luiz Edson Fachin, para quem:

O que está hoje na Constituição distancia-se, por certo, dos ideais albergados na codificação civil. A seu tempo, congruente com essa conformação, a moldura jurídica da propriedade, veiculada pelo Código Civil brasileiro, atendeu plenamente aquela quadra de valores ao centrar-se nas idéias de circulação e de pertença; com a primeira engendrou a disciplina dos contratos e das obrigações e, com a segunda, edificou o regime dos direitos reais, subordinando ambos a um estatuto cujo acesso somente facultou aos que podem contratar e possuir.⁷¹

3. 5. 1 Histórico Constitucional

Todas as constituições brasileiras trataram do direito de propriedade. As de 1824 (império), 1891 (república) e a de 1937, não condicionaram a propriedade ao uso de acordo com o interesse da coletividade. A Constituição Federal de 1934 trouxe a primeira forma de relativização da propriedade por interesse social. A Constituição de 1946 condicionou a propriedade ao bem-estar social. A Constituição de 1967 foi a que conferiu função social à propriedade, de maneira expressa, porém, não estabeleceu o que deveria se entender como sendo a função social.

A Constituição atual é a mais completa acerca do tema. O inciso XXIII, do artigo 5º, inserido no Capítulo I (dos direitos e deveres individuais e coletivos), do Título II, (direitos e garantias fundamentais), dispõe que "a propriedade atenderá a sua função social". Também o artigo 170, já este inserido no Capítulo I (dos princípios gerais da atividade econômica), do Título VII (da ordem econômica e financeira), faz menção expressa ao instituto, quando dispõe: "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" . Ainda no mesmo Título, no Capítulo II (da política urbana), o §2º do art. 182 enuncia: "A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". O art. 186 trata

⁷¹ FACHIN, Luiz Edson. *Homens e Mulheres do Chão Levantados*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 371.

da propriedade rural, que estabelece: "A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: [...]". O art. 184 definiu a sanção para o descumprimento da exigência contida no art. 186: "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, [...]". Finalmente, o art. 182, § 3º, também estabelece a possibilidade de desapropriação de imóvel urbano, mas sem a exigência do cumprimento da função social, como no caso da propriedade urbana. Acerca do tema referente à desapropriação, conclui José Roberto Marques que a Constituição vigente, na esteira das Constituições de 1946 e 1967, não se limitou à desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mas, ainda, acrescentou o interesse social, cláusula mais ampla, como fundamento do controle legal do Estado sobre a propriedade privada.⁷²

3. 5. 2 O Estatuto da Terra

Sob a égide da Constituição Federal de 1946, foi editada a Lei nº 4.504 de 30.11.1964, que dispôs sobre o Estatuto da Terra. Ela não definiu a função social da propriedade, mas trouxe avanço ao fixar seus requisitos, previstos no art. 2º, § 1º, *in verbis*: "É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta lei. § 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 regula as justas relações de trabalho entre os que a possuem e cultivem". Em seu artigo 12, o Estatuto volta ao tema, estabelecendo que: "à propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta lei", complementando, no art. 13, que enuncia: "o Poder Público promoverá a gradativa

⁷² MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 335-339.

extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem sua função social".

3. 5. 3 Os Códigos Civis de 1916 e 2002

. O Código de 1916 traz, no caput do art. 524, o conceito indireto de propriedade e no art. 554, vislumbra, ao tratar do direito de vizinhança, o que seria um uso abusivo da propriedade, dispondo o seguinte: "O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam". Dispositivo correspondente no Código Civil de 2002 é o artigo 1277, que dispõe: "O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança". O Código Civil de 2002 traz evolução em relação ao seu antecessor, ao limitar o direito de propriedade, coadunando-se com a Constituição Federal de 1.988, quando estabelece, em seu artigo 1.228, inserto no Título III, Capítulo I (da propriedade em geral), Seção I (disposições preliminares) o seguinte: "O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas". O referido § 1º demonstra estar em conformidade com o princípio da função da propriedade, pois que seu uso deve se ajustar às necessidades da coletividade, mesmo que tais necessidades sejam apuradas de maneira indireta, como no caso da proteção do meio ambiente e uso racional e adequado dos recursos naturais (art.186, II, da Constituição Federal)".⁷³

Acerca do panorama legislativo atual que trata da função social, destaque-se a opinião de José Roberto Marques, para quem:

⁷³ Observa MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 341-342.

O Código Civil de 2002 apresenta, contudo, uma evolução, relativamente ao seu antecessor [...]. Essa evolução é tímida, mas está alavancada por norma hierarquicamente superior e mais completa. O Código Civil deveria ter sido mais eficaz na indicação do princípio da função social da propriedade, tal qual o fizeram o Estatuto da Terra o Estatuto da Cidade". [...]. Dada a timidez com que trata o assunto, o Código Civil não tem sido lembrado (deve-se considerar, também, que o atual é uma lei relativamente nova) quando se refere à função social da propriedade. A própria Constituição Federal - que deveria apenas tratar diretrizes - foi mais eficiente na previsão. Assim, não se pode dissociar a propriedade imóvel da função que lhe é atribuída, quer pela própria natureza do bem, quer pela previsão legislativa.⁷⁴

Prosseguindo no contexto, o jurista afiança que as normas existentes acerca do tema, são suficientes para a garantia do atendimento à função social da propriedade. Por suas palavras:

A lei não conceitua *função social da propriedade*, mas estabelece seus requisitos, o que permite perfeita compreensão do tema. [...]. A Constituição Federal e a legislação infraconstitucional permitem a aplicação do princípio da função social da propriedade, seja ela urbana ou rural. Para os casos residuais, com alusão à propriedade urbana em cidade que não tenha obrigatoriedade de elaborar plano diretor, aplicam-se as normas do Código Civil, o qual, embora mais amplo, permite igual interpretação. Assim, o quadro legislativo vigente é suficiente para garantir exigência de atendimento à função social da propriedade, qualquer que seja a natureza desta.⁷⁵

3. 5. 4 Normas Referentes ao Meio Ambiente

A proteção ao meio ambiente vem disciplinada na Constituição da República, no caput do artigo 225, além de outros artigos. *In 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".

A Lei n.º 4.771, de 15.09.1965, trata da obrigatoriedade relativa à preservação de florestas e demais formas de vegetação. Ela ressalta a importância, principalmente, das áreas de preservação permanente (artigos 2º e 3º) e da reserva legal (artigo 16).

A Lei n.º 6.938, de 31.08.1981, trata da Política Nacional do Meio Ambiente e traz em seu artigo 3º, item I, o conceito de meio ambiente: "o conjunto de condições,

⁷⁴ MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008, p. 342.

⁷⁵ Id., Op. cit., p. 352.

leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

A Lei n^o 8.171, de 17.01.1991, fixa os fundamentos, define os objetivos e as competências institucionais, prevê os recursos e estabelece as ações e instrumentos da política agrícola, relativamente às atividades agropecuárias, agroindustriais e de planejamento das atividades pesqueira e florestal, estabelecendo em seu artigos 3^o, item III, um dos objetivos: III - eliminar as distorções que afetam o desempenho das funções econômica e social da agricultura;

A Lei n^o 8.629, de 25.02.1993, dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. O artigo 2^o da referida lei, repete mandamento constitucional, estabelecendo que "A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9^o é passível de desapropriação [...]". O artigo 9^o possui o mesmo teor do artigo 186 da Constituição da República e da mesma forma enumera os requisitos da função social nos incisos I a IV.

3. 5. 5 O Estatuto da Cidade

Além de todas as normas descritas até aqui, foi editada a Lei n^o 10.257, de 10.07.2001, para tratar de diretrizes gerais da política urbana, denominada Estatuto da Cidade, que veio regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição da República. A lei estabelece, em seu artigo 39, *in verbis*:

"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. 2^o desta Lei".

A função social da propriedade urbana é diretriz trazida por esta lei, em seu artigo 2^o, que estabelece: "A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...]". O artigo 40 estabelece que o plano diretor deve ser aprovado por lei municipal e é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e os requisitos que limitam a obrigatoriedade de aprovação por parte dos municípios, estão previstos no artigo 41.

3. 6 Requisitos da Função Social da Propriedade Imobiliária e sua Aplicação no Direito Positivo Brasileiro

3. 6. 1 Da Propriedade Urbana

A propriedade imobiliária urbana integrada a anseios urbanísticos de atendimento à moradia, saneamento, infra-estrutura urbana de transporte, serviços públicos, lazer, etc, ou seja, ambientada numa cidade sustentável, nunca foi imaginada pelo legislador civilista de 1916, cuja concepção de propriedade era revestida de caráter absoluto e intangível. A evolução da humanidade e o aumento da população urbana, que passou de 9,40% no ano de 1900, para 81,23% no ano 2000, produziu uma carência de espaços urbanos, o que por sua vez importou na nova realidade em que se entende necessário, que a propriedade atenda sua função social, a fim de se evitar o estabelecimento de um caos urbano. Essa nova concepção social do instituto da propriedade, influenciou o legislador constituinte de 1988, que, então, introduziu na Carta Magna um capítulo para tratar da "Política Urbana" em que estabeleceu orientações urbanísticas, para que a propriedade fosse utilizada a serviço do bem coletivo.⁷⁶

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XXIII, que a propriedade deve atender a uma função social, sem, no entanto, fornecer o conceito desta função em nenhum de seus dispositivos. Todavia, o legislador constituinte tratou de estabelecer os requisitos para o cumprimento da função social urbana e rural, respectivamente, nos artigos 182 e 186 da Carta Magna, de modo a regulamentar o referido artigo 5º. Nessa direção, relativamente à propriedade urbana, o legislador constituinte delimitou uma política de desenvolvimento urbano, tendo por escopo a aplicação absoluta da função social da propriedade, procurando assim, garantir o bem-estar dos habitantes das cidades. Dessa forma, o artigo 182 da Constituição Federal dispõe, que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, *in verbis*:

⁷⁶ Esclarece WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Do Diálogo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à utilização da Propriedade*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v.7*. São Paulo: Método, 2008, p. 259 - 260.

Artigo 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.

Parágrafo 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.

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

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

Parágrafo 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica, para a 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.

Assevera Wagner Junior, que a partir do estabelecido no *caput* do referido artigo, pode-se concluir que a regulamentação do uso que se deve fazer da propriedade urbana, é elemento fundamental para que se implemente uma política urbana satisfatória. Da leitura do parágrafo primeiro, do referido artigo, verifica-se que o legislador constitucional achou por bem deixar a cargo de cada Município, a delimitação das diretrizes que deverão ordenar a política urbana local, por ocasião da elaboração de seu plano diretor. Diante da enorme diversidade de realidades urbanas regionais, diversas também serão as formas de atendimento à função social que a propriedade poderá desempenhar, de acordo com as particularidades de cada cidade do país, donde se pode concluir que a propriedade que não atender às exigências fixadas no plano diretor, elaborado pelo município a que pertence, não estará cumprindo sua função social.⁷⁷

O plano diretor é obrigatório para todas as cidades que possuem mais de vinte mil habitantes, devendo ser aprovado pela Câmara Municipal de modo a atender as diretrizes fixadas por lei federal, conforme disposto no inciso XX, do artigo 21, da magna carta, *in verbis*: "art. 21. Compete à União: XX - instituir

⁷⁷ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Do Diálogo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à utilização da Propriedade*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v.7. São Paulo: Método, 2008, p. 265.

diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;". O parágrafo segundo, do artigo 182, da Constituição Federal, impõe que a propriedade urbana estará cumprindo sua função social, quando atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade, que se encontram no plano diretor. O parágrafo quarto, do mesmo artigo, estabelece que o solo urbano não utilizado, subutilizado ou aquele sem edificação e que esteja localizado em área incluída no plano diretor, estará sujeito à atuação do Poder Público municipal no sentido de exigir seu aproveitamento adequado, que o fará em atendimento à lei federal prevista pelo legislador constituinte, que, posteriormente à promulgação da constituição, veio a ser sancionada sob o nº 10.257, no ano de 2001, oficialmente denominada Estatuto da Cidade. O mesmo parágrafo, ainda estabelece, as sanções para o descumprimento da função social da propriedade, em seus incisos I a III, sanções estas, que deverão ser aplicadas pela administração municipal de maneira progressiva, sendo a desapropriação prevista no inciso III, a medida mais extrema, posto que retira do proprietário o objeto de seu direito.⁷⁸ Oportuna a opinião de Flavio Tartuce e José Fernando Simão acerca do plano diretor, manifestada em lição pertinente ao direito de vizinhança. Em seus dizeres:

[...] não restam dúvidas de que o plano diretor é instrumento vital para a organização das cidades. Todavia, deve ficar claro que a sua ausência não afasta a possibilidade de verificação de que há ou não violação das normas regulamentares da vizinhança. Dentro dessa idéia, é sempre interessante que o aplicador do direito analise as questões relativas ao uso anormal da propriedade a partir dos problemas urbanos que são típicos de cada região do País. Em casos tais, a função social da propriedade deve servir de norte imperativo.⁷⁹

A edição do Estatuto da Cidade representou um marco para o desenvolvimento do Direito Urbanístico, por tratar-se de importante instrumento de implementação de políticas públicas referentes à propriedade urbana. Com o referido diploma, surgiram condições para se estabelecer obrigações ao proprietário do solo urbano, como também surgiram instrumentos aptos a evitar a retenção do solo com finalidade meramente especulativa. Outrossim, conforme opinião de

⁷⁸ Conforme resumem GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 55 - 56.

⁷⁹ TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *O Direito de Vizinhança no Código Civil de 2002. Questões Controvertidas*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 203.

Adilson Dallari, passaram a existir "meios de captar recursos financeiros para custear a correção dos desvios ou das conseqüências nefastas do processo descontrolado de urbanização".⁸⁰

O Estatuto da Cidade regula de maneira expressa, em seu artigo 1º, parágrafo único: "[...] o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental". Vale dizer, que o legislador vinculou o uso da propriedade em prol da coletividade, à regulamentação da política urbana, pois que, sendo a moradia uma preocupação urbanística, ao disciplinar-se a forma de utilização da propriedade, esta pode tornar-se um meio de aplicação de políticas habitacionais.

O artigo 2º, da referida lei, estabelece as diretrizes gerais da política urbana e em seu inciso VI, dispõe, *in verbis*, sobre ordenação e controle do uso do solo:

VI - ordenação e controle do uso de solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

A respeito do alcance do referido artigo, comenta Wagner Junior, que:

Novamente, aqui, a flagrante preocupação com o uso do solo e a utilização da propriedade urbana. A concentração de propriedades urbanas nas mãos de pequenos grupos privilegiados fez com que grande parcela da população, às margens do processo produtivo, fosse obrigada a adotar ações clandestinas para conseguir um local para habitar. Invasões de imóveis públicos, construções irregulares, ocupações em áreas não aptas para a moradia são realidades cada dia mais freqüentes nas grandes cidades. O Estado, representado em especial pelos governos municipais, não poderia mais fazer vistas grossas em face dessa verdade. Há, então, a necessidade flagrante de se implantar normas especiais de urbanização, que visam a tutelar o cenário acima exposto, promovendo a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.⁸¹

⁸⁰ DALLARI, Adilson Abreu. *Solo Criado: Constitucionalidade da Outorga Onerosa de Potencial Construtivo*. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *DIREITO URBANÍSTICO E AMBIENTAL*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 29.

⁸¹ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Do Diálogo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à utilização da Propriedade*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo.

Destaque-se como de igual importância para que o Estatuto da Cidade possa alcançar seus objetivos, seu artigo 5º, que dispõe: "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". O dispositivo legal fixa, em seu inciso I, do parágrafo 1º, que será considerado um imóvel subutilizado, aquele cujo aproveitamento for inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação que dele decorra. Demonstram-se, ainda, verdadeiramente úteis para que se utilize a propriedade em conformidade com a implementação de uma política urbana aceitável, os capítulos do Estatuto que tratam da Usucapião especial de imóvel urbano, do Direito de Superfície e do Direito de Preempção.⁸² Em conclusão acerca da aplicação da referida legislação infraconstitucional, relevante a lição de Adilson Dallari, para quem:

[...] o Estatuto da Cidade não é uma lei federal, no sentido de ser uma lei aplicável apenas ao aparelho administrativo da União: o Estatuto da Cidade é uma lei nacional, que estabelece normas gerais de observância obrigatória por todos os jurisdicionados do estado brasileiro. Não há qualquer possibilidade, portanto, de que o Município atue em descompasso com as normas gerais contidas no Estatuto da Cidade. A legislação municipal de uso e ocupação do solo, muito especialmente a Lei do Plano Diretor, deve orientar-se pelas diretrizes estabelecidas no art. 2º da Lei nº 10.257/01 [...].⁸³

3. 6. 2 Da Propriedade Rural

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 186, enquanto extensão do artigo 5º, inciso XXIII, estabelece os requisitos para o cumprimento da função social da propriedade rural, *in verbis*:

Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 267.

⁸² WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Do Diálogo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à utilização da Propriedade*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 268.*

⁸³ DALLARI, Adilson Abreu. *Solo Criado: Constitucionalidade da Outorga Onerosa de Potencial Construtivo*. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *DIREITO URBANÍSTICO E AMBIENTAL*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências 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.

Da leitura do referido artigo é possível concluir-se que o direito individual do proprietário está subordinado a interesses outros, não patrimoniais, mas sim, existenciais, que como tal importam a todas as pessoas em detrimento da pessoa do proprietário. De tal sorte, a propriedade só estará protegida, se o proprietário rural atender a todos os requisitos previstos no artigo, simultaneamente, e, em sendo assim, todas as normas que tratam da propriedade rural devem ser interpretadas à luz deste artigo. Nesses termos, conforme entendimento de Guilherme Calmon, não obstante o que infere a leitura do artigo 185, inciso II, da Constituição Federal, estabelecendo que a propriedade produtiva não é suscetível de desapropriação para fins de reforma agrária, ela pode sim, vir a ser objeto da desapropriação-sanção, se apesar de tratar-se de propriedade produtiva, vier a desatender algum dos requisitos do artigo 186, como por exemplo, se sua produtividade for alcançada por meio do desrespeito aos direitos trabalhistas, ou for baseada na exploração predatória do meio-ambiente, sendo que, desta forma, o pagamento da indenização devida ao proprietário seria realizado com títulos públicos, como previsto nesta modalidade de desapropriação. Bem assim, nas palavras do autor:

em que pese opiniões contrárias, baseadas na interpretação literal das disposições constitucionais, acreditamos que a melhor exegese da Constituição, utilizando a sua sistemática e a sua teleologia, conduz para o reconhecimento da possibilidade de desapropriação-sanção da propriedade produtiva, quando esta não estiver cumprindo sua função social.⁸⁴

Em complementação a esse pensamento, o autor, em co-autoria com Andrea Oliveira, propõe que "atualmente, o cumprimento da função social não se vincula exclusivamente ao aproveitamento econômico da terra, mas também ao

⁸⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, *Direitos Reais (direito das coisas)*. Parte I. Rio de Janeiro: FGV, 2001, P. 14-15. *Apud* Id; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 59 - 60.

cumprimento de regras relacionadas ao meio ambiente e à questão trabalhista",⁸⁵ havendo assim, uma maior preocupação com os interesses existenciais ante os interesses patrimoniais. Nesse mesmo sentido, pertinente expor a opinião de Gustavo Tepedino, para quem:

[...] o proprietário que, embora desempenhando função econômica relevante, desrespeita o meio ambiente perde a tutela constitucional que lhe é assegurada para sua propriedade privada, haja vista que o artigo 5º da Constituição, no qual se insere a propriedade como direito fundamental, a vincula à observância de uma função social.⁸⁶

Posição diversa ao entendimento dos referidos autores, é encontrada na jurisprudência pretoriana, cujas decisões convergem na direção em que a produtividade da terra em consonância com exigências legais, é bastante para descaracterizar a necessidade da sanção de desapropriação, mesmo que a propriedade não se submeta às normas referentes às questões trabalhistas e ambientais, o que, em tese, caracteriza o descumprimento da função social da propriedade. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

[...] 4. A jurisprudência do Tribunal considera indispensável que a notificação prevista no parágrafo 2º, do artigo 2º, da Lei n.º 8.629/93 seja feita com antecedência, de modo a permitir a efetiva participação do proprietário, ou de preposto por ele designado, nos trabalhos de levantamento de dados que tem por objetivo a determinação da produtividade do imóvel. A notificação que inaugura o devido processo legal tem por objetivo dar ao proprietário a oportunidade real de acompanhar os trabalhos de levantamento de dados, fazendo-se assessorar por técnicos de sua confiança, para apresentar documentos, demonstrar a existência de criações e culturas e fornecer os esclarecimentos necessários à eventual **caracterização da propriedade como produtiva e, portanto, isenta da desapropriação-sanção**. [...] (grifo nosso).⁸⁷

[...] 4. **Caracterizado que a propriedade é produtiva, não se opera a desapropriação-sanção - por interesse social para fins de reforma agrária** -, em virtude de imperativo constitucional (CF, art. 185, II) que excepciona, para a reforma agrária, a atuação estatal, passando o processo de indenização, em princípio, a submeter-se às regras constantes do inciso XXIV, do artigo 5, da Constituição Federal, "mediante justa e prévia indenização". [...] (grifo nosso).⁸⁸

⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, São Paulo: Atlas, 2008, p. 60.

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 59.

⁸⁷ BRASIL, STF, MS 24.547, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 23-04-2004, p. 00009.

⁸⁸ BRASIL, STF, MS 22.193, Relator Ministro MAURICIO CORREA, DJ de 29-11-1996, p. 47.160.

[...] **A propriedade produtiva** independentemente de sua extensão territorial e da circunstância de o seu titular ser, ou não, proprietário de outro imóvel rural, **revela-se intangível a ação expropriatória do poder público em tema de reforma agrária** (CF, art. 185, II), desde que comprovado, de modo inquestionável, pelo impetrante, o grau adequado e suficiente de produtividade fundiária [...] (grifo nosso).⁸⁹

Para ilustrar o cenário que se esboçou, vale expor a opinião de José de Oliveira Ascensão, em apoio à posição jurisprudencial adotada pelo S.T.F.. Para ele:

O exercício disfuncional implica a entrada em ação de novas regras. Dissemos já que a sanção paradigmática é a desapropriação por utilidade social. Mas há que reecer sempre sanções radicais, pois a experiência demonstra que são as menos aplicadas. E infelizmente, o setor agrário é um daqueles em que se atinge o ponto mais alto na desconformidade entre as previsões legais e a execução prática.⁹⁰

Outrossim, Guilherme Calmon e Andréa Oliveira argumentam, que a força e a imposição da funcionalização previstas no artigo 186, da Constituição Federal, não podem ser abrandadas através de uma interpretação literal do artigo 185, inciso II, da referida Carta ou mesmo de outro dispositivo, porque os princípios constitucionais encontram-se no topo do ordenamento, de maneira a reger a interpretação das demais normas jurídicas acerca do mesmo tema, levando em conta, ainda, que a interpretação da Constituição Federal deve ser realizada de maneira sistemática, de modo que o Princípio da Função Social da Propriedade sirva de parâmetro interpretativo de todo o ordenamento jurídico.⁹¹

Os requisitos da função social da propriedade previstos no artigo 186 da Constituição Federal, têm redação semelhante ao artigo 2º do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64). O referido diploma legal não alterou o conceito de propriedade privada, mas tratou, tão somente de estabelecer a desapropriação como um meio de corrigir injustiças sociais no campo. Porém, a desapropriação não se tratava de um dever do Estado, mas dependia da vontade política daqueles que detinham o poder, bem como da interpretação dos Tribunais, sendo que este sempre deu proteção à propriedade absoluta. Por essas razões e pela falta de interesse em dar efetividade

⁸⁹ BRASIL, STF, MS 22.022, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 04-11-1994, p. 29.829.

⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Propriedade de Bens Imóveis na Dialética do Abuso e da Função*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 36.

⁹¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61.

ao estatuto, por parte dos governantes impostos pela ditadura militar, instalada à época, no Brasil, a lei transformou-se em letra morta, incapaz de romper a tradição latifundiária da terra. A partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, fixou-se ao conceito de propriedade privada, o da função social que ela tem de desempenhar, sob pena de não receber proteção estatal. Porém, a resistência daqueles latifundiários, especuladores, etc, cujos interesses foram contrariados com o espírito da nova Lei maior, continuou a gerar interpretações de dispositivos normativos, de maneira a coroar o descumprimento da função social. Por conseguinte, verifica-se que o artigo 184 da Constituição Federal, que estabelece que "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 [...]", limitou o conceito de desapropriação, uma vez que cria uma causa - o descumprimento da função social - para aquilo que não necessita de causa, pois que, as razões para desapropriar são abertas no direito brasileiro. Além disso, o artigo determina que a competência exclusiva para desapropriar, com vistas à reforma agrária, é da União, sendo que no artigo 5º da Magna Carta, a competência é de qualquer esfera de poder.⁹²

Na opinião de Tourinho Neto, não haveria que se falar em desapropriação da terra que, pelo não uso, verifica-se improdutiva, pois, neste caso, deveria ocorrer a perda pura e simples da propriedade. Para tanto, sugere:

Se o proprietário da terra não a faz produzir, abandonando-a por um determinado espaço de tempo - por exemplo, dez ou quinze anos - perdê-la-ia para a União Federal. Não haveria necessidade de utilizar-se do instituto da desapropriação e, conseqüentemente, de pagar uma indenização. Critério justo, tendo em vista que o latifúndio improdutivo não pode ser meio de enriquecimento do proprietário que nada fez. Um ocioso, na verdade.⁹³

O autor, ainda argumenta, que sob a égide da Constituição da República de 1988, prevalece o instituto da função social com vistas ao atendimento do interesse social e não mais o **distributivismo** da terra, para alcançar a justiça social, como referido na Constituição revogada. (grifo nosso). Por conseguinte, a reforma agrária não

⁹² Esclarecem GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 61- 63.

⁹³ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Legitimidade dos Movimentos Populares no Estado Democrático de Direito - As ocupações de Terras*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184.

está mais atrelada à idéia de se repartir o latifúndio para distribuí-lo, pois sendo ele produtivo, estará cumprindo sua função social, não sendo passível, portanto, de desapropriação. Acerca desse aspecto, o jurista conclui que não se quer tirar a terra daquele que a tem e a faz produzir, simplesmente para dar àquele que não tem, mas o que se deseja é privar da terra aquele que não tem intenção de fazê-la produzir, em prol de outros com disposição para nela trabalhar e assim gerar riquezas em benefício próprio e da coletividade.⁹⁴

3. 7 Da Propriedade em Geral Positivada no Código Civil

Com a edição do Código Civil de 2002, verificou-se que o legislador civilista não pôde ficar indiferente à evolução histórica ocorrida no conceito de propriedade, já assimilada pela Constituição da República de 1988 e pelo Estatuto da Cidade de 2001. Conseqüentemente, no novo diploma civil, a propriedade perdeu seu caráter absoluto, sustentado pelo Código Civil de 1916, passando a suportar limitações e regras relativas à sua livre utilização. O Código Civil em vigor, não faz referência ao artigo 182, da Constituição Federal, porém, certamente sob sua influência, também procurou evidenciar a propriedade relacionada a uma preocupação com a sociedade e com os valores existenciais das pessoas que a integram, em prejuízo dos interesses patrimoniais e do conceito de autonomia da vontade do proprietário. Nessa direção, enquanto que o artigo 524, do Diploma de 1916, trazia a intenção de defesa da propriedade, ao estabelecer que "a lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens" e, ainda ao autorizar que este pudesse reavê-los do poder de quem injustamente os possuísse, verifica-se que o artigo 1.228 do Código Civil de 2002, que é o dispositivo legal correspondente ao artigo 524 do código revogado, substituiu a expressão "a lei assegura ao proprietário", - de conteúdo jusnaturalista, onde a norma se limita a reconhecer o poder a ela preexistente - pela expressão "o proprietário tem a faculdade", mais coerente com a noção de limitação dos poderes do proprietário, donde se pode concluir que a lei não garante mais, ao proprietário, o incondicional uso, gozo e disposição da coisa.

⁹⁴ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Legitimidade dos Movimentos Populares no Estado Democrático de Direito - As ocupações de Terras*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 184, 187.

Ressalte-se, que este artigo 1.228, introduziu as principais inovações relativas ao direito de propriedade, assim dispostas nos seus cinco parágrafos.

No parágrafo 1º, do referido artigo, verifica-se que o legislador submeteu o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, com o objetivo de buscar a tutela constitucional da função social, e assim, impor um conteúdo jurídico ao aspecto funcional da propriedade. Verifica-se, ainda, que o Código Civil não fixa o que são os interesses sociais e economicamente relevantes, visto que estes estão atrelados a fatores históricos e geográficos relevantes ao caso concreto.

A livre utilização da propriedade também sofre limite no parágrafo 2º, do artigo em comento, na medida em que repele atos do proprietário que não lhe trazem comodidade ou utilidade e tenham intenção de prejudicar terceiros, verificando-se, neste caso, a idéia do legislador em subordinar o interesse privado ao coletivo, desautorizando atos mesquinhos e prejudiciais a outros indivíduos.

Já o parágrafo 3º, do artigo 1.228, estabelece situações justificadoras da maior interferência relativa à propriedade, ou seja, a privação da coisa, possibilitada pela desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como, pela requisição nos casos de perigo público iminente. Vale dizer, que o dispositivo trouxe a possibilidade mais drástica possível, qual seja, a de se retirar o patrimônio do titular, para empregar à propriedade, destinação que atenda às necessidades sociais de determinada comunidade.

Finalmente, os parágrafos 4º e 5º, do mesmo artigo 1.228, do Código Civil em vigor, também trazem a idéia de função social, ao estabelecer que numa ação de reivindicação do imóvel, o proprietário poderá ser privado de sua propriedade, se esta não estiver observando as normas constitucionais que tratam da função social do instituto. Desta forma, realizadas obras e serviços na propriedade, que venham a ser consideradas pelo juiz, como de interesse social e econômico relevante e, mediante pagamento de indenização ao proprietário, os possuidores poderão tornar-se proprietários, assemelhando-se tal expropriação a uma desapropriação privada.⁹⁵ Ressalte-se, que na mesma medida em que o legislador protege o direito de propriedade, confere limitação de atendimento à função social. Nesse diapasão, se o

⁹⁵ Conforme argumentam GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 57- 58.

bem não atinge sua função social, o proprietário ocioso não será merecedor de exercer seu direito e dessa forma, não poderá ver sua propriedade restituída. Comungando desta tese, o Conselho da Justiça Federal firmou posição na IV Jornada de Direito Civil, através do enunciado 306 que concluiu: "Enunciado 306 - Art. 1.228. A situação descrita no § 4º do art. 1.228 do Código Civil enseja a improcedência do pedido reivindicatório". Demonstrando consonância ao presente enunciado, pertinente expor o comentário de Christiano Cassetari:

Concorda-se, integralmente, com o referido enunciado, haja vista que se ocorrerem os requisitos descritos no dispositivo ora analisado, verifica-se a negligência do dono do imóvel que não deu, a ele, a devida função social, motivo pelo qual restaria esvaziado o conceito de propriedade, o que impediria que o reivindicante retornasse à titularidade do direito real de propriedade.⁹⁶

Denominada por parte da doutrina como **usucapião anômala** ou ainda **desapropriação anômala**, para Henrique Geaquinto Herkenhoff, mais apropriada se mostra a primeira expressão. (grifo nosso). De acordo com o autor, neste caso reconhece-se contra o proprietário, uma posse que não adveio dele mesmo e não possui outro fundamento legal, o que resulta numa proteção jurídica atribuída não só independentemente do domínio, mas contra o domínio e conclui que:

[...] na hipótese de *usucapião anômala*, o proprietário pode ser privado da coisa ainda que a faça cumprir sua função social, e mesmo que não estejam reunidos os requisitos para a aquisição do domínio pela usucapião propriamente dita: ele simplesmente não poderá haver ou reaver a coisa, e a ação resolver-se-á em indenização. Não se atribui ao possuidor o domínio sobre a coisa, não se nega a quem a reivindica o seu direito de a ter para si; apenas se diz que sua propriedade é legítima, socialmente útil e até protegida, mas deverá ser parcialmente sacrificada. Posse e domínio, neste caso, foram postos como valores independentes, em conflito supralegal - antagonismo que o legislador resolve em favor da posse ou da propriedade, conforme a que for *mais útil*. O critério para a entrega da coisa não é o *melhor direito*, mas a *mais importante função social*. (grifo do autor).⁹⁷

Por derradeiro, constata-se a mudança de pensamento do legislador civilista de 2002, ao comparar-se o artigo 1.231 com o artigo 527, do Código Civil revogado, pois, enquanto na sistemática anterior o artigo prescrevia que "o domínio presume-

⁹⁶ CASSETTARI, Christiano. *Uma Análise do Instituto Descrito no Art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 112.

⁹⁷ HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *A função Social da Posse e a Usucapião Anômala*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008, p. 319 - 320.

se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário", na redação em vigor lê-se que "a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário". Assim sendo, nota-se que a substituição da expressão "ilimitado", pela locução "plena", serviu para abrandar o caráter absoluto do instituto da propriedade. Acerca da atual legislação civil sobre a propriedade e o atendimento à função social, Wagner Junior conclui que:

[...] o legislador civilista de 2002 quis deixar claro que passam a existir outros limites ao domínio que não apenas aqueles decorrentes dos direitos de vizinhança e das servidões. Há que se afirmar, categoricamente, que preocupações urbanísticas devem ser apresentadas como exemplos desses limites.⁹⁸

3. 8 Função Social da Posse

Historicamente, a idéia de posse é anterior à noção de propriedade. Pela ordem cronológica, a propriedade começou pela posse que dava ensejo à aquisição da propriedade, por meio da usucapião. Hoje, o direito Civil trata a posse como um atributo da propriedade, separado do elemento *animus dominantis*, exigido apenas para a posse aquisitiva de domínio, além de reconhecer uma categoria de posse com existência e tutela próprias. A posse vinculada à propriedade é um fato jurídico relevante, enquanto que a posse, como conceito autônomo, deve ser considerada um direito.

O Código Civil de 2002 não conceitua o instituto da posse. Em seu artigo 1.196, o Código define o possuidor como sendo aquele que exercita de fato, algum dos poderes inerentes à propriedade, como também o fazia seu antecessor de 1.916, porém, sob a vigência do último, a posse só seria tutelada no caso em que houvesse o aproveitamento econômico do bem.

Atualmente, existe uma mudança de paradigma pelo sentido social da posse em que se busca considerar os princípios da dignidade da pessoa humana e os direitos à moradia e ao trabalho. Por essa ótica, não se pode mais considerar que os direitos dos proprietários e dos possuidores de fato estejam num mesmo nível, ao

⁹⁸ WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Do Diálogo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à utilização da Propriedade*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7*. São Paulo: Método, 2008, p. 269.

analisar-se, em especial, o artigo 5º, XXIII, da Constituição Federal de 1988, que exige que a propriedade atenda à função social. Verifica-se, assim, essa mudança de paradigma, na própria Constituição da República que estabelece em seus artigos 183 e 191, o reduzido prazo aquisitivo de domínio de cinco anos, para exercício da posse, no caso da usucapião rural e urbana. De igual forma, o Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/01 instituiu a usucapião coletiva, além do Código Civil de 2002, que reduziu poderes do proprietário e prazos aquisitivos da propriedade pela posse continuada, criando dessa forma, novos direitos reais, como o de superfície.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade, porém, não estabelece expressamente essa garantia, em relação à posse. Apesar disso, do mesmo modo que a propriedade, a doutrina majoritária infere que a posse também deve cumprir uma função social, sob pena de não fazer jus à tutela estatal, bem como, que a disciplina e tutela jurídica se perfazem de maneira indireta, posto que a posse representa a efetivação do princípio da função social da propriedade. Nessa medida, assevera Elaine Harzheim Macedo, que:

[...] a função social da propriedade se encontra assentada no exercício dos poderes inerentes à propriedade, espaço onde se realiza, por excelência, a posse. Posse e propriedade caminham ou devem caminhar juntas. É o exercício da posse que enobrece, que enaltece, que consagra, que realiza a verdadeira função social da propriedade, concretizando, também, os fundamentos da República Federativa do Brasil, via de consequência. De sorte que não há nenhuma impropriedade ao concluir-se que a Constituição de 1988 não só consagrou a propriedade como direito fundamental, mas no mesmo patamar tutelou em igual hierarquia a posse [...].⁹⁹

Tradicionalmente, considerava-se a posse vinculada à propriedade de maneira indissociável, outrossim, só haveria posse se houvesse propriedade e vice-versa. De tal sorte, a posse atuava como garantia do próprio direito de propriedade. Posto que a posse reveste-se de uma aparência de propriedade, em que o possuidor pratica atos condizentes ao de um proprietário, mesmo que assim não o seja, há de se reconhecer também, a posse de maneira autônoma, que por este prisma reflete uma forma de conceber uma sociedade mais livre, justa e solidária. Por esse viés, ao reconhecer-se a posse autônoma, deve haver o reconhecimento de sua função social e a tutela ao direito de possuir, a fim de dar atendimento ao

⁹⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. *Função Social da Posse ou Posse como Função Social? Uma Questão de Exigibilidade de Direito Fundamental frente à Constituição*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 408.

acesso à moradia, a terras para o plantio e conseqüentemente proporcionar dignidade às pessoas. A esse respeito, esclarecem Guilherme Calmon e Andréa de Oliveira:

A função social da propriedade e a função social da posse, na verdade, são os dois lados de uma mesma moeda. A posse, como conteúdo, é indispensável à propriedade para que esta cumpra sua função social e receba a proteção do sistema. A posse em si mesma é importante para a sociedade, pois é através dela que o homem pode atender a suas necessidades vitais, como a moradia e o cultivo (trabalho rural).¹⁰⁰

Segundo o entendimento de Renato Duarte Franco de Moraes, as razões pelas quais, o legislador confere proteção à posse, são as de evitar conflitos e o eventual uso da violência, com o objetivo de manter a paz social. Para tanto, elegeu-se o critério de proteger a posse por ser um desdobramento da propriedade, ou seja, defende-se a aparência de propriedade, aquilo que parece estar de acordo com o direito. "Em suma, o bem jurídico inicialmente tutelado com a defesa da posse é o exercício fático das posições jurídicas do domínio. Com isso, defende-se mediatamente a paz social"¹⁰¹. Para o autor, caso o entendimento consistisse no sentido de se proteger a pessoa do possuidor, conforme a teoria clássica de Savigny, a conclusão seria de que o instituto da posse teria uma função social restrita. Assim como, se a proteção da posse fosse entendida apenas como forma de se evitar a violência, a função social ficaria reduzida apenas a isto, à defesa contra atos violentos. Por conseguinte, demonstrando o autor sua preferência pela teoria de Jhering, em que o domínio só exerce sua função por completo quando devidamente complementado pela posse, conclui sua argumentação afirmando que:

Todavia, sendo a posse protegida por ser um desdobramento da propriedade, é evidente que a função social prevista na Constituição, inicialmente aplicável apenas ao domínio, deve incidir também à posse. De fato, não há razão para que se exija uma série de deveres de quem se encontra no exercício de todas as posições jurídicas inerentes ao domínio e não fazer o mesmo de quem exerce essas posições, ou a maioria delas, no plano fático.¹⁰²

¹⁰⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 64-65.

¹⁰¹ MORAES, Renato Duarte Franco de. *A Função Social da Posse*. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil - Direito Patrimonial. Direito Existencial*. São Paulo: Método, 2006, p. 579.

¹⁰² Id., Op. cit, p. 579.

Avançando um pouco mais acerca do tema, conveniente expor a opinião de Fredie Didier Junior, no sentido de que, para que o proprietário possa cumprir a função social da propriedade ele necessita possuir o bem. Vale dizer, "a posse é, pois, o *instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da propriedade*." (grifo do autor).¹⁰³ Contrário senso, para o autor, o possuidor não terá direito à tutela processual, quando sua posse não estiver sendo exercida de acordo com os deveres constitucionais que lhe são impostos, arrematando que:

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da *função social*. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à *reconstrução* do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser *iluminado* pela exigência de observância da *função social da propriedade*. (grifo do autor). [...] É preciso, portanto, reestruturar e reler a tutela processual da posse à luz do novo regramento constitucional dos direitos reais, mormente no que se refere à exigência de observância da função social da propriedade.¹⁰⁴

Por derradeiro, de modo a concluir o assunto desenvolvido, oportunas são as palavras de Elaine Harzheim Macedo, acerca da posse condicionada ao atendimento da função social:

É este grau de condicionalidade, sutil, mas não desimportante à luz da Constituição, que cumpre ao operador do direito, nas peculiaridades do caso concreto, investigar e desvelar ao efeito de fazer preponderar qual o valor constitucional a ser eleito e concretizado, prestando a efetiva tutela jurisdicional, já que a escolha não estará mais pautada tão-somente entre a propriedade e a posse, até porque ambas são acolhidas constitucionalmente, mas qual dos institutos estará, por excelência, atendendo com maior propriedade e eficiência a função social.¹⁰⁵

¹⁰³ DIDIER JUNIOR, Fredie. *A função Social da Propriedade e a Tutela Processual da Posse*. In: Revista de Processo, v. 33, n. 161, jul. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 17.

¹⁰⁴ Id., Op. cit., p. 18 - 19.

¹⁰⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. *Função Social da Posse ou Posse como Função Social? Uma Questão de Exigibilidade de Direito Fundamental frente à Constituição*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 409.

CONCLUSÃO

A propriedade evoluiu da concepção de outrora de um direito individualista e absoluto, disciplinado apenas pelo Direito Civil, para transformar-se em instituto publicizado, tratado pelo Direito Público.

Pensadores do século XIX passaram a elaborar questionamentos de cunho social, em que repudiavam a exploração do homem pelo próprio homem e da propriedade usada em contraposição ao bem comum. A partir de então, a visão individualista da propriedade passou a ser repensada.

Decorrente natural dessa evolução restou o surgimento da idéia de que a propriedade deve ter sua utilização funcionalizada para o interesse comum. Nessa medida, o entendimento de que a propriedade deve atender a uma função social começou a ganhar forças, passando a integrar as constituições de diversos países, no século XX.

No Brasil, a primeira referência à índole social da propriedade veio através da Constituição Federal de 1934, mas foi a Constituição promulgada em 1967, em pleno regime de exceção, que conferiu função social à propriedade, de maneira expressa.

A atual Constituição Federal é a mais completa acerca do tema, pois vincula a propriedade ao atendimento da função social como princípio fundamental, assegurado enquanto direito individual e como instituição da ordem econômica. A Carta Magna estabelece os requisitos para que a propriedade cumpra a função social e, ainda, determina a sanção de desapropriação de determinada propriedade que não cumpra com sua função. De tal sorte, deduz-se que a propriedade foi concebida constitucionalmente como instrumento de garantia da liberdade individual contra a intrusão das esferas do poder estatal, além de servir como meio para alcançar os anseios de igualdade social e solidariedade coletiva.

O Direito Civil não ficou indiferente às transformações havidas no conceito tradicional de propriedade. Sendo assim, o legislador civilista de 2002 positivou tais mudanças de forma a evidenciar a propriedade relacionada a uma preocupação com a sociedade e com os valores existenciais das pessoas que dela participam. Por conseguinte, pode-se asseverar que a propriedade atual permanece sendo um direito de usar, gozar e dispor do bem, mas que deve ser exercido de maneira a

satisfazer sua destinação, sendo, portanto, um direito que tem por propósito atender ao bem comum e aos ditames de justiça social.

Relativamente à propriedade rural, a função social traduz-se como seu princípio caracterizador, na medida em que a terra é bem de produção por excelência. Assim é, que a aplicação da função social enseja novo sentido ao imóvel rural, posto que sua exploração econômica passou a ser mais importante do que sua titularidade dominial. Parte significativa da doutrina pátria acredita que a caracterização da propriedade como improdutiva, não exaure os casos de desatendimento à função social, que podem ocorrer em razão de outras situações. Contudo, a jurisprudência pretoriana, demonstra posição diversa deste entendimento, dirigida no sentido de que a produtividade da terra, em consonância com exigências legais, é bastante para descaracterizar a necessidade da sanção de desapropriação.

No tocante à propriedade urbana, a Constituição Federal determina a edição de plano diretor, por parte dos municípios, a fim de estabelecer as diretrizes para fixação da função social a ser alcançada, conforme as particularidades a vencer de cada região metropolitana, bem como, também são determinadas pelo plano, as sanções para o caso de descumprimento da função social.

Do mesmo modo que a propriedade, entende-se que a posse deve cumprir uma função social, sob pena de não fazer jus à tutela estatal, posto que a posse representa a efetivação do princípio da função social da propriedade.

A Constituição da República e a legislação infraconstitucional demonstram-se suficientes para a aplicação do princípio da função social da propriedade, seja ela urbana ou rural. Nos casos de propriedade urbana situada em cidades em que não haja obrigatoriedade de elaboração de plano diretor, devem ser aplicadas as normas do Código Civil. Nesse contexto, entende-se que o quadro legislativo em vigor, impõe ao Estado o compromisso de dar efetividade ao princípio da função social da propriedade, cumprindo, desta forma, com os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3º, da Carta Magna, bem ainda, impõe especificamente ao Poder Judiciário uma postura mais ampla e coerente com as transformações recentes, de modo a tutelar não "um direito à propriedade", mas "um direito de propriedade" assim entendido como o direito, que cada indivíduo deve ter, a um lugar próprio para habitar e desenvolver-se, viver suas relações afetivas e familiares, tirar da terra seu sustento, enfim, direito a ter uma existência digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A Propriedade de Bens Imóveis na Dialética do Abuso e da Função*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7*. São Paulo: Método, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*. In: Revista de Direito Público, n. 84, out./dez., 1987. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BARBOSA, Osmar. *Grande Dicionário de Sinônimos e Antônimos*. 19 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. *Função Social da Propriedade*. Jus Navigandi. Acesso em 19.08.2010. disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id=7164>.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Função Social da Propriedade*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. n. 25-26, jan./dez., 1986. São Paulo: Ministério Público.

BRASIL, STF, MS 22.022, Relator Ministro CELSO DE MELLO, DJ de 04-11-1994.

BRASIL, STF, MS 22.193, Relator Ministro MAURICIO CORREA, DJ de 29-11-1996.

BRASIL, STF, MS 24.547, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, DJ de 23-04-2004.

BRITO, Rodrigo Toscano de. *"Desapropriação Judicial" e Usucapião Coletivo: uma Análise Comparativa*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas, v. 7*. São Paulo: Método, 2008.

CASSETTARI, Christiano; *Uma Análise do Instituto Descrito no Art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder, *Direitos e Deveres em Matéria de Propriedade*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COTRIM, Gilberto. *História Global*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Solo Criado: Constitucionalidade da Outorga Onerosa de Potencial Construtivo*. In: DALLARI, Adilson Abreu; DI SARNO, Daniela Campos Libório. *DIREITO URBANÍSTICO E AMBIENTAL*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. 7 ed., v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *A função Social da Propriedade e a Tutela Processual da Posse*. In: Revista de Processo, v. 33, n. 161, jul. 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. *A Função Social do Direito Privado*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Homens e Mulheres do Chão Levantados*. In: _____. _____. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FERNANDES, Francisco. *Dicionário de Verbos e Regimes*. 44 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. 3 ed. Positivo, 2004.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andrea Leite Ribeiro de. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____, *Direitos Reais (direito das coisas)*. Parte I. Rio de Janeiro: FGV, 2001, P. 14-15. *Apud* _____; _____. In: _____. _____. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; ANDRIOTTI, Caroline Dias. *Breves Notas Históricas da Função Social no Direito Civil*. In: _____. _____. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GRAU, Eros Roberto. *Solo Criado*. In: Revista de Direito Imobiliário. n. 51, jul./dez., 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO, Marco Aurélio. *IPTU - Progressividade*. In: Revista de Direito Tributário, n. 52, abr./jun., 1990. São Paulo: Malheiros, 1990.

GUEDES, Jefferson Carús. *Função Social das "Propriedades": da Funcionalidade Primitiva ao Conceito Atual de Função Social*. In: ARRUDA ALVIM et. al. *Aspectos Controvertidos do Novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. *A função Social da Posse e a Usucapião Anômala*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.

LEO HUBERMAN, *História da Riqueza do Homem*, p. 109. *Apud* RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008.

LUFT, Celso Pedro. *Dicionário Prático de Regência Nominal*. 5 ed. São Paulo: Ática, 2010.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Função Social da Posse ou Posse como Função Social? Uma Questão de Exigibilidade de Direito Fundamental frente à Constituição*. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *A Propriedade no Código Civil de 2002: Principais Limitações e Renúncia*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.

MARQUES, José Roberto. *Função Social da Propriedade: Constituição Federal*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008.

MATTIETTO, Leonardo. *Propriedade, Diversidade e Função Social*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.

MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 103. Apud GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Andréa Leite Ribeiro. *Função Social da Propriedade e da Posse*. In: Idem. *Função Social no Direito Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Renato Duarte Franco de. *A Função Social da Posse*. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil - Direito Patrimonial. Direito Existencial*. São Paulo: Método, 2006.

RIBEIRO, Sergio Luiz. *Reflexões sobre o Direito de Propriedade e sua Função Social*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et. al. *Código Civil. Análise Doutrinária e Jurisprudencial*. São Paulo: Método, 2008.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. *Princípios Sociais Contratuais*. In: TARTUCE, Flavio; CASTILHO, Ricardo. *Direito Civil - Direito Patrimonial. Direito Existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *O Direito de Vizinhança no Código Civil de 2002. Questões Controvertidas*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo, *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *A Função Social da Propriedade e o Meio Ambiente*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.

TERRA, Ernani. *Minigramática*. 10 ed. São Paulo: Scipione, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O Contrato e sua Função Social*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Legitimidade dos Movimentos Populares no Estado Democrático de Direito - As ocupações de Terras*. In: STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Do Diálogo entre o Código Civil e o Estatuto da Cidade quanto à utilização da Propriedade*. In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. *Novo Código Civil. Questões Controvertidas. Direito das Coisas*, v. 7. São Paulo: Método, 2008.