



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

LÍVIA BASTOS FURTADO

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

FORTALEZA – 2008

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFCE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor João Luís Nogueira Matias

LÍVIA BASTOS FURTADO

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFCE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Doutor João Luís Nogueira Matias.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. João Luís Nogueira Matias
Universidade Federal do Ceará

Professor Livre Docente Raimundo Bezerra Falcão
Universidade Federal do Ceará

Professor Daniel Gomes de Miranda
Universidade Federal do Ceará

Fortaleza, 27 de Novembro de 2008.

*À minha família, especialmente meus pais, meus Irmãos,
e minha Avó, presentes em todos os
momentos difíceis, mas também nos mais maravilhosos,
pelo carinho infinito e pelo eterno apoio.*

Aos meus amigos, com quem compartilho diariamente a alegria de viver.

A Moisés, com todo o amor que nos une.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, devo agradecer à Universidade Federal do Ceará, instituição a quem estive ligada por mais de quatro anos e onde pude adquirir o conhecimento que me fez executar este trabalho.

Como não poderia deixar de ser, devo demonstrar a minha especial gratidão ao professor João Luís Nogueira Matias que me orientou neste trabalho e durante toda a Academia, dando-me sugestões que sempre busquei acatar. Agradeço, ainda, aos professores Daniel Miranda e Raimundo Bezerra Falcão por terem assumido, tão prontamente, o compromisso de participar da banca examinadora, mostrando ter verdadeiro comprometimento com a atividade acadêmica. A este devo agradecer, sobretudo, pela especial atenção e confiança que em mim depositou durante o período em que fui sua monitora na cadeira de Filosofia de Direito. As suas orientações me seguirão por toda a vida.

A gratidão pela minha família é algo tão grande que torna difícil expressá-la em palavras. Sem a determinação da minha mãe que, diante das adversidades da vida, conseguiu concluir a sua graduação em Direito, e sem o espírito empreendedor do meu pai, eu não teria tido acesso à excelente educação de que dispus. Liana, minha irmã, que sempre me apoiou e orientou na vida acadêmica. Max Cid, meu irmão caçula, que sempre nos surpreende com a sua alegria e com as suas demonstrações de carinho. Laís, minha sobrinha, que em seus dois meses de vida já cativa a todos com o seu amor puro. Vovó Zélia, maravilhosa e jovial, com quem sempre compartilhei as minhas alegrias e frustrações.

Para finalizar estes agradecimentos, sou grata aos meus amigos. Ao lado deles, vivi momentos inesquecíveis que, espero, sejam apenas a prévia dos que ainda hão por vir. Mas, é preciso fazer especial menção a um deles, Moisés, meu amigo e companheiro fiel. Sempre ao meu lado ele esteve, dando-me apoio, carinho, compreensão e, sobretudo, muito amor. Com ele, dividi muitas dificuldades e muitas felicidades e é ao lado dele que espero passar toda a minha vida.

RESUMO

O presente trabalho visa realizar uma abordagem da evolução histórica do direito de propriedade, para desenvolver uma releitura do conceito de propriedade que atenda aos ideais de solidariedade consagrados na Constituição Federal de 1988, cuja essência consistiria na concretização da sua função social. Inicialmente, buscou-se estudar a evolução histórica do direito de propriedade que culminou com a crise do Estado Liberal e a superação do dogma da autonomia privada como valor absoluto. Em seguida, passou-se a analisar a natureza pública do direito de propriedade onde o seu exercício está condicionado a um máximo social, traduzindo-se em uma necessidade de atuação positiva por parte do proprietário. Essa análise apenas foi possível com a aplicação do princípio da solidariedade como princípio constitucional fundamental, dotado de eficácia normativa e capaz de vincular de forma imediata as relações humanas constituídas no seio social. Finalmente, chega-se ao ponto principal do trabalho, que é a questão da função social da propriedade; no último capítulo, a discussão se foca em fatos que, a partir da análise jurisprudencial, demonstram o reflexo da aplicação do princípio da função social da propriedade nas políticas agrária e urbana desenvolvidas pelo governo.

Palavras-chave: Propriedade, Solidariedade, Proporcionalidade, Função Social da Propriedade.

ABSTRACT

The present study intends to do one approach of the historical evolution of the property right to develop one rewrite of the property concept that answers to the ideals of the solidarity in the Federal Constitution of 1988, whose existence consist in the establishment of the social function. Initially, we tried to study the historical evolution of the property right that took place with the liberal State crisis and with the overcome of the private autonomy as one absolute value. Then, that was analyzed the public nature of the property right and if its exercise is conditioned to one social maxim, that manifest itself as one need of the positive action to the proprietary. This analyzes just was possible with the application of the solidarity maxim axiom as one fundamental principle, with a normative effective and able to link the human relationships constituted in the social. Finally, comes the study's main point, that is the property function's issue; in the last chapter, the discussion was focused on the facts that demonstrate the reflex of the application of the propriety social function in the urban and agrarian politics developed by the government.

Key-words: Property, Solidarity, Proportionality, Property Social Function.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 A PROPRIEDADE.....	12
1.1 Fundamento da Propriedade.....	12
1.2 Esboço Histórico da Propriedade.....	15
1.2.1 Evolução da Propriedade No Mundo.....	16
1.2.1.1 Era Romana.....	16
1.2.1.2 Período Feudal.....	18
1.2.1.3 Período liberal: Revolução Burguesa	20
1.2.1.4 A doutrina Católica.....	21
1.2.1.5 O Estado Social.....	22
1.2.1.6 A Sociedade Pós-Moderna.....	24
1.2.2 Evolução da Propriedade no Brasil.....	24
1.2.2.1 Império.....	25
1.2.2.2 Constituição de 1891.....	25
1.2.2.3 Constituição de 1934.....	26
1.2.2.4 Constituição de 1937.....	26
1.2.2.5 Constituição de 1946.....	26
1.2.2.6 Constituição de 1967.....	27
1.2.2.7 Constituição de 1988.....	28
1.2.2.8 Código Civil de 2002.....	29
1.3 Conceito de Propriedade.....	29
1.3.1 Conceito Tradicional de Propriedade.....	30
1.3.1 Conceito Contemporâneo de Propriedade.....	31
1.4 Conteúdo e Características da Propriedade.....	33
1.5 Propriedade e Abuso de Poder.....	35

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	38
2.1 Princípio da Livre iniciativa.....	42
2.2 Princípio da Solidariedade Social.....	45
2.3 Princípio da Função Social da Propriedade.....	48
2.4 Limitação ao Direito de Propriedade.....	49
2.4.1 Definição e Limitação do Conteúdo do Direito de Propriedade.....	49
2.4.2 Restrição ao Direito de Propriedade e o Princípio da Proporcionalidade.....	52
2.4.3 A Garantia Institucional do Direito de Propriedade como “Limite do Limite”.....	57
3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	62
3.1 A função social da propriedade e a política urbana.....	69
3.2 A função social da propriedade e a política agrária.....	72
3.3 A tutela da propriedade que não cumpre a sua função social.....	75
3.4 Aspectos Relevantes do Direito de Propriedade na legislação e nos Tribunais.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88

INTRODUÇÃO

A função social da propriedade originou-se da sociologia, como uma reação ao individualismo que caracterizava a sociedade liberal. Ao propor o ideário da função social, Comte foi responsável por uma inversão da ordem de prioridades existente até então, sustentando a primazia absoluta da sociedade sobre os seus membros, como corolário da sociabilidade natural do homem.

Desde o seu reconhecimento formal, que se deu por meio da Constituição de Weimar, em 1919, e, sobretudo, após a segunda metade do século XX, a questão da função social da propriedade tem suscitado inúmeras controvérsias, especialmente no que concerne à sua implementação como cláusula geral orientadora do exercício da propriedade privada.

A crise do Estado Liberal fez com ela perdesse, aos poucos, o caráter excessivamente individualista que lhe era peculiar, privilegiando-se o social. Dessa maneira, a função social da propriedade deixou de ser um complexo de prerrogativas, para abrigar, em seu núcleo, deveres e obrigações de fazer decorrentes da interdependência social.

Acolhida, no Brasil, desde Constituição de 1967, a função social da propriedade vem sendo, reiteradamente, abordada por meio de critérios como a proporcionalidade e a ponderação de valores. Entretanto, tais abordagens acabam, muitas vezes, se preocupando mais com o critério em si, do que com o objeto de estudo. Tal fato acaba levando a resultados ambíguos, uma vez que não há uma prévia reflexão sobre o sentido da propriedade privada e o da livre iniciativa.

Esses problemas se potencializam em um estado democrático de direito, como o Brasil, que reconhece como direitos e princípios fundamentais a propriedade privada e a livre iniciativa, entretanto os condiciona à realização da dignidade da pessoa humana e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Para tanto, é necessário haver um exame criterioso desses princípios, a fim de que não haja uma flexibilização tão ampla que possibilite uma indevida restrição do conteúdo desses princípios.

Dessa forma, o que se busca nesse estudo é fornecer subsídios sistematizados para uma compreensão mais completa da propriedade, tentando-se responder a questionamentos que versarão sobre os conflitos que decorrem da aplicação do direito da propriedade à luz do princípio constitucional da solidariedade, mediante a concretização da função social da propriedade.

Para tanto, tenta-se delimitar o significado e o alcance da função social, que integra a própria estrutura e conteúdo da propriedade e que não mais pode ser vista como uma simples limitação ou restrição externa e estranha ao instituto.

Esclarecida a opção pela abordagem do tema, salienta-se que o trabalho procurou desenvolver, em cada capítulo, um tema relevante para a pesquisa: a propriedade, o direito de propriedade na Constituição de 1988 e a função social da propriedade. Dentro de cada capítulo, os assuntos foram agrupados dentro de uma seqüência preestabelecida, ainda que sujeita a alguma flexibilização de acordo com as peculiaridades e os inter-relacionamentos de cada tópico.

De uma maneira geral, a estrutura do trabalho foi elaborada da seguinte forma: o capítulo 1 aborda o fundamento da propriedade, bem como o seu conceito e evolução, partindo da noção liberal de direito subjetivo até chegar à noção contemporânea de relação jurídica complexa; o capítulo 2 realiza uma abordagem constitucional da matéria, dando uma especial atenção às limitações que a propriedade sofre no direito nacional; por fim, o capítulo 3 concentra-se na aplicação do princípio da função social da propriedade, procurando fazer um balanço da questão diante da já discutido nos capítulos anteriores.

Como se verá, a questão da função social da propriedade é bem complexa, envolvendo aspectos que justificariam, cada qual, uma pesquisa específica. Além disso, há uma grande dificuldade em abordar os assuntos necessários ao desenvolvimento da pesquisa, uma vez que foram necessárias incursões na área da economia, sociologia e política. Esse aspecto multidisciplinar da propriedade, de um lado, torna mais complexo o seu estudo e, de outro, torna mais fácil apreender a sua contínua evolução.

1 PROPRIEDADE

1.1 Fundamento da Propriedade

Ruy de Azevedo¹ afirma que o direito de propriedade “tem sido o grande fator da história; diante dele inclinaram-se docemente as religiões; em redor dele organizaram-se as sociedades; foi ele que ditou a maior parte dos códigos, por ele se edificaram e se destruíram impérios”.

Diversas são as explicações para a origem desse instituto. A fim de justificá-la, foram criadas diversas teorias. Dentre elas, as principais são: a negativista, a legalista, a personalista, a da especificação, a da ocupação e a da natureza humana.

Para a teoria negativista, a propriedade é definida como uma ofensa às pessoas mais pobres, um “roubo”, em razão dos detentores dos meios de produção se locupletarem com o resultado do trabalho das camadas mais pobres².

Os adeptos da teoria da especificação afirmam que a propriedade resulta da soma dos fatores: trabalho e recursos naturais. Hobbes e Montesquieu divergiram dessa teoria ao defender, por meio da teoria legalista, a idéia de que a propriedade advém da ordem jurídica, sendo uma concessão do Estado que detém poder para dividir os bens da sociedade.

O argumento de que a prioridade da ocupação legitima a propriedade é defendido pelos adeptos da teoria da ocupação. Consoante o disposto nessa teoria, a propriedade decorreria da ocupação com o objetivo de satisfação das necessidades.

A teoria personalista, por sua vez, sustenta que a essência do ser humano é a realização de seus desejos, cujo pressuposto é a obtenção de recursos materiais. Dessa maneira, a propriedade deve ser entendida como forma de assegurar a esfera externa da liberdade do ser humano.

Por fim, a teoria da natureza humana argumenta que a propriedade é condição de existência da natureza humana e pressuposto da liberdade. Como decorrência de sua natureza, o ser humano exerce poder sobre bens que podem ser corpóreos ou incorpóreos.

Essas teorias são nomeadas de tradicionais pela doutrina. Elas surgiram de uma concepção prévia dos autores que, por sua vez, buscavam justificar a propriedade de uma maneira que melhor se encaixasse a seus sistemas filosóficos e políticos.

¹ SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Função social da propriedade privada**, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 12.

² PROUDHON, P. J. **What is property? Na inquiry into the principle of right and government**. Nova York: Dover Publications, 1970.

Na maioria, há uma postura de que o direito de propriedade surge com a própria humanidade, portanto não se faz necessário maiores investigações para uma justificação racional ou pragmática da existência da propriedade³.

Dessa maneira, as teorias tradicionais não procuram ver a propriedade sob a ótica da funcionalidade econômica. A busca pelos fundamentos da propriedade na economia é uma preocupação central dos economistas.

Essa concepção econômica surgiu em um momento de escassez, a partir do qual aflorou a necessidade de apropriação individual, fazendo nascer os conflitos que objetivavam garantir a subsistência própria e evitar o aniquilamento de recursos⁴.

Uma das teorias econômicas da propriedade é a denominada teoria dos custos da exclusão. Os custos de exclusão são todos aqueles relativos aos riscos de que um indivíduo deseje o que se encontra na posse de outrem.

No estado de natureza, a abundância de recursos torna os custos de exclusão praticamente nulos, uma vez que o indivíduo mais facilmente se apodera de um recurso que está em abundância na natureza do que de um outro que esteja na posse de outrem.

Entretanto, os recursos vão se tornando escassos e, logo, os custos de exclusão se tornam mais altos, posto que será necessário ter mais custos para proteger a posse. Ao longo do tempo, os custos de exclusão vão se tornando extremamente elevados, o que é desinteressante, porque os indivíduos mais fracos terão que gastar mais recursos com mecanismos de defesa, arrecadando menos. Os mais fortes, por sua vez, irão tomar menos recursos a um custo maior.

Nesse contexto, o Estado teria uma função extremamente importante, uma vez que buscaria tornar eficazes as relações sociais, a partir da formação de um consenso sobre os direitos de exclusão. Assim, seria criado um direito com feições de propriedade que serviria para dotar os agentes econômicos de uma maior segurança e certeza sobre a fruição do trabalho realizado, diminuindo os custos de exclusão.

Os materialistas, por sua vez, viram na desigualdade de riquezas, decorrente da divisão social do trabalho e do surgimento da moeda, uma forma de proporcionar a

³ MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade**, em <http://conpedi.org/manaus/>, captura em 26 de setembro de 2007

⁴ ROSE, Carol M., **Il contributo dell'economia al diritto di proprietà.**, tradução de Carlos Rodotà, in *Analise econômica del diritto privato*, Guido Alpa e outros, Milão: Giuffrè, 1998, p 85.

concentração da propriedade nas mãos de uma minoria. Essa minoria, com o passar do tempo, exerceria um controle cada vez maior, sobre os meios de produção.

Consoante dispõe essa teoria, passaria a existir uma nova sociedade que se dividiria em homens livres e escravos, em exploradores ricos e pobres. Nesse ínterim, surgiria a figura do Estado, destinado a suprimir as lutas de classe, passando a se caracterizar como um instrumento de opressão da classe economicamente dominante.

Uma outra teoria que encontra fundamento para a existência do direito de propriedade na escassez de recursos é a denominada “Tragédia dos Baldios” (Tragedy of the Commons). Por “commons” deve-se interpretar qualquer recurso econômico que disponha de pouca limitação ou regulamentação. Consistem em uma referência às paragens comunais da Inglaterra, que posteriormente foram objeto de delimitação ou demarcação.

A base dessa teoria é a sobre-pastagem, uma vez que enquanto os benefícios provenientes de uma cabeça de gado adicional a pastar em um terreno baldio vão para o dono da cabeça de gado (“internalização dos benefícios”), os custos provenientes da mesma são partilhados por todos os utilizadores do terreno baldio (“externalização dos custos”).

O resultado consistiria na utilização excessiva do pasto comunal, por cada proprietário de gado, em virtude da assimetria entre a “internalização dos benefícios” e a “externalização dos custos”. Essa assimetria causaria a destruição dos terrenos baldios.

Far-se-ia, então, necessário delimitar o uso dos recursos que são comuns a todos, de modo a garantir uma maior eficiência na distribuição, cultivo e produção. Nesse ponto, esta teoria se funde com a teoria dos custos de exclusão, posto que o Estado atuaria, garantindo a propriedade. Sem a atuação do mesmo, os custos de exclusão seriam elevados a ponto de inviabilizar o processo de criação de gado e a acumulação eficiente de recursos.

Após a delimitação inicial, cada agente econômico utilizaria o recurso segundo a sua habilidade. Aqueles mais eficientes acumulariam um número maior de recursos que poderiam ser utilizados na aquisição dos terrenos daqueles que não utilizaram os recursos eficientemente. Essa dinâmica, vale ressaltar, é uma dinâmica de mercado que, por sua vez, justifica o grande aumento produtivo que a humanidade experimentou sob a influência da noção liberalista de propriedade.

Em meio a tantas teorias de fundamentação da propriedade, predomina, entretanto, a tendência de ver na propriedade expressão e garantia da individualidade humana. Trata-se de uma condição de existência e de liberdade humana que, sem ela, não poderia obter

desenvolvimento intelectual e moral. Assim, a propriedade tem como fundamento o direito à liberdade, sendo concebida como um mecanismo capaz de promover o desenvolvimento máximo da pessoa e da sua dignidade.

Foi dessa forma que a propriedade foi perdendo, aos poucos, o caráter divino do direito antigo e se transformando em uma garantia fundamental de liberdade do cidadão contra a intervenção do Estado.

Vale ressaltar que, aos olhos de Fábio Konder Comparato, o direito de propriedade privada revela um paradoxo histórico: foi reconhecida no início do constitucionalismo moderno como um direito fundamental da pessoa humana, uma garantia inviolável e sagrada da liberdade individual, sem a qual não há sequer Constituição. Entretanto, apenas passou a ser analisada e discutida como teoria jurídica, quando se deu a sua vulgarização, a partir da qual passou a ser encarada como um instituto de direito privado nos códigos oitocentistas; para tanto, livre e estranha à organização política do Estado.⁵

1.2 Esboço Histórico da Propriedade

Aos olhos de Caio Mário, a propriedade é um fenômeno espontâneo, decorrente da necessidade de subsistência do ser humano, sendo, posteriormente regulado a fim de possibilitar a convivência social pacífica⁶.

Nas sociedades primitivas, apresentava uma feição coletiva. No entanto, essa realidade mudou com a evolução da sociedade que possibilitou uma apropriação individual. De início adstrita aos bens imóveis, a apropriação individual foi ampliada aos bens móveis, com a advento da moeda.

Vinculada ao divino na antiguidade, modernamente tem seu fundamento no reconhecimento pelo Estado, através de lei, no ideário liberal. Neste prisma, evolui e se consolida em sua dupla função de direito subjetivo e de instituto jurídico^{7 8}.

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade**, 1997, p.93.

⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume III e IV. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

⁷ MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade**, em <http://conpedi.org/manaus/>, captura em 26 de setembro de 2007

⁸ V. Encíclica **Quadragesimo Anno**, de Pio XI. A propriedade é forma (instrumento) para a realização terrena do homem.

Dessa maneira, sabe-se que a apropriação de bens é inerente ao indivíduo. Não obstante o instituto da propriedade e o da função social foram retratados de diversas maneiras, ao longo da história, passemos a analisá-las:

1.2.1 Evolução da Propriedade No Mundo

A forma mais antiga de propriedade foi a coletiva, na qual os membros de uma comunidade detinham direitos temporários de uso e de gozo sobre bens intransmissíveis. Citado gravame apenas deixou de existir com o progresso civil dos povos antigos e a conseqüente conversão da comunidade gentílica em comunidade política territorial.

Primeiramente, a propriedade móvel passou a ser individualizada. Posteriormente, foi reconhecida a propriedade imobiliária, com o desenvolvimento da agropecuária e a conseqüente fixação das tribos.

A exemplo disso, na Grécia Antiga, a propriedade plena individual apenas surgiu com o aparecimento da economia monetária. Anteriormente, vigorava a chamada propriedade familiar que limitava a propriedade individual aos bens móveis.

No entanto, houve muita diversidade na regulação do direito de propriedade a depender da forma de organização social.

1.2.1.1 Era Romana

No que concerne à história romana, a origem da propriedade era associada ao enfraquecimento e divisão da *mancipium* (poder unitário), que gozava o pater famílias, em diversas formas de poder: o *manus*, sobre a mulher; *patria potestas*, sobre os filhos; *dominica potestas*, sobre os escravos e o *dominium*, sobre as coisas.

Inicialmente, a propriedade era absoluta, consistindo no direito de usar (*jus utendi*), gozar (*jus fruendi*) e abusar (*jus abutendi*) das coisas, possibilitando, inclusive, a destruição da coisa, caso quisesse o proprietário.

Havia quatro modalidades de propriedade: a quirítária, a pretoriana, a provincial e a peregrina. No período pré-clássico, conheceu-se somente a propriedade quirítária. No período clássico, surgiram as demais modalidades: bonitária, provincial e peregrina.

A propriedade quirritária era de ordem estritamente nacional, para tanto exercitada sobre solos romanos ou itálicos e por proprietários romanos. Adquiria-se os bens imóveis pela *mancipatio*, os bens móveis pela *traditio* e a proteção dos bens era dada pela *rei vindicatio*.

A propriedade pretoriana nasceu da necessidade de proteger o adquirente de uma situação iníqua, até que se consumasse a aquisição da propriedade pelo usucapião. Também chamada de propriedade bonitária, ela surgiu da jurisprudência do pretor que a protegia, contra quem não a tinha transferido mediante ato formal.

A propriedade provincial, por sua vez, dizia respeito aos imóveis situados nas províncias. Nesse caso, a posse apenas era deferida aos particulares mediante pagamento de certa quantia. Vale ressaltar que tal posse era transmissível aos herdeiros, alienável e gozava de proteção de ação real.

Por fim, a propriedade peregrina surgiu da necessidade de se garantir aos peregrinos, que não possuíam o *ius commercii*, proteção do Estado contra terceiros, para defesa de seus bens. Trata-se de uma verdadeira propriedade de fato, análoga a quirritária.

A necessidade de permitir às camadas mais pobres o acesso à terra fez surgir a propriedade do *jus gentium*. Dessa maneira, deu-se a divisão das terras do Estado Romano: tanto as itálicas, quanto as conquistadas.

A unificação das diversas modalidades de propriedade apenas ocorreu no período pós-clássico. Nesse período, criou-se o mito de que a propriedade romana era absoluta, ilimitada. No entanto, posteriormente, a propriedade sofreu uma lenta e gradual evolução, perdendo a sua conformação absoluta. Nesse momento, múltiplas restrições foram impostas ao direito de propriedade, sobretudo de ordem econômico-social.

Essas limitações incluíam desde deveres de abstenção, como a de não erigir construções que deixassem correr água para o vizinho, até o dever de utilizar terras incultas, sob pena de supressão do direito de propriedade; para assim, entregá-las ao primeiro ocupante que as cultivasse⁹.

⁹ IMBERT, Jean. **O Direito Antigo e a sua Projeção No Direito Moderno**, Coimbra: Almedina, 1966, pp. 130-131.

1.2.1.2 Período Feudal

O crescimento desmesurado de latifúndios e o gradual enfraquecimento da autoridade estatal fizeram surgir o período feudal. Essa fase foi marcada pela confusão entre propriedade e soberania, detendo o senhor feudal poder absoluto sobre os que habitavam as suas terras.

A Idade Moderna incrementou o comércio e fez nascer os bancos e também as primeiras sociedades por ações. A corrente filosófica que justificou o citado período foi a do jusnaturalismo, que exaltou a propriedade à condição de direito fundamental, associado à vida e à liberdade.

Nesse período, predominaram quatro categorias de propriedade: a comunitária, na qual o uso era feito por uma família ou, até mesmo, por uma comunidade; a dividida, na qual diversos direitos reais são atribuídos a terceiros não-proprietários; a individualista, absoluta por natureza; e a coletivista, que pertence a uma grande coletividade, sobretudo ao Estado.

Esses quatro tipos de propriedade conviveram simultaneamente e convivem até os dias atuais. É evidente que a propriedade individual é, atualmente, o tipo mais comum e relevante, dos pontos de vista social, econômico e jurídico. Tal fato não impede a identificação das demais formas de propriedade.

A propriedade comunitária predominou na cultura do Ocidente durante a Idade Média, sob a forma de afohlamentos trienais, através dos quais a terra era cultivada em porções sucessivas, sendo deixada em descanso pelo período de um ano. Os membros do clã e da aldeia repartiam os campos, deixando as florestas e áreas de pasto como terra comum.

Esse tipo de propriedade apresentou variações ao longo do tempo, entretanto manteve o seu objetivo primordial, qual seja o de garantir a sobrevivência dos membros de uma comunidade plurifamiliar.

Diversas modalidades de propriedade comunitária ainda sobrevivem no sistema capitalista. John Gilissen afirma que essa modalidade de propriedade ainda subsiste em algumas regiões da França, onde ocorre uma exploração comum das florestas¹⁰. Na Itália, há uma disciplina legal dessas propriedades de usos comunitários (*gli usi civici*), na qual

¹⁰ GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**, 1995, p. 636.

convivem os direitos de usar o bem *uti singuli* e como participante da coletividade (*uti cives*).¹¹

Vale ressaltar que alguns institutos, de difícil entendimento no contexto de propriedade individual atual, encontram explicações confortáveis no esquema da propriedade comunitária. A personalidade jurídica é um deles. Essa configura um instrumento que simplifica o processo de imputação do Direito a uma pluralidade de indivíduos que compõem um grupo¹². Além dessa, pode-se citar: as cooperativas, os fundos de investimento e os kibutz, em Israel.

A propriedade dividida predominou na Idade Média, da época feudal ao fim do antigo regime. Com o fim do Império Romano, observou-se que a propriedade plena perdeu a sua importância para as chamadas tenências, que consistem na utilização, com característica de direito real, de uma terra de terceiro por um período prolongado.

Dentre as tenências destacam-se o feudo e o censo. O feudo obrigava o vassalo à prestação de serviço militar e à ajuda financeira, detendo caráter militar e político. O censo, por sua vez, restringia-se à obrigação do vassalo de cultivar a terra, fornecendo, ao senhor, prestações em espécie ou em dinheiro.

Nesse ínterim, deu-se o desmembramento da noção de propriedade, a partir da cessão parcial dos feudos e censos a terceiros. As constantes subcessões de direitos permitiram que um grande número de pessoas, com direitos limitados, utilizasse a mesma parcela de terra.

Na tentativa de organizar a divisão da propriedade, criou-se a doutrina do domínio dividido. Dessa maneira, o proprietário permanecia com o domínio direto, ou emitente, enquanto o tenente detinha o domínio útil. Quebrou-se, assim, a noção unitária de domínio, surgindo um novo domínio baseado na utilidade.

As tenências evoluíram no correr do século X ao XVIII. Nesse período, houve um deslocamento da propriedade efetiva do solo, das mãos do proprietário para as do tenente. A propriedade direta passou a ser entendida como a prerrogativa de prestações e deveres e o titular do domínio útil passou a enfeixar os autênticos poderes proprietários.

¹¹ MAJO, A. Di; FRANCARIO, L. **Proprietà e Autonomia Contratuale**, Milão, Giuffrè, 1999, pp. 65-70.

¹² RESCIGNO, Pietro, **Proprietà (Diritto Privato)** in Enciclopédia del Diritto, Milão:Giuffrè, 1995, v 37, p. 259.

Sob esse ponto de vista, a situação jurídica pessoal dos camponeses, na Idade Média, foi favorecida pelo sistema da propriedade dividida, que conferia maior prestígio à posse da terra (domínio útil). Em contraponto, o camponês inquilino ficou em situação desfavorável do ponto de vista social e econômico, devido a institutos como o colonato, a devolução hereditária, os direitos de posse intransmissíveis e o arrendamento temporário.

Interessante ressaltar que as tenências influenciaram o Direito Português no qual assume fundamental importância o sistema de sesmarias. Elas consistiam em uma forma de distribuição de terra que influenciou fortemente as relações de poder, sobretudo no Brasil.

1.2.1.3 Período liberal: Revolução Burguesa

A Revolução Francesa encontrou centenas de direitos reais distintos onerando a propriedade, ou, por outro lado, centenas de direitos reais que enfeixavam as prerrogativas do proprietário onerado por antigas servidões e domínios diretos.

Para tanto, em quatro de agosto de 1789, por deliberação da Assembléia Constituinte, decretou a destruição do feudalismo, abolindo o solo dos diversos encargos e ônus existentes. Foram, então, abolidas as dezenas de tenências, feudos, servidões e banalidades que oneravam a propriedade. Logo foi restabelecido o chamado *dominium* romano, pondo fim ao período em que predominava a propriedade dividida.

Os princípios do *numerus clausus* e da tipicidade dos direitos reais nasceram nesse contexto. O prestígio da propriedade individual e a sua inserção numa sociedade mercantilista não se coadunam com o fracionamento excessivo, nem com privilégios seculares de determinadas classes sociais. Consoante preceitua Orlando Gomes, era “a revanche de uma nova ordem jurídica contra o regime que ruína nas convulsões de uma revolução social, triunfante”¹³.

O artigo 544 do Código Civil Francês, seguido pelas legislações do século XIX, dá o paradigma do conceito de propriedade individual, consoante a teoria do liberalismo: “o direito de gozar e dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelo regulamento”.

¹³GOMES, Orlando. **Significado da Noção Contemporânea do Direito de Propriedade**, Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 205 p. 3-15, nov. 1952, e Revista dos Tribunais, n.º 757, 1998, p. 717-727.

Com o fim do século XIX, a propriedade individual passou a sofrer alteração, passando a abranger bens incorpóreos e criando a propriedade industrial, literária, artística e científica. Houve, ainda, uma mutação do conteúdo, evoluindo do absolutismo individual à função social.

Dessa maneira, a partir da Revolução Burguesa, a propriedade privada passou a ser considerada o pilar estrutural da sociedade. Nesse ínterim, cada um passou a valer mais pelo seu patrimônio do que pelos títulos que detinha.

Vale ressaltar, por fim, que essa condição absoluta da propriedade reflete a realidade em que está inserida e, por conseguinte, apenas pode ser justificada pelo aspecto ideológico de que se revestiu a doutrina liberal. Os excessos dessa doutrina alicerçaram as linhas básicas da sua modificação.

1.2.1.4 A Doutrina Católica

Na doutrina católica, o direito de propriedade está exposto nas encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII (1891); *Quadragesimo Anno* de Pio XI (1931) e *Mater et Magistra*, de João XXIII (1961).

A *Rerum Novarum* fez referência aos princípios que norteiam a atuação da Igreja na área social. Para ela, a propriedade é direito natural que deve ser conciliado pelo bem comum e protegido pelo Estado.

A *Quadragesimo Anno*, por sua vez, acentuou o caráter social da propriedade, posto que a subordinou ao interesse do proprietário e ao bem comum. Essa característica adveio do contexto no qual estava inserida, uma vez que a ideologia liberal já entrava em derrocada, quando ocorrera a sua publicação.

Em 1961, veio a *Mater et Magistra* que veiculou a visão de Leão XIII sobre a propriedade, destacando o seu caráter social e a vinculando a uma função social. Esses valores foram reafirmados na Constituição Pastoral e na Encíclica *Laborem Exercens*, que, acerca da propriedade, determinou:

A tradição cristã nunca defendeu tal direito como algo absoluto e intocável; pelo contrário, sempre o entendeu no contexto mais vasto do direito comum de todos utilizarem os bens da criação inteira: o direito à propriedade privada está subordinado ao uso comum, subordinado à destinação universal dos bens.¹⁴

Na atualidade, o Papa Bento XVI não se afastou dos princípios conceituais expostos, no entanto fixou, de maneira clara, a impossibilidade de o próprio clero tornar efetiva a elaboração teórica da Igreja.

1.2.1.5 O Estado Social

Entre o final do século XIX e início do século XX, profundas transformações ocorreram na sociedade, geradas, em grande parte, pelo incremento da produção e do consumo em massa. Uma das conseqüências dessas transformações foi a opressão do homem pelo homem, no qual os mais fortes oprimiam aos mais fracos.

Nesse contexto, a noção de propriedade foi dotada de uma dimensão de socialidade que implicou na possibilidade do titular do direito exercer as suas prerrogativas desde que não ofendesse ao direito de outrem.

Essas transformações do direito de propriedade se acentuaram, após a Segunda Guerra Mundial, expandindo-se para alcançar os bens incorpóreos e sofrer as restrições da função social.

A partir de então, a Rússia abraçou o Regime Socialista, transformando-se em União da República Socialista Soviética. Nesse país, implementou-se o sistema coletivista de propriedade, embora ainda persistisse, ainda que de maneira tênue, os sistemas individual e familiar.

Nesse ínterim, a própria Constituição soviética de 1936, reconheceu quatro tipos de propriedade na URSS, dois socialistas e dois pessoais. Como propriedades socialistas encontram-se a do Estado e a das cooperativas *kholkozianas*, enquanto que como propriedades pessoais estão a familiar e a individual.

Nesse sistema, o tipo mais relevante de propriedade é a estatal (socialista) que abrangia toda a terra, edifícios públicos, empresas públicas, fábricas, meios de transporte, empresas agrícolas organizadas (sovkhoz) e a *massa das habitações*.

¹⁴ Encíclica **Laborem Exercens**. Edições Paulinas. São Paulo: p. 51.

Vale ressaltar que a propriedade socialista divide os bens em duas categorias com regimes jurídicos distintos: capital fixo e capital circulante. Os bens de capital fixo destinam-se à produção e não podem ser alienados, são eles: solo, acessões, instalações e máquinas. As matérias-primas e produtos destinam-se a alienação, configurando os bens de capital circulante. Diversos bens podem ser de propriedade da própria empresa estatal, provenientes de suas economias.

Nesse sistema a questão fundamental desloca-se da titularidade da propriedade para a sua gestão. O importante não é saber quem é o proprietário, mas, antes de tudo, quem os explora e de que maneira, ou seja, se está conforme as planificações econômicas da nação.

A propriedade *kholkoziana* é um tipo de propriedade cooperativa, na forma das grandes empresas agrícolas organizadas pelo Estado. Nessa, atribui-se aos *kholkoz*es um usufruto de terras aráveis, bem como dos edifícios, máquinas, pertences de exploração e produção. A terra nua permanece nas mãos do Estado. O *Khokoz* é obrigado a cultivar ou explorar, de maneira determinada, o solo concedido, organizar-se e gerir-se por regras pré-constituídas e cumprir metas de produtividade preestabelecidas.

A propriedade individual, ou pessoal, está limitada aos bens de consumo, tais como objetos de uso e comodidade pessoais, os da economia doméstica e os provenientes do trabalho. Essa propriedade tem estrutura semelhante à do sistema capitalista, facultando-se ao titular a utilização e disposição por ato oneroso ou gratuito¹⁵. Dessa maneira, o propósito da propriedade individual é a de satisfazer as necessidades do seu titular, sendo vedado os propósitos de renda e de especulação.

A propriedade rural, por sua vez, restringiu-se aos bens de consumo e tinha limitada a extensão da terra e a quantidade de animais. Dessa maneira, a família *kholkoziana* tinha direito ao gozo do terreno junto a casa que podia medir até meio hectare, três vacas, cinco ovelhas e aves de capoeira. A propriedade urbana familiar, por sua vez, restringe-se ao usufruto hereditário de uma casa de habitação e uma casa de campo, para cultivo de hortaliças e gozo de férias.

O ordenamento jurídico soviético foi tomado como base para os países que adotaram o regime socialista. Apenas alguns países como a Polônia, a Iugoslávia e a Romênia, ainda durante o regime socialista, concederam uma maior amplitude à propriedade

¹⁵ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.269.

cooperativa¹⁶ e à individual, no caso das terras cultivadas pelos camponeses e no maquinário dos artesãos¹⁷. Extinta a União Soviética, deu-se uma alteração no seu regime político-econômico, modificando profundamente o instituto da propriedade e aproximando-se do modelo capitalista e individual.

1.2.1.6 A Sociedade Pós-Moderna

A evolução da propriedade levou à sua funcionalização, conformando o direito de propriedade à realização de fins sociais. Assim, o direito de propriedade deixou de ser o centro do universo jurídico, passando a ser valorizada a idéia da socialidade.

No que concerne ao conteúdo da função social, pode-se dizer que ela evoluiu da obrigação de tornar a propriedade produtiva, como forma de ampliação da riqueza e do bem-estar, para o estabelecimento de relações sociais mais justas.

Dessa feita, tem uma fundamental importância a instrumentalidade do instituto, competindo aos operadores do direito a sua concretização a partir da proibição dos excessos e do zelo pela efetivação dos valores constitucionalmente eleitos. Assim, a propriedade passa a ser moldada pelos princípios da ordem econômica, que objetivam assegurar a todos existência digna.

A questão da função social da propriedade será analisada mais detalhadamente adiante, em capítulo próprio.

1.2.2 Evolução da Propriedade no Direito Nacional

A história do direito de propriedade no Brasil corresponde a um processo de ruptura em relação à propriedade sesmarial. Essa propriedade, cuja origem remonta à legislação agrária de D. Fernando I posteriormente incorporada às Ordenações do Reino, detinha natureza pública e condicionada por deveres como o de cultivo e morada habitual.

No período colonial, a legislação referente às sesmarias amoldou-se às exigências da economia, quais sejam: os latifúndios e a escravidão. No entanto, manteve a sua forma original, condicionando-se aos deveres de cultivo, mediação e demarcação de terras.

¹⁶PINTO, Carlos Alberto de Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª ed., atual.Coimbra Editora, 1996, p.137.

¹⁷BARRUFINI, José Carlos Toseti. **O Direito de Propriedade. Sistema Constitucional Brasileiro e Soviético**, Justitia, São Paulo, Procuradoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, v. 91, 1975 p.171.

1.2.2.1 Império

Antes da independência, em 1822, o Brasil, até então colônia, tinha que aplicar a Ordem jurídica Portuguesa. Contudo, mesmo após a declaração de independência, o Brasil ainda se utilizou dos diplomas legais portugueses por um tempo, uma vez que não detinha normas próprias. Tal realidade foi corroborada em 1823, quando uma lei determinou a utilização de leis, decretos, alvarás, resoluções e, sobretudo, Ordenações portuguesas, em território brasileiro, desde que publicadas até 25 de Abril de 1821.

Na primeira Constituição do Brasil independente, em 1824, o direito de propriedade já estava incluído no rol dos direitos individuais. Essa Constituição regulava o Direito de Propriedade em seu artigo 179, inciso XXII, que dispunha:

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 no valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para determinar a indenização.

Assim, observa-se claramente que o direito de propriedade foi tido por absoluto, podendo ser excepcionado apenas pela desapropriação, tendo como requisito básico a indenização em dinheiro. Vale ressaltar que o dispositivo não está vinculado ao atendimento da função social, posto vez que tratou apenas de uma simples limitação, justificável pela necessidade.

1.2.2.2 Constituição de 1891

Terminada a fase imperial e com a proclamação da República, foi instituída a Constituição Republicana de 1891 que previu, em seu artigo 72, parágrafo 17, uma garantia ao direito de propriedade ao dispor que: “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

Nessa Constituição, a propriedade era uma expressão do ideário liberal. Foi o resultado de conveniências políticas, representando o interesse dos proprietários dos latifúndios de café.

O Código Civil de 1916 foi editado durante a sua vigência. Ele se baseava nos valores emanados do Code Civil, em que a propriedade era vista em perfil absoluto. A este

tempo, novas idéias estavam por emanar das Constituições Mexicana e Alemã, que iriam transformar o direito de propriedade.

1.2.2.3 Constituição de 1934

A função social da propriedade apenas foi trazida, ainda que de forma indireta, pela Constituição 1934, que determinava, em seu artigo 113, 17, o seguinte: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização.”

Dessa maneira, o direito de propriedade passou a ser limitado pelo interesse social ou coletivo. No que concerne à lei complementar que daria efetividade à vedação do exercício do direito de propriedade contra o interesse social, jamais foi editada.

1.2.2.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1934 teve vida efêmera, posto que foi ceifada pela Constituição de 1937, a “Constituição Polaca”, através da qual Getúlio Vargas implantou o Estado Novo.

Essa Constituição representou um retrocesso no que se refere à vinculação do exercício do direito de propriedade ao interesse social, uma vez que regulou os limites do direito de propriedade. Dessa maneira, previa o artigo 122:

artigo 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:..Parágrafo 14 - o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

1.2.2.5 Constituição de 1946

Com o fim da II Guerra Mundial e a conseqüente redemocratização, foi promulgada a Constituição de 1946. Essa Constituição, em seu artigo 141, garantia o direito à propriedade. Dessa maneira, dispunha:

Artigo 141 – Parágrafo 16 - É garantido o direito à propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior.

No artigo 147, por sua vez, trouxe uma notável mudança, ao inaugurar, no nosso ordenamento, o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, consoante preleciona:

Artigo 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 146, parágrafo 16, promover a justa distribuição de propriedade, com igual oportunidade para todos.

Consoante preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo, este instituto constitui um marco jurídico posto que prevê a desapropriação por interesse social e direciona a legislação infraconstitucional ao assegurar a justa distribuição e igual oportunidade de acesso à propriedade.¹⁸

Pela primeira vez, o nosso ordenamento passou a exigir do proprietário não somente uma abstenção, um não fazer, mas uma teia de atos positivos, concretos, de exploração econômica do imóvel rural. Dessa maneira, passou a propriedade a ser um direito-dever.

Além disso, esse mandamento constitucional proporcionou a edição da legislação infraconstitucional. São exemplos: a Lei nº 4.504/64, que disciplina a desapropriação por interesse social, e a Lei nº 10.257, de 2001, conhecida como “Estatuto da Terra”.

1.2.2.6 Constituição de 1967

Embora geradas no período ditatorial, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969, determinaram como finalidade da ordem social realizar o princípio da função social da propriedade.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Novos aspectos da função social da propriedade**, Revista de Direito Público, São Paulo, v. 84, p. 40, out./ dez. 1987.

Nessas, a propriedade teve um papel de destaque posto que foi considerada um direito inviolável da pessoa humana, ao lado dos direitos à vida, à liberdade e à segurança.

No que concerne ao direito de propriedade, a Constituição de 1967, assim dispôs:

artigo 150 –Parágrafo 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 artigo 157, VI, parágrafo 1º. Em caso de perigo iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurado ao proprietário direito à indenização ulterior.

Neste dispositivo constitucional, encontra-se a primeira previsão do princípio da função social da propriedade, no entanto, a repercussão dessa previsão foi bastante reduzida, não chegando a influenciar a concepção de propriedade que prevalecia até então, qual seja a constante do Código Civil de 1916.

Na Emenda Constitucional, por sua vez, a proteção ao direito de propriedade encontrou a seguinte redação:

É assegurado 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 artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

1.2.2.7 Constituição de 1988

A Constituição vigente assegura, no artigo 5º, inciso XXII, o direito à propriedade, sendo exigido do proprietário que atenda à sua função social. Dessa maneira, a idéia de propriedade, baseada apenas nos interesses do proprietário não encontra previsão na ordem jurídica nacional.

Vale ressaltar que a Constituição de 1988 caracterizou a função social como princípio da ordem econômica e social e, ainda, a assegurou no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, conferindo-lhe o status de cláusula pétrea.

Essa nova realidade encontra-se bem definida nos dizeres de Caio Mário: “...certo é que a propriedade cada vez mais perde o caráter excessivamente individualista que reinava

absoluto. Cada vez mais se acentuará a sua função social, marcando a tendência crescente de subordinar o seu uso a parâmetros condizentes com o respeito aos direitos alheios e às limitações em benefício da coletividade.”^{19 20}

1.2.2.8 Código Civil de 2002

O artigo 1228²¹, do Código civil de 2002 é de fundamental importância ao nosso estudo, posto que, em seu texto, restringe o direito de propriedade. Assim, condiciona o uso dos bens às suas finalidades econômicas e sociais, sendo defeso ao proprietário atos que não lhe tragam qualquer comodidade ou utilidade e/ou que objetivem prejudicar terceiros.

Nesse sentido, Leonardo Mattiero defendeu a idéia de que o Código Civil, ao dispor sobre a propriedade-função e reconhecer que o direito deve ser exercido de acordo com as suas finalidades econômicas, abriu a perspectiva de renovação do conceito de propriedade.

1.3 Conceito de Propriedade

O instituto da propriedade é complexo, posto que há uma noção pluralista de propriedade adequada a cada um dos estatutos proprietários previstos no ordenamento positivo e mutável conforme as transformações do corpo social.

Não há, portanto, harmonia no tocante ao conceito de propriedade, cuja tonalidade varia conforme o ângulo de visão de quem se propõe a defini-la. Entretanto, é constante a

¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil – alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p. 79.

²⁰ Acerca do Direito de Propriedade na Constituição de 1988, falaremos, mais amplamente no tópico de nº 3.

²¹ Artigo 1228, do Código Civil – 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.

Parágrafo 1 O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidade econômica 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.

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

Parágrafo 3 O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo iminente.

Parágrafo 4 O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nele houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Parágrafo 5 No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

busca por um conceito que detenha o mínimo de abstração e que não perca o contato com a realidade.

Nesse contexto, Martin Wolff afirma que o conceito de propriedade é de natureza equívoca, posto que, tanto na linguagem corrente quanto na linguagem científica, usa-se o termo em um sentido amplo, associado à ideologia político-sociológica do patrimônio. Entretanto, em uma acepção mais estreita, permite-se distingui-la como um direito específico, frente a outros direitos patrimoniais. Enquanto a primeira acepção é mais ampla e, para tanto, dotada pelo direito constitucional; a segunda é mais estreita e corresponde ao estudo do direito privado²².

O conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade transcende à concepção privatística, conferindo proteção não só à propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente, às demais relações de índole patrimonial. Esse conceito constitucional de propriedade contempla as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de parentes e de marcas.

Tradicionalmente, o conceito de propriedade era mais estreito, uma vez que partia da noção de direito subjetivo e estava fincado, precipuamente, no Código Civil. Contemporaneamente, a propriedade é vista como um status, ou melhor, como uma relação jurídica complexa, posto que carregada de direitos e deveres e inspirada em princípios constitucionais, sobretudo, no da função social.

1.3.1 Conceito Tradicional de Propriedade

Em seu conceito tradicional, a propriedade é vista como puro direito subjetivo, ou seja, como um poder conferido a alguém de agir e de exigir de outrem determinado comportamento.

Assim, reflete-se em uma posição de vantagem do titular do interesse. Nesse sentido, Francisco Amaral afirma que ela consiste “no instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo²³”.

²² WOLFF, Martin. “Derecho de cosas”, In: ENNEDERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin; **Tratado de derecho civil**, Barcelona: Bosch, 1971, v. 3, p. 321.

²³ AMARAL NETO, Francisco. **Direito Civil: introdução**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 179.

Em consonância com o conceito disposto, Lafayette afirma que o “domínio é o direito real que vincula e legalmente submete, ao poder absoluto de nossa vontade, a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios.”²⁴.

Acrescenta o autor que o domínio envolve a faculdade de gozar de todas as vantagens e utilidades que a coisa encerra, sendo, em sua essência, exclusivo e ilimitado. É exclusivo, pois contém, em si, o direito de excluir da coisa a ação de pessoas estranhas e é ilimitado, posto que detém, em si, o direito de praticar sobre a coisa todos os atos compatíveis com as leis da natureza.

1.3.2 Conceito Contemporâneo de Propriedade

Com o passar do tempo, alguns autores se deram conta de que a propriedade é uma relação jurídica complexa. Entretanto, a modificação da natureza jurídica da propriedade, de direito subjetivo a relação jurídica complexa, não se deu de maneira repentina. Para tanto, houve uma gradual evolução de conceitos, incorporando, um a um, os elementos da relação jurídica complexa.

Primeiramente, buscou-se incluir os limites e as obrigações impostas ao proprietário no conceito de propriedade, o que já demonstrava o afastamento da noção de simples direito subjetivo.

Nesse ínterim, é de fundamental importância a compreensão da propriedade por Miguel da Serpa Lopes, para quem “a propriedade é uma relação de direito privado, por força da qual uma coisa, como pertinência de uma pessoa, fica completamente sujeita à vontade desta em tudo quanto não for vedado pelo Direito Público, ou pela concorrência do direito de outrem”.²⁵ Essa definição inseriu novos elementos úteis a atual ótica proprietária, tais como: relação jurídica, pertinência, vedação pelo direito público e concorrência de outros direitos.

Dessa maneira, aos poucos, o conceito de propriedade incorporou a noção de relação jurídica, desvinculando-se da idéia de feixe de poderes, como os de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa, e passando a considerar deveres de ordem social em relação a terceiros proprietários e não-proprietários.

²⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Causas**, Rio de Janeiro: Typografia Baptista de Souza, 1922, p. 56.

²⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria da. **Curso de Direito Civil**, v. I, São Paulo: Freitas Bastos, 6ª ed., 2001, p. 278.

Consoante o disposto nesse conceito, a relação jurídica deve ser compreendida como uma “relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante atribuição a uma pessoa de um direito subjetivo e a imposição a outra pessoa de um dever jurídico ou de uma sujeição.”²⁶

O gênero relação jurídica comporta uma série de subdivisões. Primeiramente, ela pode ser dividida entre relação jurídica patrimonial e absoluta. Quanto ao número, divide-se em relação jurídica simples, que se forma de um só vínculo, e complexa, na qual diversas relações se entrelaçam, criando uma pluralidade de direitos e deveres entre as partes²⁷.

A propriedade se encaixa como relação jurídica complexa devido à vantagem do reconhecimento da existência de um feixe complexo e indissociável de direitos e deveres, inerentes ao próprio instituto. O descumprimento das obrigações e ônus impostos ao proprietário, bem como o não-atendimento da função social, pode importar em sanção de duas espécies: o ressarcimento dos danos causados e a extinção, ou restrição, do direito de propriedade.

Entretanto, a compreensão da propriedade contemporânea depende da superação da concepção clássica e da conseqüente constatação de que o interesse do proprietário não é o objeto central da tutela, mas apenas um interesse protegido em meio a outros interesses contrastantes, que o ordenamento reconhece e tutela com mecanismos similares àqueles postos, anteriormente, ao serviço do *dominus*.

O novo conceito de propriedade, assim, assume uma feição diversa da do início do século XX, posto que, como relação jurídica complexa, não mais se concebe uma relação de completa subordinação de terceiros frente ao proprietário, nem de vizinhos, nem de outras pessoas naturais, mas, sim, de situações jurídicas subjetivas do proprietário e situações jurídicas que entrem em conflito com esta e representem centros de interesses opostos²⁸.

Essa ligação entre sujeitos passivos indeterminados é transitória, na medida em que será exercida com os que entrarem em contato com a propriedade, seja vizinhos, entes públicos ou, até mesmo, aqueles que entrarão em conflito com o proprietário. A relação entre

²⁶ PINHO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria Geral do Direito Civil**, cit., p. 151.

²⁷ AMARAL NETO, Francisco. **Direito Civil: introdução**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 151.

²⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.206.

o proprietário e aqueles que interagirem com ele, em razão da propriedade poderá ser de comportamentos, abstenção ou cooperação.²⁹

Não obstante havermos pontuado as noções integrantes da propriedade, remanesce a dificuldade em defini-la; posto que a definição deve ser genérica o bastante para abranger todas as figuras que contenham os pontos cruciais do instituto. Entretanto, a vagueza da fórmula acarreta a vagueza do conceito.

A melhor alternativa seria definir a propriedade como a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.

1.4 - Conteúdo e Características do Direito de Propriedade

A delimitação do conteúdo e das características do direito de propriedade depende da sua conceituação.

Consoante dito anteriormente, na concepção tradicionalista, propriedade é um poder geral do qual os poderes imagináveis fazem parte, não sendo senão exteriorizações de sua plenitude.³⁰

A descrição desses poderes proprietários é realizada no artigo 524 do Código Civil. São eles os poderes internos e econômicos de usar, fruir e dispor (*ius utendi, fruendi, et abutendi*), além do poder jurídico de excluir o bem das ingerências alheias.

O denominado *ius utendi* consiste em pôr a coisa a serviço do proprietário ou de terceiro, sem que haja a modificação da sua substância.

O *ius fruendi*, por sua vez, abrange a percepção de frutos naturais e civis. Esse poder de utilizar a coisa compreende a prerrogativa de não a usar ou, até mesmo, de destruí-la; desde que essas faculdades não insurjam contra a natureza ou destinação econômica do bem.

²⁹ PERLINGIERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 221-222.

³⁰ RUGGIERO, Robero de. **Instituições de Direito Civil**, tradução de 6ª ed. Italiana por Paolo Capitani, Campinas: Bookseller, 1999, v. 2, p.456.

O denominado *ius abutendi*, por fim, envolve a disposição material e jurídica da coisa, ou seja, o poder de alienação da coisa.

No tocante às características da propriedade, são elas: a realidade, plenitude, elasticidade, exclusividade, independência, imprescritibilidade e perpetuidade.

A propriedade é real posto que os poderes proprietários incidem imediatamente sobre a coisa, sem intermediação de terceiros. A plenitude consiste na generalidade dos direitos de uso, gozo e disposição dos bens. Nesse ínterim, a elasticidade corresponde à idoneidade do direito de restabelecer automaticamente o seu conteúdo normal logo que cessarem os limites e direitos concorrentes que a comprimiam. A unicidade do direito e a conseqüente exclusão de terceiros do direito de uso e gozo das coisas configuram a exclusividade.

Outra característica ligada à propriedade é a da independência. Esta característica não pressupõe nenhum outro direito sobre a coisa. A não extinção da propriedade pela ausência de exercício consiste na imprescritibilidade, característica esta que está intimamente ligada a da perpetuidade que se dá com a ausência de limitação temporal.

Ainda no que concerne às características da propriedade, vale ressaltar uma marcante, qual seja a do *numerus clausus* nos direitos reais. Essa característica desemboca na idéia de que os direitos reais apenas podem ser criados por lei e não pela autonomia da vontade das partes. Assim, deve haver uma delimitação taxativa dos direitos reais, bem como de suas características, por norma de ordem pública.

Essa característica constitui um significativo limite à autonomia da vontade, no que concerne à liberdade de criação de novos direitos reais ou à expansão dos já existentes. Sua origem está ligada ao receio de retorno ao modelo feudal de propriedade e à necessidade de padronizar o sistema de publicidade da propriedade imobiliária.

Atualmente, há uma nítida tendência de concessão de uma maior elasticidade ao princípio da tipicidade, posto que há diversas modalidades de propriedade que necessitam ser acolhidas pelo nosso sistema. Nesse Sentido, Gustavo Tepedino afirma, em sua obra *Multipropriedade imobiliária*, que a criação de novos direitos reais depende de lei e que, não obstante, no âmbito material de cada direito real há um vasto território por onde atua a autonomia privada e que carece de controle quanto a limites de sua atuação.

Por fim, vale ressaltar que muitas das características tradicionais da propriedade não mais se encaixam na visão do instituto como relação jurídica e nem dão conta das novas

formas e modelos surgidos nas últimas décadas. Além disso, a visão tradicional despreza a funcionalização da propriedade o que é contraposto, entre outros, por Gustavo Tepedino que defende a idéia de que o aproveitamento econômico do bem apropriado deve se fixar, em qualquer circunstância, pela função social constitucionalmente fixada.³¹

1.5- Propriedade e Abuso de Poder

O Estado liberal consolidou a crença de que o exercício dos direitos subjetivos, especialmente a liberdade e a propriedade, deveria ser absoluto, devendo o Estado intervir o mínimo possível na esfera privada dos cidadãos.

Entretanto, essa proposta era incompatível com a existência de uma sociedade cada vez mais complexa. Dessa maneira, não obstante a ideologia individualista do período, a segunda metade do século XIX conheceu exceções ao exercício absoluto dos direitos subjetivos, dentre as quais: limitações à propriedade e à livre iniciativa, o reconhecimento gradual do abuso de direito e a aceitação da intervenção do Estado com o escopo de reprimir o abuso do poder econômico.

No que se refere especificamente à propriedade, objeto de estudo desse trabalho monográfico, não houve sistema jurídico que não tenha imposto limites ao seu exercício, ao longo da história. Tal se deve ao fato de que a própria definição de um direito subjetivo já contém o seu limite, a fim de assegurar a convivência e a harmonia entre os membros da comunidade.

As tensões entre o poder do proprietário e as limitações legais acompanham a propriedade ao longo de sua existência, sendo a maneira como esses dois vetores se relacionam o que determina a configuração jurídica do domínio em um determinado momento.

Na França, por exemplo, as limitações à propriedade foram aumentando tanto que a servidão de utilidade pública tornou-se o regime normal de propriedade. No entanto, tal processo foi gradual e se iniciou com a regra proibitiva da utilização dos direitos subjetivos com o único intuito de causar danos a outrem. Posteriormente, a jurisprudência francesa

³¹ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição**, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1989, p. 76.

passou a reconhecer algumas hipóteses de abuso de direito que ensejavam, inclusive, a reparação civil do dano causado a terceiros.

O reconhecimento do abuso de direito denunciou a debilidade da concepção dos direitos subjetivos a partir da total ausência de limitações ao seu exercício. Tal idéia era incompatível com a coexistência social. A questão suscitou tantas preocupações que a intervenção do Estado na Economia, com o fim de reprimir o abuso do poder econômico, passou a ser defendida pelos próprios adeptos do liberalismo econômico.

Como se podia prever, o fim do Estado Liberal não esgotou as discussões acerca do abuso no exercício dos direitos subjetivos. No entanto, citado debate tomou novas proporções, posto que se deu paralelamente ao relativo à função social, até porque ambos diziam respeito à mesma problemática: como compatibilizar o direito subjetivo do titular com os direitos subjetivos dos demais membros da sociedade.

Entretanto, a função social divergia do abuso de direito porque se restringia ao âmbito de propriedade e suscitava questionamentos acerca da imposição de deveres e obrigações positivas ao titular. O abuso de direito, por sua vez, procurava estipular critérios a partir dos quais o titular deixaria de agir regularmente e passaria a cometer abuso.

Além disso, torna-se imprescindível ressaltar que a função social impõe uma nova compreensão ao abuso do poder econômico que passa a se desdobrar em dois aspectos: o exercício anti-social do poder econômico e o não cumprimento dos deveres e responsabilidades relacionados à construção de uma ordem justa e solidária.

Vale ressaltar que a consolidação da teoria do abuso de direito, assim como a da função social, foi marcada por inúmeras dificuldades. No entanto o seu fortalecimento apenas se deu com a superação do paradoxo de Paniol, segundo o qual um ato não poderia ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário ao direito.

A superação dessa teoria apenas se deu quando alguns autores entenderam que o paradoxo serviria para explicar o abuso de direito, que consistiria em um ato conforme o direito subjetivo e contrário ao direito no sentido da ordem jurídica. Foi, a partir de então, que a teoria do abuso do direito foi realmente, reconhecida.

No Brasil, a repressão ao abuso do poder econômico teve início com a Constituição de 1946. Tal se deveu à extrema concentração econômica que já se verificava na economia brasileira na década de 40.

Dezesseis anos depois, foi editada a Lei nº 4.137/62, que definia o abuso de poder econômico pelas suas conseqüências nocivas. Para tanto, apenas configuraria abuso o ato que visasse dominar mercados ou eliminar a concorrência. Entretanto, essa lei não foi efetivamente aplicada.

A jurisprudência brasileira acompanhou essa mudança, uma vez que, passou a discutir a questão de abuso de direito, a partir da segunda metade do século XX. Nesse ínterim, merece destaque a enorme contribuição do Supremo tribunal Federal sobre o tema, precipuamente nas décadas de 50 e 60.

Essa tendência de crescente repressão ao abuso de poder econômico foi rompida com a Constituição de 1967, que condicionou a existência do ato abusivo à ocorrência das finalidades ilícitas. Dessa maneira, diminuiu significativamente o âmbito do controle do Estado.

Não se pode esquecer do artigo 5º, da Lei de introdução ao Código Civil, o qual, prevendo que *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*, previu dois outros critérios para compreensão do abuso de direito: o fim social e o bem comum.

A partir do exposto, pode-se entender, um pouco, os problemas que se apresentam para a compreensão da repressão ao abuso do poder econômico na atualidade e, principalmente, o porquê da tamanha esperança depositada na Constituição de 1988 e na legislação que se seguiu. Na verdade, essas legislações, no que concerne ao abuso do poder econômico, têm como fim assegurar a eficácia do controle do poder econômico e a democracia.

Tal não deveria ocorrer em um país que se assume como Estado Democrático de Direito e que acolhe, como princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa e solidária e a erradicação da pobreza e da miséria.

2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Frutos das doutrinas individualistas e voluntaristas liberais do século XIX, o Código Civil era a garantia legal mais elevada da disciplina das relações patrimoniais preservando-as contra as ingerências do Poder Público. Esse instituto objetivava regular os possíveis centros de interesse de que a pessoa pudesse ser titular, almejando a completude.

O século XX trouxe a derrocada da ideologia da completude da lei e, então, as relações jurídicas passaram a ser cada vez mais complexas. Nesse ínterim, o Código Civil foi perdendo, cada vez mais, força.

Tornou-se, então, imprescindível a elaboração de Constituições que abrangessem os direitos individuais e ingressassem em matérias antes específicas de Direito privado. Tal apenas se deu a partir das Cartas do México, de 1917, e de Weimar, de 1919.

Em vista dos inúmeros dispositivos contidos nas longas Cartas modernas acerca de temas relativos à família, à propriedade, ao contrato e, sobretudo, aos direitos fundamentais da pessoa é que se tornou moeda corrente a expressão *dereito civil constitucional*.^{32 33}

Agora, o eixo do sistema jurídico é a Constituição Federal, que passou a tratar de temas antes específicos do direito privado e, sobretudo, da legislação infraconstitucional à luz dos princípios da dignidade e da solidariedade. Houve, assim, a despatrimonialização e a personalização do direito civil.

No primeiro capítulo tecemos alguns comentários acerca da evolução do direito de propriedade no Brasil. Nesse momento, realizamos uma análise da maneira como foi tratado o direito de propriedade ao longo da história brasileira, precipuamente, nas Constituições e Código Civil. Agora, falaremos, especificamente, acerca da Constituição Federal de 1988 e da sua importância para o direito de propriedade.

A Constituição de 1988 concede uma especial atenção ao direito de propriedade. Diversamente das Constituições anteriores, incluiu a função social no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, conferindo-lhe o status de cláusula pétrea (Art. 60, § 4º, IV).

Em seu artigo 5º, a Constituição Federal faz referência tanto ao direito individual da propriedade, no inciso XXIII, quanto à necessidade de cumprimento da função social,

³² FLÓREZ – VALDÉS, Joaquín Arce. **El derecho civil constitucional**, Madri: Civitas, 1991, p. 178 – 179.

³³ V. HESSE, Konrad. **Derecho contitucional y derecho privado**, tradução de Ignacio Gutiérrez, Madri: Civitas, 1995, p. 81-88.

inciso XXIII c/c art. 170,III. Vale ressaltar que não há hierarquia entre esses princípios, devendo o aplicador da norma se utilizar do princípio da proporcionalidade no caso concreto, a fim de que ambos sejam respeitados.

Dessa maneira, ao garantir o direito de propriedade, em seu artigo 5º, a Constituição buscou assegurar uma máxima tutela aos direitos proprietários, contrapondo a liberdade do indivíduo à intervenção autoritária do Estado. Assim, exaltou o aspecto da garantia, destacando um núcleo essencial que não poderá ser suprimido, nem pela legislação inferior. Qualquer ofensa a esse direito deverá ser precedida de justa e prévia indenização.

Entretanto, o legislador não deixou claro o que se configuraria como núcleo essencial da propriedade, cabendo aos intérpretes e às leis inferiores definir o exercício, o conteúdo e os limites do direito proprietário frente a cada situação concreta. Essa delimitação deverá sempre levar em conta a noção de propriedade como relação jurídica complexa e, como tal, devendo atender a sua função social a ponto de atingir ao chamado *máximo social*.

Nesse sentido, Fábio Konder Comparato, em sua obra *Direitos e Deveres fundamentais em matéria de propriedade*, defende a idéia de que a propriedade tradicionalmente recebeu tutela posto que encarada como garantia institucional da pessoa humana. Entretanto, essa proteção foi limitada a determinadas categorias de bens que recebem especial proteção estatal e que constituem a denominada propriedade constitucional. Outras categorias devem ser identificadas no caso concreto, verificando se merecem ou não a chancela do poder econômico. Assim, há propriedades tuteladas pela constituição e outras sem a mesma dignidade, tuteladas apenas por leis inferiores.

Entretanto, a visão do renomado autor é contraposta pela própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXII, que eleva o direito de propriedade à categoria de direito fundamental, ou seja, sem qualquer restrição.

Nesse caso, melhor seria limitar a propriedade àquelas situações em que é cumprida a função de garantia de direitos fundamentais da pessoa humana. No que concerne às demais categorias proprietárias, não-essenciais ao preenchimento de necessidades que atenda direitos fundamentais, seriam disciplinadas pelos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal.

Esse artigo inclui o direito à propriedade e a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica. Essa múltipla inserção da função social em diversos capítulos da Constituição Federal permite uma conexão ampla com diversos outros valores, tais quais: a

dignidade da pessoa humana, a justiça social, a preservação do meio ambiente e de sítios e prédios históricos e culturais.

Nesse sentido, José Afonso da Silva afirmou que a propriedade, uma vez inserida entre os princípios da ordem econômica, não mais poderá ser considerada puro direito individual, uma vez que é preordenada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.³⁴

No que concerne à propriedade rural, o artigo 186 estabelece as condições necessárias ao cumprimento da função social, devendo ser atendido os seguintes requisitos, simultaneamente:

- 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

Esse artigo merece uma interpretação cautelosa, posto que, em algumas situações, um requisito acaba excluindo o outro, como por exemplo: conflito existente entre a proteção do meio-ambiente e a produtividade. Vale ressaltar que este artigo deve ser compreendido em harmonia com o artigo 185, que estabelece:

Artigo 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

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

II – a propriedade produtiva;

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

Quanto à função social da propriedade urbana, o artigo 182, § 2º delega aos Municípios a obrigação de definir os critérios para a configuração da função social, determinando que a função social será cumprida quando atendidas as exigências de ordenação da cidade, fixadas no plano diretor. Por sua vez, o §4º do mesmo artigo faculta ao Município

³⁴SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.240.

exigir do particular, mediante lei específica, que ele utilize a sua propriedade de maneira condizente com o princípio da função social, sob pena de recair sobre ele, sucessivamente:

I –Parcelamento e edificação compulsório

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 10 anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados ao valor real da indenização e os juros legais.

A ausência de regulamentação do artigo 182 da Constituição por Lei Federal foi suprida com a edição do “Estatuto da Cidade” (Lei 10.257/2001). Entretanto, o parcelamento seguirá, no que for aplicável, a Lei Federal 6766/79, que disciplina o parcelamento do solo urbano.

O parcelamento, vale ressaltar, consiste no processo de urbanização de uma gleba, mediante sua divisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas. A edificação, por sua vez, consiste no dever de construir para que o solo atenda à sua função social.

Um outro instrumento de aplicação da função social é o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU). Ele tem, normalmente, caráter fiscal e arrecadatório. Entretanto, o IPTU pode ter caráter extrafiscal, nesse caso ele sofrerá um aumento progressivo de suas alíquotas à medida que o proprietário do imóvel urbano for perseverando no seu mau aproveitamento. Esse aumento pode resultar na perda da propriedade. Vale ressaltar que não pode ocorrer a perda da propriedade, em virtude de débito do IPTU de caráter fiscal e arrecadatório, uma vez que compete ao Município buscar meios para efetuar essa cobrança, sem que seja preciso confiscar a propriedade.

Nesse caso de imposto extrafiscal, o princípio da capacidade contributiva cede ante a presença de interesse público de natureza social e econômica, como, por exemplo, a função social da propriedade e o meio ambiente.

No tocante à desapropriação prevista no inciso III do Art. 182, vale ressaltar que ela difere da desapropriação comum, apenas podendo ser utilizada para as finalidades previstas no texto constitucional. Isso ocorre porque, no caso da desapropriação-sanção, o pagamento será efetuado em títulos da dívida pública, no prazo de dez anos. Ela é uma pena máxima que apenas cabe nos casos em que o proprietário se recusa a utilizar o seu bem.

Essa forma de desapropriação, embora seja um instrumento fundamental de planejamento urbanístico em todas as cidades do mundo, ainda é difícil de ser verificada nas cidades brasileiras.

2.1 Princípio da Livre Iniciativa

Elemento fundamental do ideário liberal, a livre iniciativa surgiu do afastamento das restrições ao comércio e ao trabalho. Esse fato apenas se deu com a revolução burguesa que foi fundada em ideais de liberdade e de individualismo.

Com o passar do tempo, o princípio da livre iniciativa tornou-se a base do sistema capitalista. Foi por meio deste princípio que se deu a liberdade econômica, baseada na livre concorrência e na liberdade de escolha da profissão e das condições de trabalho. Vale ressaltar, entretanto, que, desde a sua formulação original, o princípio não foi moldado em termos absolutos, sendo seu exercício vinculado a previsões legais.

Nesse sentido, preleciona Eros Grau ao afirmar que “o regime de liberdade de iniciativa econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica”³⁵.

O princípio da livre iniciativa encontra previsão legal no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 que o enuncia como fundamento da República. O artigo 170, caput, por sua vez, dispõe que a ordem jurídica econômica deve estar fundada na livre iniciativa. Também no artigo 170, inciso IV, é previsto como princípio da ordem econômica.

O direito de propriedade, objeto de nosso estudo, é pressuposto do exercício da livre iniciativa. Nesse ínterim, este deve ser compreendido como a liberdade de acesso e permanência no mercado, cuja legitimação advém do exercício no interesse da justiça social, assim restando comprovada a aproximação deste princípio com o da solidariedade social.

A aplicação do princípio da livre iniciativa à propriedade está, muitas vezes, associada à questão contratual. Tal ocorre com o direito de dispor da coisa (*jus abutendi*), intimamente ligado aos contratos de compra e venda. O direito de fruir (*jus fruendi*) também

³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 10ª Ed., 2005.

demonstra essa aplicação com a entrega da coisa a terceiros, na via negocial, como, por exemplo, na locação. Até mesmo no direito de gozar (*jus utendi*), dá-se essa aplicação, para tanto, basta que haja o concurso de terceiros vinculados por contrato laboral.

Nesse ínterim, Ana Prata afirma que a igualdade que fundou a noção liberal do contrato encontra-se interligada com a propriedade que orientou o direito proprietário liberal; constituindo dois aspectos incindíveis da liberdade humana³⁶.

É corrente se estabelecer uma relação entre regime do laissez-faire com a propriedade absoluta e do regime intervencionista com a propriedade limitada ou voltada à sua função social. Entretanto, ao se estabelecer essa relação, desconhece-se que foi o Código de Napoleão que fez nascer o antigo regime e que o século XIX, período áureo do individualismo, foi rico em normatização sobre o direito proprietário.

Dessa feita, nota-se que tanto no regime do laissez-faire, quanto no regime intervencionista, a propriedade era regulada por normas. O traço que distingue os dois períodos, contudo, é a natureza e o conteúdo das leis editadas.

No regime do laissez-faire, a legislação estava ligada aos princípios liberais e tinha por fim reforçá-los e adaptá-los às novas realidades. Tal ocorreu com as leis que passaram a disciplinar e fortalecer a sociedade industrial em detrimento da sociedade agrícola. Preocupava-se com o incremento da produtividade e com a remoção de obstáculos às novas formas de propriedade.

Vale ressaltar que o costume de atribuir as intervenções limitativas das faculdades do proprietário como sinal de uma crescente socialização, ou publicização do direito privado, nem sempre é correto. Muitas limitações à liberdade negocial atendem interesses privados ou critérios pautados na eficiência econômica. Basta notar que os conflitos surgidos entre a propriedade agrícola estática e a propriedade industrial dinâmica resolveu-se a favor desta última. Tal se deveu ao alto potencial produtivo e melhores condições para o desenvolvimento da atividade privada.

Interessante ressaltar que, nesse momento, a autonomia privada foi sacrificada em prol de novos interesses proprietários e não do imediato interesse social. O sacrifício da propriedade privada em prol da propriedade dinâmica se justifica por razões de produção, e não de socialização.

³⁶ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**, Coimbra: Almedina, 1982, p. 147 e ss.

Ainda no tocante à propriedade convém estabelecer relações entre esta, o comércio e a circulação de riquezas. O pensamento econômico clássico via a propriedade como incentivo ao trabalho e à poupança, tendo como objetivo o aumento e a retenção da riqueza individual. Tal ideologia foi deixada de lado com a descoberta de que o comércio e a circulação de bens tornam a sociedade ainda mais rica e produtiva que o simples acúmulo de bens individuais. Assim, ocorreu o enfraquecimento das cláusulas limitativas de disposição de bens presentes nos sistemas jurídicos liberais que foram, cada vez mais, combatidas pela doutrina.

No entanto, vale ressaltar que as cláusulas limitativas são ditadas pelo Estado como instrumentos de eficácia direta do conteúdo dos negócios, de acordo com os critérios da razoabilidade e da equidade, respeitando-se, sempre, o interesse das partes. Dessa maneira, objetiva-se reequilibrar a igualdade das partes, uma vez que a liberdade da parte mais débil já havia sido subtraída por obra da parte mais forte. Assim, as prescrições imperativas realizadas pelo legislador visam restituir a liberdade substancial da parte de quem havia sido negada.

O direito de propriedade deve adaptar-se aos nossos dias, devendo estender-se a ele os limites e restrições à autonomia e à liberdade contratual. Interessa ao Direito não só a existência de proprietários, mas sim de bons proprietários que ajam bem, socialmente.³⁷

Com o passar do tempo, o sistema de propriedade passou a oferecer incentivos positivos e condutas desejáveis, ao invés de simplesmente limitar e punir condutas indesejáveis. É o que se deu com a doação de imóveis e a concessão de crédito barato para a instalação de indústrias em áreas merecedoras de atenção do poder público. Atualmente, o tema evoluiu para a guerra fiscal entre os estados federados que nada mais é que a intervenção estatal, por meio de subvenções com o dinheiro público, com o propósito de favorecer determinadas modalidades de propriedade, especialmente a industrial, em prol do desenvolvimento regional.

2.2 Princípio da Solidariedade Social

A idéia de solidariedade acompanha a evolução da humanidade. Aristóteles, em clássica passagem, afirma que o homem não é um ser que possa viver isolado; é, ao contrário,

³⁷ Vale ressaltar que, embora a noção de função social tenha origem no instituto da propriedade e daí migrado para o direito contratual, foi no último ramo que encontrou maior desenvolvimento e concreção, respaldados pelo princípio da boa fé objetiva, equidade e justiça contratual.

ordenado teleologicamente a viver em sociedade. É um ser que vive, atua e se relaciona na comunidade.

Não obstante, a questão da solidariedade social apenas ganhou relevo no pensamento filosófico e jurídico a partir do final do século XIX e, precipuamente, após o término da Segunda Guerra Mundial.

Em decorrência desse evento histórico, muitas foram as nações que, sensibilizadas pela morte de milhares de inocentes, conscientizaram-se da necessidade de inversão dos valores jurídicos vigentes até então. Precisamente, por isso, quase todos os estados europeus integraram, de uma forma ou de outra, o princípio da solidariedade social no núcleo firme do Estado Constitucional democrático³⁸.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 fez a previsão da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, na forma do artigo 1º, inciso III, e estabeleceu a solidariedade social como objetivo fundamental da República, no artigo 3º, inciso I.

Sob a influência de tal ideário, a sociedade contemporânea passou a privilegiar o social, ou seja, a valorizar a pessoa humana, a partir da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais³⁹. Talvez, por isso, não se mostre de todo desarrozoado, sustentar a tese de que o princípio da solidariedade social se enquadre no âmbito de eficácia do direitos sociais, embora o mesmo esteja mais frequentemente incluído no quadro conceptual dos direitos de Terceira Dimensão.

A partir de então, o valor fundamental do ordenamento deixou de ser a autonomia da vontade individual, de cunho eminentemente patrimonial, para dar lugar a situações existenciais, em que o valor essencial é a pessoa humana em sua dignidade.

Nesse contexto, a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais teve fundamental importância, posto que conferiu à solidariedade social eficácia normativa. Para tanto, elevou a solidariedade social ao status de princípio geral do ordenamento jurídico, capaz de vincular de forma imediata as relações humanas contidas no seio social.

Esse princípio, ao ser aplicado no seio das relações privadas, alterou a compreensão de diversos institutos jurídicos; entre eles, o da propriedade. Na verdade, o

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, p. 335 e ss.

³⁹ Solidariedade decorre de solidário, que advém do termo latim “solidus”, o que traduz o sentido gramatical de total ou totalidade, por inteiro. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

desenvolvimento de uma teoria sobre a função social da propriedade foi um desdobramento da discussão sobre a solidariedade social.

Nesse ínterim, a idéia matriz da função social da propriedade e dos direitos partiu de Jhering. Ele tinha plena consciência de que, para sustentar o direito subjetivo, deveria haver outras finalidades que não apenas a satisfação dos interesses do próprio titular. A partir dessa perspectiva, condicionou a análise do Direito a uma teoria social que, no seu entender, atenderia às necessidades da sociedade sem ser incompatível com a individualidade.

A idéia central do pensamento de Jhering é que *cada um vive através dos outros e, ao mesmo tempo, por outros, não importando a existência ou não de interação*⁴⁰. Daí a necessidade de que o exercício dos direitos subjetivos, sobretudo o da propriedade, levasse em consideração os interesses sociais. Ademais, *proclamar o princípio da inviolabilidade da propriedade é entregar a propriedade à estupidez, à casmurrice, ao egoísmo criminoso do particular*⁴¹.

Também no início do século XX, o tema relacionado à solidariedade foi explorado, ainda que de acordo com perspectivas distintas, por juristas da mais alta envergadura, tais como Duguit, Hariou, Gurvitch e Durkheim. Entretanto, um ponto marcante nas teorias que começaram a se formar sobre a solidariedade era a tentativa de modificação do paradigma em que se assentavam os direitos subjetivos, especialmente o de propriedade.

Para tanto, partia-se da premissa de que o homem é um ser social por natureza e, como tal, a propriedade deveria deixar de ser vista sob a perspectiva da relação entre um sujeito e um objeto, transformando-se em um vínculo intersubjetivo entre distintos indivíduos a respeito da utilização de um bem específico.

A mudança de uma ética individual para uma ética social trazia em si a necessidade de que não apenas o poder público, mas a sociedade e cada um de seus membros fossem responsáveis pelos demais membros⁴². Dessa maneira, a função social ressaltava o

⁴⁰ JHERING, Rudolf Von. **A finalidade do Direito (Der Zweck in Recht)**. Tradução de Heder Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002, v.1, p. 66.

⁴¹ JHERING, R.V. **A Evolução do Direito**. (sem indicação de tradutor). Salvador: Livraria Progresso, 1956, p. 393.

⁴² HESSE, Konrad. **Derecho contitucional y derecho privado**, tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madri: Civitas, 1995, p. 73

poder da propriedade como instrumento capaz de assegurar a liberdade não apenas do titular, mas de todos os membros da sociedade.

Ao regular o direito de propriedade, em seus artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso II, a Constituição Federal condicionou-o à sua função social, afastando a possibilidade de abuso do direito de usar, gozar e dispor de bens. Para tanto, a propriedade deixou de ser um direito subjetivo absoluto do proprietário, sendo direcionada a um máximo social.

Dessa maneira, o legislador constituinte buscou um equilíbrio entre conteúdos antagônicos como o “ser” e o “ter”, o individual e o coletivo. Entretanto, essa harmonização apenas será possível através de uma atividade de ponderação do intérprete à luz do caso concreto e visando, sempre, à proteção da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que, em um Estado Democrático de Direito, não existe qualquer oposição conceitual entre a propriedade privada e a livre iniciativa, por um lado, e a função social e a justiça social por outro. Ambos os princípios fazem parte de uma estrutura harmônica cuja unidade de sentido lhe é conferida pela autonomia ou pela dignidade da pessoa humana.

Nesse ínterim, a propriedade recebe a total proteção constitucional enquanto manifestação da autonomia do proprietário. Entretanto, deixa de merecer tal amparo quando o titular desconhece os limites e deveres que decorrem da intersubjetividade inerente à autonomia e à responsabilidade, transformando o seu direito em instrumento de afirmação exclusiva do egoísmo e da ganância.

Dessa maneira, a realização da solidariedade social é concebida como um ato complexo, no qual decorrem tanto o Poder Público como a sociedade civil organizada e somente a Constituição pode fornecer as diretrizes ideológicas, políticas e jurídicas para a sua otimização e implementação. Assim, o esforço isolado do Estado para assegurar a justiça social é inócuo se a sociedade e os indivíduos que a compõem não assumirem a efetiva participação nesse processo.

2.3 Princípio da Função Social da Propriedade

A Constituição Mexicana, em 1917, foi a primeira a conter um bloco normativo especificamente destinado a regular a atividade econômica. Tal fato influenciou diversas Cartas Políticas que se seguiram, como a nossa Constituição de 1934.

Foi por meio dessa Carta Política que o princípio da função social da propriedade adquiriu cidadania constitucional, posto que assegurou o direito de propriedade com a ressalva de que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

A partir de então, salvo o silêncio da Constituição de 1937, o valor função social da propriedade incorporou-se à nossa experiência constitucional, figurando em, pelo menos, quatro dispositivos da Constituição de 1988: art. 5º, XXIII; art. 170,III; art. 182, § 2º; e no caput do artigo 186.

Dessa maneira, evidencia-se a nossa preocupação em construir um Estado de Direito verdadeiramente democrático, no qual possuem a mesma dignidade constitucional tanto os valores sociais do trabalho quanto os da livre iniciativa.

Sendo a função social um princípio jurídico, a sua implementação se insere em um jogo de complementação e restrições recíprocas em que consiste o processo de aplicação/concretização dessas pautas axiológicas enquanto mandados de otimização.⁴³

Tal fato nos remete à idéia de que a função social da propriedade é um tipo de norma que não se implementa em termos absolutos; pelo contrário, opera gradualmente e dentro do possível, a depender tanto de condições fáticas quanto jurídicas.

Dessa maneira, verifica-se uma tensão entre o Direito de Propriedade e a submissão de seu exercício ao interesse social, um e outro dotados de igual proteção constitucional, porque inseridos entre os direitos e garantias fundamentais.

Ilustra-se essa problemática com a decisão do STF no julgamento da ADI 319/DF, relator o Ministro Moreira Alves, quando restou assentado que, em face da Constituição Federal de 1988, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa o aumento arbitrário dos lucros.⁴⁴

Em conclusão, não tendo Constituição de 1988 estabelecido nenhuma hierarquia entre os valores direito de propriedade e função social da propriedade, resta ao intérprete resolver seus eventuais conflitos à luz do caso concreto, mediante ponderação, optando por

⁴³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, p. 86-87.

⁴⁴ STF, ADI 319/DF, Tribunal Pleno, RTJ, 149/666-692.

aquele cuja prevalência conduza a uma decisão correta e justa e, assim, realizando a justiça em sentido material como referente fundamental da idéia de direito.

2.4 Limitação ao Direito de Propriedade

2.4.1 Definição e Limitação do Conteúdo do Direito de Propriedade

A limitação dos direitos fundamentais é um tema central da dogmática dos direitos fundamentais e, muito provavelmente, do direito constitucional.

Tal se deve ao fato de que o exercício dos direitos fundamentais pode dar ensejo, algumas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí a importância de se realizar a definição do âmbito de proteção e, se for o caso, a fixação das restrições ou das limitações a esses direitos.

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados nas normas jurídicas e a consequência comum, a proteção fundamental. Descrevem-se bens ou objetos protegidos ou garantidos pelos direitos fundamentais.

O direito de propriedade é dotado de âmbito estritamente normativo. Nessa categoria de direito fundamental, o legislador tem a função de definir o conteúdo do direito regulado; falando-se, nesse caso, de regulação ou de conformação em lugar de restrição.

É que as normas relativas a esse instituto não se destinam a estabelecer restrições. Antes, elas cumprem a função de normas de concretização ou de conformação desses direitos, permitindo que a lei concretize determinada faculdade fundamental.

Embora não se possa caracterizar a disciplina normativa da propriedade como restrição, não há como deixar de reconhecer que o legislador pode, no uso de seu poder de conformação, redesenhar esse instituto com sérias e, não raras vezes, gravosas consequências para o titular do direito.

Dessa feita, correlato ao dever de preservar, imposto ao legislador, pode-se identificar, também, um dever de legislar, isto é, o dever de conferir conteúdo e efetividade aos direitos constitucionais com âmbito de proteção estritamente normativo; para tanto, vinculando e obrigando o Estado.

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem constituídos. Garante-se a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade e a utilidade privada desse direito.

Inexiste, no entanto, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, caracterizando-se como legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. Vale ressaltar que, embora não aberto, o conceito constitucional de propriedade há de ser dinâmico.

Nesse ínterim, deve-se levar em consideração que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada conforme os parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm inconfundível caráter constitutivo. Nesse âmbito, torna-se imprescindível ressaltar que as limitações impostas ou as novas conformações emprestadas ao direito de propriedade não de observar o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Além disso, a faculdade confiada ao legislador de regular o direito de propriedade obriga-o a compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade.

Entretanto, salta aos olhos a dificuldade para compatibilizar esses valores. Daí enfatizar-se que o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da propriedade como elemento de preservação da liberdade individual. Em contraponto, a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições ao direito de propriedade há de ser tanto mais ampla, quanto mais intensa for a inserção do objeto do direito de propriedade no contexto social.

Não obstante o legislador disponha de uma relativa liberdade na definição do conteúdo da propriedade, deve preservar o núcleo essencial desse direito, constituído pela utilidade privada e, fundamentalmente, pelo poder de disposição. A vinculação social da propriedade que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade⁴⁵.

⁴⁵ PAPIER, Hans-Jürgen. In: **Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz**, art. 14, n. 308.

Vale ressaltar que, não raras vezes, a redefinição do conteúdo ou a imposição de limitação importa na supressão de determinada faculdade inerente ao direito de propriedade, conferindo nova conformação a determinado instituto. Essa nova definição se apresenta como uma restrição ou limitação, não legitimando qualquer pretensão indenizatória.

No tocante às medidas de caráter expropriatório, vale ressaltar, que elas têm conteúdo concreto, individual e importam na retirada total ou parcial do objeto da esfera do domínio privado. Diferencia-se, para tanto, das medidas de índole conformativa que são dotadas de abstração, generalidade e impõem apenas restrições às posições jurídicas individuais.

Nesse sentido, houve por bem o Ministro Orozimbo Nonato ressaltar que a redefinição do conteúdo ou a limitação do exercício do direito de propriedade haveria de decorrer da justa ponderação entre o significado da propriedade na ordem constitucional e a necessidade de observância de sua função social. Vale ressaltar essa passagem de seu pronunciamento:

O que, a meu ver, entretanto, repito, dá ao decreto-lei assento constitucional é o permitir a lei máxima que o conteúdo da propriedade seja dado em lei ordinária(...)A Constituição só se refere à expropriação. Só essa retira ao “dominus” “todo” o seu direito. Desde que não se trate de eliminação, mas de pura limitação ao domínio, defere o assunto a leis ordinárias. E só estamos considerando o aspecto constitucional do decreto-lei discutido. E este, quaisquer que sejam as críticas a que ofereça flanco, não pode, a meu ver, ser tido por inconstitucional. Ela não autoriza expropriação sem pagamento. Limita – isso sim – e, notavelmente, os direitos que subsistem, do proprietário, tendo em vista a natureza especial da propriedade dos monumentos, o que é possível, pois a lei ordinária pode definir o conteúdo da propriedade.⁴⁶

Fica, dessa maneira, evidenciado que há muito o Supremo Tribunal Federal logrou identificar, de forma precisa e escorreita, a natureza peculiar do direito de propriedade, ressaltando o seu caráter institucional e procedendo à adequada distinção entre as providências de índole conformativo-restritiva daquelas medidas de nítido conteúdo expropriatório.

⁴⁶ Ap. 7.377, de 17-6-1942, Rel. Castro Nunes, RDA, n. 2, p. 100(114).

2.4.2 Restrição ao Direito de Propriedade e o Princípio da Proporcionalidade

A doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da proibição do excesso, que se revelam mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins⁴⁷.

No Direito Constitucional Alemão, o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do excesso são outorgados ao status de norma constitucional não escrita. Para tanto, a utilização desses princípios deve envolver a apreciação da necessidade e da adequação da providência legislativa.

O subprincípio da adequação exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos. A Corte Constitucional avalia se o meio é “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado ou desnecessário”, “fundamentalmente inadequado”, ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado”.

O subprincípio da necessidade, por sua vez, significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa.

Vale ressaltar que a adequação e necessidade não têm o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Dessa maneira, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado.

No que concerne aos direitos de propriedade, na legitimidade da sua conformação/restrrição caberia indagar se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da proporcionalidade.

Assim, embora essa conformação e restrição tragam, no seu âmago, os ideais de liberdade e de limitação, é reconhecido ao legislador o poder de conformação tão somente dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. E, dentro desses limites, diferentes condutas podem ser consideradas legítimas. Essa questão da proporcionalidade das leis restritivas do direito de propriedade tem assumido relevância na aferição da constitucionalidade de algumas leis.

⁴⁷ Schneider, Zur **Verhältnismässigkeitskontrolle**, in Stark, **Bundesverfassungsgericht**, v. 2, p 390 e ss.;

Vale ressaltar que, em se tratando de restringir direitos, deve-se preocupar não apenas com a admissibilidade constitucional da restrição fixada, mas também com a compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade. A partir dessa nova orientação, converteu-se o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes). Para tanto, partiu-se do pressuposto de que os meios utilizados terão de ser legítimos e necessários, devendo haver adequação entre os mesmos e os objetivos pretendidos.

Dessa maneira, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade e a razoabilidade da medida deve resultar em uma ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

No que concerne ao direito de propriedade, a Corte Constitucional Alemã sustenta a tese de que a definição de conteúdo e a imposição de limitações ao direito de propriedade devem respeitar ao princípio da proporcionalidade. Assim, o legislador estaria obrigado a concretizar um modelo social fundado, ao mesmo tempo, no reconhecimento da propriedade privada e no princípio da função social; assegurando uma relação equilibrada entre esses dois elementos dentro da ordem jurídica.

Nesse ínterim, a Corte Constitucional entende que a Constituição autoriza o legislador a concretizar o princípio da função social; sem, entretanto, restringir a liberdade além do estritamente necessário. Como as novas disposições de índole conformativo-restritiva incidem sobre situações já constituídas e reguladas, é necessário que o legislador leve em conta as estruturas jurídicas preexistentes.

Para tanto, a Corte Constitucional Alemã determina que o poder de conformação do legislador deve ser relativamente amplo na matéria. No entanto, para que haja a aplicação do princípio da proporcionalidade na matéria, condições devem ser respeitadas: o legislador deve considerar as peculiaridades do bem ou o valor patrimonial do mesmo, não descuidando do significado do bem para o proprietário; deve assegurar, ainda, uma compensação financeira ao proprietário em caso de grave restrição à própria substância do direito de propriedade; por fim, deve atenuar o impacto decorrente da mudança de sistemas mediante a utilização de disposições transitórias, evitando o surgimento de situações de difícil superação.

No Brasil, tem-se afirmado a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação às restrições estabelecidas ao direito de propriedade. Nesse sentido, o Supremo

Tribunal, em sede de cautelar, proferiu decisão em caso que punha em voga lei do Espírito Santo que vedava o plantio de eucalipto destinado à produção de celulose, na qual afirmou:

1. Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia Constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito Civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos *do fumus boni iuris* e *do periculum in mora*. Pedido cautelar deferido.⁴⁸

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade. No Recurso Extraordinário nº 18.331, da relatoria do Ministro Oroszimbo Nonato, deixou-se assente:

O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, de comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder, cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do ‘*détournement de pouvoir*’. Não há que estranhar a invocação dessa doutrina ao propósito da inconstitucionalidade, quando os julgados têm proclamado que o conflito entre a norma comum e o preceito da lei maior pode se ascender não somente considerando a letra do texto, como também, e principalmente, o espírito do dispositivo invocado⁴⁹.

Dessa maneira, não se pode negar a relevância que assume o princípio da proporcionalidade no âmbito da conformação ou da restrição do direito de propriedade, posto que é cada vez mais freqüente a utilização do aludido princípio na jurisprudência do STF, como se pode verificar nos inúmeros precedentes.⁵⁰

⁴⁸ ADI – MC2.623, Rel. Maurício Corrêa, julgada em 6-6-2002, DJ de 14-11-2003.

⁴⁹ RE 18.331, Rel. Oroszimbo Nonato, RF, 145/164 e s., 1953.

⁵⁰ IF 2.915/SP, Rel. Gilmar Mendes, julgada em 3-2-2003, DJ de 18-8-2004, DJ de 18-2-2005; ADI 3.324/DF, Rel. Marco Aurélio, julgada em 16-12-2004, DJ de 5-8-2005; ADI 1.127/DF, Rel. Cezar Peluso, julgada em 17-5-2006; HC 87.776/SP, Rel. Ricardo Lewandowski, julgado em 26-6-2006; ADI 3.453 DF, Rel. Cármen Lúcia, julgada em 30-11-2006.

2.4.3 A Garantia Institucional do Direito de Propriedade como “Limite do Limite”

A análise dos direitos individuais nos leva à conclusão direta de que direitos, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitação ou restrição. Entretanto, essas restrições sofrem limites.

Nesse contexto, é necessário tecer comentários acerca do termo “limites dos limites” que rege ao legislador no que concerne à restrição dos direitos individuais.

Essa expressão “limite dos limites” (Schranken- Schranken) foi utilizada pela primeira vez por K. H. Wernicke nos comentários ao artigo 19 da lei Fundamental Alemã. A cláusula constante nesse artigo configura uma tentativa de fornecer resposta ao poder quase ilimitado do legislador no âmbito dos direitos fundamentais. Essa proteção se realizaria mediante a aplicação do princípio da legalidade da administração e dos postulados da reserva legal e da supremacia da lei.

A falta de mecanismos efetivos de controle de constitucionalidade das leis e a ausência de instrumentos asseguradores da efetividade dos direitos fundamentais face aos atos administrativos contribuíram, ainda mais, para a onipotência do legislador.

Tentou-se contornar o perigo do esvaziamento dos direitos de liberdade pelo legislador com a utilização da doutrina das garantias institucionais (Institutgarantien), segundo o qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente.

Nesse ínterim, a lei fundamental alemã declarou a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito da proteção desses direitos. Esse dispositivo trouxe, em seu artigo 19, inciso II, a proteção ao núcleo essencial.

Essa proteção se destinou a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmestradas ou desproporcionais. Entretanto, vale ressaltar, as restrições impostas para tanto terão de deter clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade.

Nesse contexto, é de fundamental importância ressaltar que o princípio da proporcionalidade confere uma proteção contra as limitações arbitrárias e também contra a lesão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ocorre que a proporcionalidade não há de ser interpretada em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao

fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida.

No que concerne à ordem constitucional brasileira, imprescindível ressaltar que a Constituição Federal de 1988, embora não tenha feito menção à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, vedou qualquer proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (CF, art. 60, §4º, IV).

Tal cláusula reforça a idéia de um limite do limite também para o legislador ordinário, posto que a não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria sem sentido qualquer proteção fundamental.

O tema já se colocava sob a Constituição de 1967/69. Para tanto, vale registrar passagem do Voto do Ministro Rodrigues Alckmin sobre a liberdade de conformação do legislador:

Essa liberdade, dentro de regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final ('observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse.

É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar os limites a que a lei ordinária tem que ater-se, ao indicar as condições de capacidade. E quais os excessos que, decorrentes direta e indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional.

A argumentação realizada no precedente revela a apreensão dessa idéia de limite do limite também na jurisprudência nacional.

No que concerne ao direito de propriedade, a sua garantia institucional atua ou funciona como um limite à própria possibilidade de limitação ou de conformação do direito de propriedade. Como assinalado pela Corte Constitucional Alemã, a garantia institucional

assegura um núcleo básico de normas que confere significado ao instituto jurídico denominado propriedade⁵¹.

Daí surge a necessidade de se assegurar a utilidade privada para o titular do direito de propriedade e a possibilidade de disposição desse direito.

2.5 - A Problemática da Aplicação dos Direitos Fundamentais no Âmbito das Relações Jurídicas Privadas

A defesa da personalidade humana é da essência dos direitos fundamentais e, para tanto, estes direitos devem se condicionar às variadas situações em que a personalidade humana é ameaçada. Para tanto, devem ter um conteúdo variado que reflete o seu caráter histórico e a sua capacidade de adaptação ao dinamismo da realidade em que se inserem.

Imersos no contexto liberal, os direitos fundamentais eram oponíveis unicamente ao Estado. Esse ente se colocava em posição de superioridade em relação aos titulares do direito; entretanto, ele não podia atuar de forma a lesionar o núcleo de liberdades individuais do cidadão.

Dessa maneira, a primeira geração de liberdades individuais se caracterizaria por seu conteúdo negativo, marcado pela abstenção do Estado no âmbito das relações entre particulares. Os direitos fundamentais, portanto, possuíam um raio de eficácia limitado, sendo exercido unidirecionalmente, pois somente os poderes públicos é que estariam obrigados a respeitá-los.

Hoje, a realidade se mostra bem distante da ideologia liberal, posto que fundada na tríplice garantia da igualdade jurídica, autonomia e propriedade privadas. Atualmente, pode-se até afirmar que há relações de autoridade e subordinação entre particulares. Tal se deve ao fato de que, na grande maioria dos negócios, existe um desequilíbrio econômico entre as partes e o exercício da liberdade contratual da parte mais forte anula a liberdade do mais débil. Dessa feita, não se pode mais falar em supremacia da autonomia privada, antes vista como valor absoluto.

Nesse contexto, os direitos fundamentais se revelam como instrumentos de garantia do exercício das liberdades individuais em relação ao poder público e também como

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 444.

limitações à atuação dos próprios particulares que devem exercer seus direitos harmoniosamente entre si.

As transformações descritas são decorrências de uma evolução histórico-cultural que culminou com a crise do Estado liberal e a superação do dogma da autonomia privada como valor absoluto, possibilitando a reconstrução da teoria dos direitos fundamentais como garantia jurídica das liberdades.

Essa evolução do pensamento clássico possibilitou, a partir da segunda metade do século XX, a formulação da doutrina denominada eficácia em relação a terceiros dos direitos, liberdades e garantias. Atualmente, dá-se preferência à fórmula efeitos horizontais ou à expressão eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada.

Citada doutrina parte da tomada de consciência de que são cada vez mais semelhantes as relações e situações que se registram nas esferas pública e privada e que tais relações devem estar vinculadas aos princípios que compõem o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Há duas teorias acerca da maneira em que se concebe essa eficácia: teoria da eficácia indireta ou mediata e a teoria da eficácia direta ou imediata.

Para a teoria da eficácia indireta, a vinculatividade dos direitos, liberdades e garantias exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações aos princípios positivados nas normas de direito.

Por sua vez, a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais em meio a particulares coloca em evidência a força normativa desses direitos enquanto garantias constitucionais frente às violações por parte dos sujeitos privados. Assim, teriam uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos fazer apelo a eles, sem necessidade de mediação pelos poderes públicos.

Dessa maneira, os direitos fundamentais deixariam de ser meras orientações interpretativas da atuação dos particulares, para exercerem sua força normativa estabelecendo normas de conduta.

Em uma versão mais radical, Alexy expôs que essa teoria tornaria supérfluo o Direito Civil, pois os conflitos seriam solucionados recorrendo-se, diretamente, às normas de direitos fundamentais. Entretanto, tal autor criticou seu próprio entendimento, ao afirmar que os princípios fundamentais, de maneira alguma, estabelecem uma única solução para o caso

proposto, posto que são dotados de conteúdo variável, que se diversifica em cada situação concreta, levando a mais de uma solução jusfundamental.

Além disso, o Direito Civil não poderia se apoiar exclusivamente nos direitos fundamentais, caso contrário não poderia atender aos postulados da segurança jurídica e da igualdade de tratamento entre as partes envolvidas. Dessa feita, não se deve afastar a importância das normas de direito civil que devem sempre ser aplicadas à luz dos direitos fundamentais.

No entanto, por se tratarem de relações estabelecidas entre titulares de direitos fundamentais, onde a existência de um direito, de uma liberdade, pressupõe a (co)existência de um não-direito, de uma não-liberdade, torna-se indispensável um processo de ponderação que concilie os diversos interesses em colisão, restabelecendo o equilíbrio da relação.(ALEXY, 1993)

Entretanto, o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/ imediata. A solução passou a ser a da medida dessa vigência, ou seja, o do alcance da irradiação jusfundamental entre os particulares.

Tal extensão de eficácia será analisada em cada caso através de um processo de ponderação que procure harmonizar os direitos fundamentais em jogo com os princípios e valores específicos do Direito Privado. Dessa maneira, deve-se considerar a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global por outro.

O direito de propriedade, por sua vez, apresenta-se como um dos elementos mais significativos da crise da visão patrimonial, uma vez que foi influenciado pelo discurso solidarista, materializado mediante a aplicação da Teoria da Eficácia Imediata dos direitos Fundamentais.

Tal resta evidenciado na atual Constituição que construiu a noção de propriedade, ao lado da idéia de função social, o que culminou com um processo de relativização daquele instituto jurídico.

Assim, a propriedade deixa de ser um direito absoluto do proprietário, tornando-se um dever social. A partir desse momento, tornou-se dever do proprietário dar utilidade social a seus negócios, usando a propriedade privada em benefício dos interesses de toda a

coletividade. No caso da propriedade não cumprir a sua função social, definida constitucionalmente; não seria tutelada pelo ordenamento jurídico.

Essa seria a vontade do legislador constituinte que consagrou nos incisos XXII e XXIII do artigo 5º, nos incisos II e III do artigo 170, no parágrafo 2º do artigo 182 e no caput dos artigos 184 e 186 os princípios da função social, reflexos do princípio fundamental da solidariedade.

Diante dos inúmeros conflitos que se localizam no âmbito do direito das propriedades, torna-se imprescindível solucioná-los à luz do princípio constitucional da solidariedade, mediante a concretização da função social da propriedade, o que apenas será possível com aplicação da Teoria da Eficácia Imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.

Essa teoria permite a irradiação dos valores existenciais que compõem o direito de solidariedade nas relações de natureza patrimonial, tornando-as mais sensíveis às necessidades da coletividade humana e menos individualistas. Assim, é fundamental que se faça uma releitura de todas as relações sociais, públicas ou privadas, à luz do princípio da solidariedade.

Nesse sentido, a função social tornar-se-ia um limite interno e positivo do direito de propriedade, sendo inerente à própria noção de propriedade. A propriedade privada possuiria, assim, uma natureza dual: uma natureza privada, individual que remete à idéia de dominus do direito romano; e uma natureza pública, onde o exercício do direito de propriedade está condicionado a um máximo social, traduzindo-se em uma necessidade de atuação positiva por parte do proprietário.

A aplicação do princípio da solidariedade torna ainda mais evidente essa natureza pública, uma vez que, através dele, é possível perceber que a propriedade não existe somente para atender o interesse do proprietário, posto que se insere em um contexto social, fazendo parte de um todo. E por isso deve cooperar para o desenvolvimento desse corpo de que participa.

Esse poder de irradiação se legitima no âmbito das relações entre particulares por força da Teoria da Eficácia Horizontal. No entanto, referido efeito vinculativo não é absoluto, uma vez que se trata de relacionamentos travados entre titulares de direitos fundamentais que desfrutam de uma autonomia privada também constitucionalmente protegida.

Tal fato impõe uma série de adaptações, tornando imprescindível um processo de ponderação dos direitos em conflito em cada caso concreto, de forma a obter um equilíbrio dos interesses particulares envolvidos.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Com o passar do tempo, a concepção romana que justificava a propriedade por sua origem foi superada pela concepção aristotélica que justificava a propriedade por seu fim, ou seja, por sua função. Dessa maneira, a idéia de propriedade-função superou a idéia de propriedade absoluta, denotando a superação da Filosofia pelo Direito.

No primeiro capítulo, estudamos a evolução histórica do conceito e do conteúdo da propriedade. Explicitamos que, no século XIX, o liberalismo consagrou a idéia da coincidência entre os interesses individual e coletivo, afirmando que o direito subjetivo atingiria tão melhor a sua finalidade quanto menores fossem as limitações impostas. Dessa maneira, os direitos subjetivos poderiam ser exercidos de maneira irrestrita, em proveito exclusivo do titular.

Entretanto, já nesse século, se presenciava, na obra de alguns autores, a insuficiência da concepção dos direitos subjetivos absolutos para o convívio social. Esse é o motivo pelo qual foram sendo reconhecidas, progressivamente, limitações à propriedade.

No final do século XIX, surgiu a teoria neoclássica, sustentando que a harmonia social poderia ser alcançada a partir de análises utilitaristas de maximização do bem-estar social. Essa teoria surgiu como uma reação à concentração de poder econômico por parte de agentes econômicos, o que lhes possibilitava influenciar, com atitudes individuais, o mercado como um todo.

Os riscos inerentes ao exercício descontrolado do poder econômico evidenciaram que o excesso de liberdade poderia comprometer não apenas o livre funcionamento do mercado, como também o direito dos consumidores e, até mesmo, o poder político estatal⁵². Por esse motivo, a repressão ao abuso do poder econômico mostrou-se necessária.

Tal fato chamou a atenção para a artificialidade da separação absoluta entre o direito público e o direito privado, mostrando que este último possuía compromissos com os interesses sociais. Em face disso, antes mesmo do Estado Social, passou-se a cogitar da função social, como mecanismo capaz de administrar a tensão entre os aspectos individual e social inerentes aos direitos subjetivos.

⁵² LOPES, Ana Frásão de Azevedo. **Empresa e propriedade – Função Social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 304.

O redescobrimiento da importância da sociedade caracterizou a transição do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse contexto, temas como a sociedade, a função social, a ética social, a cultura e a solidariedade passaram a despertar um renovado interesse.

Seguindo essa linha, o século XX trouxe uma redução da liberdade e da autonomia privada, por meio de uma intervenção estatal nas atividades sociais e econômicas.

Em 1912, León Duguit buscou desfazer a idéia individualista e absoluta da propriedade, destacando no instituto uma missão social que deveria ser cumprida pelo seu titular. Para tanto, partiu da idéia de que a propriedade não é um direito, mas uma riqueza protegida pelo direito objetivo quando o proprietário encontra resistência de terceiros.

Influenciado, posteriormente, pela ideologia positivista de Augusto Comte, passou a afirmar que todo o indivíduo tem o dever de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social, na razão direta do lugar que ela ocupa na sociedade. Dessa maneira, a seu ver, a propriedade passou a ser a função social do detentor de riqueza. A sua doutrina influenciou na elaboração de textos constitucionais que enfatizaram a função social da propriedade, como as Constituições do México e a de Weimar.

Vale ressaltar que o percurso da função social foi bastante tormentoso, uma vez que sua implementação efetiva dependia de uma modificação estrutural dos direitos subjetivos que passavam a ser instrumentos, não apenas de prerrogativas e faculdades do titular, mas também de deveres e responsabilidades para com os demais membros da sociedade. No entanto, foi a ânsia de corrigir as falhas de mercado, no Estado Social, que a incorporou, de fato, na sociedade.

Nesse ínterim, é imprescindível a conceituação do termo função social, posto que não se deve deixar a conceituação do citado termo ao bel-prazer dos intérpretes.

O termo função social, consoante disciplina Stefano Rodotà, representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes que existe uma utilidade social definida pelo legislador. Para tanto, a função social seria a descoberta do aspecto interno da propriedade, colocando-se como componente de sua estrutura.

É costume considerar a função social como sinônimo dos termos bem-estar social e utilidade social. Tal se deve ao fato de que a primeira idéia que vem a mente, ao fazer referência ao termo, é de uma proteção da propriedade em razão da utilidade produtiva dos

bens e ligada ao incremento da produção e ao aumento da riqueza, numa forma de bem-estar econômico e coletivo.

No entanto, no que concerne ao conceito de função social da propriedade, duas são as orientações vigentes.

A primeira delas concebe a função social da propriedade como uma cláusula geral do direito privado, funcionando como norte para a aferição dos comportamentos proprietários. Para Stefano Rodotà, por sua vez, configuraria um princípio positivado e operativo em via geral, e não uma fórmula verbal indicativa de um complexo de obrigações a serem definidas em lei.

Dessa maneira, surge a dúvida se a função social da propriedade se caracterizara como um princípio ou como uma cláusula geral. Judith Martins-Costa afirma que a proposição normativa consubstancia cláusula geral que contém o princípio da função social que, por sua vez, reenvia ao valor que este exprime⁵³. Suzana de Toledo Barros, por sua vez, afirma que os direitos fundamentais, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou o bem jurídico que visam proteger⁵⁴.

A cláusula-geral consistiria em uma disposição normativa, com ampla extensão em seu campo semântico, que utiliza, em seu enunciado, uma linguagem intencionalmente vaga e é dirigida ao juiz como uma maneira de lhe conferir mandado para que, à vista dos casos concretos, crie ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio cuja concretização pode estar fora do sistema⁵⁵.

Dessa forma, seriam adotados conceitos e princípios mais abertos, objetivando armar um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que apenas assume seu significado diante do caso concreto. Afirma-se ainda que, como cláusula-geral, cabe a aplicação analógica de eventuais normas inferiores, ainda que excepcionais, que representem a realização do princípio da função social.

Como essa natureza, a função social teria uma ampla gama de destinatários, quais sejam, o titular da relação jurídica de propriedade, os terceiros não-proprietários, os titulares de contradireitos, o legislador e o juiz. Dessa maneira, ela serviria como parâmetro para o

⁵³MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 323 - 324.

⁵⁴BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, 2ª ed., Brasília: Brasília-Jurídica, 2000, p. 156.

⁵⁵MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

proprietário, indicando-lhe o rumo que deveria seguir para proceder de acordo com os valores fundamentais da Constituição; serviria de norte ao legislador para que não procedesse ao proprietário poderes supérfluos ou contraproducentes ao interesse social, servindo ao juiz como critério de interpretação da disciplina proprietária.

Para Pietro Perlingiere, noções socialmente indeterminadas como função social tem uma vagueza intencional posto que tem a vantagem de possibilitar o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, mantendo-a atualizada por valores contemporâneos, e permitindo, por sua vaga moldura, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta.

Crítica-se essa posição, afirmando que, nesse caso, o Poder Judiciário teria uma margem muito larga de decisão e de intervenção na vida econômica. O juiz teria atribuição para as apreciações de política econômica, sem investidura por representação popular. Dessa maneira, uma interpretação conservadora poderia levar ao esvaziamento da função social em seu conteúdo e em sua finalidade.

Nesse contexto, há uma preocupação, de alguns autores, de que o juiz possa interferir na esfera da autonomia privada, ou em situações de política econômica, ao aplicar a cláusula geral da função social da propriedade. Entretanto, vale ressaltar que o jurista não é completamente livre para atribuir um conteúdo ao princípio, que deverá, sempre, estar conectado com as demais normas do ordenamento jurídico que disciplinam as relações econômicas e sociais previstas na Constituição.

No caso concreto, a noção de função social assumiria um papel mais jurídico e menos político, posto que a atividade proprietária seria valorada em concreto e não em abstrato, relacionada a outras justas relações sociais.

A segunda posição acerca da função social da propriedade a concebe como um conceito cujo conteúdo é fornecido pela lei. Assim, haveria norma programática que deveria merecer, necessariamente, legislação específica a ser aplicada a casos concretos. Os tribunais apenas se manifestariam em respeito à figura já determinada pelo legislador ordinário.

Afirma, ainda, tal corrente que se a legislação inferior disciplinar a função social em contraposição a princípios constitucionais, deve prevalecer o critério da especialidade. Sustenta-se, nessa corrente, que a amplitude da função social deverá ser interpretada restritivamente, sem descaracterizar a propriedade privada ou a reduzir a concepção meramente instrumental.

Nesse sentido, José Luis de Los Mozos afirmou que a propriedade se concebe como um direito de atribuição de bens, sem mais limitações do que as estabelecidas na lei. Para ele, a função social não é apta nem capaz de criar novos conceitos de propriedade, nem sequer novos tipos de propriedade, mas tão somente matizar suas limitações, mesmo por que não incide diretamente sobre o direito, mas apenas sobre o destino que se dá aos bens sobre os quais recai o direito⁵⁶.

Afirma, ainda, que a função social não é condição nem requisito do reconhecimento da propriedade, posto que se encontra fora do sistema, constituindo noção heterogênea e não se encontrando em um mesmo plano⁵⁷.

Vale ressaltar que a função social se apresenta como causa de justificação das intervenções legislativas. Não se trata, portanto, de norma em branco, com a qual o constituinte delegou ao legislador um poder amplo de determinação de conteúdo. A lei ordinária deverá se conformar à função social, que vale como princípio hábil ao seu controle de constitucionalidade. O princípio tem finalidade assecuratória, impondo ao legislador ordinário a predisposição de um estatuto que não conceda poderes supérfluos e que, ao mesmo tempo, garanta ao titular do Direito os poderes necessários a perseguir o interesse constitucionalmente relevante.

Em suma, parece claro que a propriedade é um direito atribuído, pelo ordem jurídica, a um titular. Entretanto, no que consiste a denominada função social da propriedade?

Essa resposta é abstrata posto que depende de cada ordem jurídica, em determinado momento histórico. Em termos gerais, no entanto, ela consistiria em um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo⁵⁸.

Ela seria, ainda, ao ver de José Diniz de Moraes, o concreto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigida pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposições de obrigações, encargos, limitações,

⁵⁶ MOZOS, José Luis de Los. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradition jurídica**, Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, p. 199-203.

⁵⁷ MOZOS, J. L. L. **El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradition jurídica**, Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, cit.p. 199-203.

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Função social da propriedade dos bens de produção**, 1986, p. 75.

restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada⁵⁹.

Dessa maneira, a função social é a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito, não podendo ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura. Assim, fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim em atividade conformativa do legislador.

Há autores que defendem a idéia de que não há uma função social da propriedade. Para eles, a propriedade já é uma função social. Ela consistiria em uma forma de alocação de recursos e riquezas de maneira a maximizar a eficiência de geração de riquezas e desenvolvimento humano⁶⁰.

Para esses autores, sob o prisma econômico, a propriedade apenas pode ser pensada em termos de aplicação social numa eficiente distribuição e produção de riquezas, desta forma, tanto a concepção clássica como as concepções modernas de função social, nada mais são do que formas de aplicação dos direitos de exclusão/propriedade⁶¹.

O ilustre professor Raimundo Bezerra Falcão, já havia despertado para esta realidade, *in verbis*:

Lembra Orlando Gomes a oposição que se levantou à inserção da noção de função social da propriedade. Apontava-se, então, uma insanável contradição. “ Não se imaginava que, poucos anos depois, se chegaria à convicção, hoje generalizada, porque inclusive aceita em várias Constituições, de que a propriedade é uma função especial, de que a utilização dos bens, para o exercício de uma atividade produtiva, não pode mais ser admitida como um direito natural, que se exerce em proveito próprio, para tirar vantagens, porque se assume os riscos desse exercício. Hoje, a idéia da função social está substituindo a de propriedade como direito subjetivo, ilimitado.

Mas não é apenas isso que deve ser levado em conta. Cabe ressaltar, ademais, ser menos provável que a propriedade seja uma função social do que tenha uma função social. Isso eliminaria toda a pretendida contradição, considerando-se que a propriedade já nasceria como função e não como *facultas agendi*.⁶²

⁵⁹ MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 111.

⁶⁰ MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade**. <http://conpedi.org/manaus/>, captura em 26 de setembro de 2007.

⁶¹ MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o direito de propriedade**. <http://conpedi.org/manaus/>, captura em 26 de setembro de 2007

⁶² FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e Mudança Social**. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1981. p. 236-237.

No que concerne à natureza da função social, autores divergem quanto ao caráter interno ou externo dessa relação. Há aqueles que vêem, na função social, uma limitação externa à propriedade, tida por direito subjetivo. A esses, o princípio da legalidade é aplicado, devendo as limitações sempre serem impostas por lei.

Ao invés, para aqueles que enxergam a propriedade como relação jurídica complexa, carregadas de direitos e deveres, a função social e as limitações à propriedade, constituiriam o próprio conteúdo do instituto, podendo derivar da natureza das coisas ou do ato administrativo.

Interessante ressaltar que inexistente antinomia entre a função social da propriedade e o direito de usar, gozar e dispor de bens. Apenas os direitos tradicionais de domínio encontram-se subordinados à função social.

Há divergências acerca das categorias de bens que se subordinam à função social. É claro que algumas categorias de bens estão mais ligadas ao princípio do que outras, como é o caso dos bens de produção e dos imóveis rurais. No que concerne aos bens de consumo, ou propriedade pessoal, a questão não é tranqüila.

Parte da doutrina entende que apenas os bens de produção podem atender a interesses coletivos, que constituem o pressuposto de fato da função social. A melhor posição, entretanto, é a que confere função social, também, aos bens de consumo, especialmente aos essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Trata-se de garantir a todos o mínimo dos aludidos bens indispensáveis, como os alimentos básicos e medicamentos.

Vale ressaltar que a própria Constituição Federal não prevê exceção à regra da função social da propriedade privada, razão pela qual não há que se restringir a sua incidência a bens produtivos. Isso porque todos os bens têm utilidade, geral e individual, ligada a satisfação de exigências merecedoras de tutela, não necessariamente do mercado de produção, mas também pessoais, existenciais, individuais ou comunitárias, realizando-se a função social.

Como fator determinante do comportamento proprietário, a função social é fonte de estímulos e sanções de determinadas condutas, trazendo consigo obrigações positivas e negativas, limitadoras e impulsionadoras.

Assim, a função social tem diversas aplicações, tais como: incentivar pequenas e médias empresas; subsidiar a instalação de indústrias em determinadas regiões do país; isentar do pagamento de tributos propriedades de valor histórico; conceder créditos, em condições privilegiadas para a aquisição da casa própria; impedir a penhora de imóveis residenciais.

Dessa maneira, percebe-se que a função social pode servir de incentivo a diversas formas proprietárias e a determinadas condutas socialmente relevantes.

3.1 A Função Social da Propriedade e a Política Urbana

A Constituição Federal de 1988 prevê que o poder público municipal deve executar a política de desenvolvimento urbano conforme diretrizes fixadas no plano diretor (art. 182, caput, e §1º). Esse plano visa tornar a cidade um lugar mais adequado para a convivência das pessoas.

No caso das cidades de pequeno porte que não o detém, sujeita-se a propriedade urbana à funcionalização por intermédio de regras limitadoras e impulsionadoras legais ou administrativas.

O art. 182, §4º da Constituição facultou ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, em termos de lei federal⁶³, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de incorrer em sanções diversas, tais como:

- a) parcelamento ou edificação compulsórios;
- b) imposto sobre propriedade predial rural e territorial urbana progressivo no tempo;
- c) 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.

Com esse parágrafo foi superada a idéia da função social como um princípio apenas gerador de comportamentos negativos e abstenções; impondo-se ao proprietário um comportamento positivo, consistente na adequada utilização da coisa em prol da comunidade. Tal fato era impensável no regime tradicional de propriedade.

Em 2001, a Lei nº 10.257, mais conhecida como “Estatuto da Cidade”, passou a regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, buscou-se direcionar o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do equilíbrio ambiental.

⁶³ Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade)

Entre as diretrizes destacadas no artigo 2º dessa lei, destacam-se a ordenação da cidade, o controle do solo urbano, o parcelamento do solo e a edificação; a fim de coibir o uso excessivo e inadequado em relação à infra-estrutura da cidade e ao tráfego e a retenção especulativa. Estabeleceram-se, ainda, normas especiais de urbanização para a regularização fundiária de áreas ocupadas por população de baixa renda.

Com isso, demonstra-se uma profunda alteração no processo urbanístico, uma vez que as decisões básicas do urbanismo deslocaram-se do particular para o Poder Público. Assim, o particular perdeu o chamado *ius edificandi*, ou seja, a faculdade de pôr sobre o solo algo com significado urbanístico. A configuração da cidade passou de conjunto de interesses individuais para a realização coletiva, garantindo-se aos não-proprietários o direito à cidade.

Ao estabelecer o parcelamento e a edificação compulsória como penas, o legislador buscou coibir a prática de se estocar imóveis urbanos à espera de urbanização pelo Poder Público, com intuito especulativo. Essa prática visava criar um banco de terras, beneficiando-se o especulador da mais-valia feita às custas dos cofres públicos, para a qual contribuiu tão somente com o pagamento do imposto predial urbano.

Imprescindível ressaltar que o parcelamento e a edificação compulsórios devem se ater ao que dispõe o Plano Diretor, para que se possa preencher a finalidade de bem-estar da comunidade. Esses mecanismos dependem de lei municipal para serem implementados, sendo garantido ao proprietário prazo mínimo de um ano para protocolar o projeto de utilização. Averbada a notificação no registro imobiliário, ganha ela foro de realidade ou de obrigação *propter rem*, podendo ser exigida diretamente dos novos proprietários.

No que concerne à tributação progressiva no tempo, imprescindível ressaltar que ela encontra previsão no artigo 7º da Lei 10.257 e será imposta caso não atendida, no prazo correto, a determinação de correta utilização do bem. Ela é aplicada por cinco anos consecutivos, até a alíquota máxima de 15 por cento, vedada a concessão de isenções e de anistia.

Trata-se de imposto de natureza extrafiscal, posto que consiste no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas coibitórias de comportamento, tendo em vista a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. Dessa maneira, o imposto visa corrigir o desvio de utilização da propriedade imóvel.

A desapropriação-sanção serve para evitar o descumprimento de normas que contêm obrigações dos proprietários, restabelecendo a legalidade urbanística. Nesse ínterim, o artigo 8º da Lei 10.257/2001 trouxe novidades como o pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em até 10 anos, com base no montante lançado do IPTU, descontada a parcela incorporada em razão de obras públicas nas imediações do imóvel. Além disso, não se computam os lucros cessantes, bem como os juros compensatórios, tudo com o propósito de evitar o estímulo à má conduta do proprietário.

Outro mecanismo criado pela Constituição Federal de 1988 para dar efetividade à função social da propriedade é o instituto do usucapião especial, previsto em seu artigo 183. São requisitos para tal modalidade de prescrição aquisitiva a propriedade de até duzentos e cinquenta metros quadrados, para moradia própria ou da família, por período de cinco anos ininterruptos e sem oposição. Além disso, o usucapiante não poderá ter sido proprietário de outro imóvel, urbano ou rural. Esse direito será reconhecido apenas uma vez e não incide sobre imóvel público (art. 183, §§2º e 3º).

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de afirmar que este prazo haveria de contar-se, inicialmente, a partir da data da promulgação da Constituição, não tendo, por isso, efeito retrooperante.⁶⁴

Em julgamento iniciado em 25 de maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal viu-se confrontado com a indagação sobre a aplicação desse usucapião especial a imóveis edificados (v.g.apartamentos). Na ocasião, o relator, Ministro Marco Aurélio, defendeu essa possibilidade (RE 305.416/RS). Na verdade, torna-se até difícil defender visão contrária, uma vez que não parece possível haver uma distinção hermenêutica que excepcione os imóveis edificados da incidência do usucapião. Se a norma constitucional tem como fim assegurar o usucapião de imóveis urbanos utilizados para moradia do ocupante ou da sua família, esses poderão consistir em imóveis não edificados ou em imóveis edificados.

Nesse contexto, tem fundamental importância o artigo 10 da Lei 10.257/2001 que permite o usucapião coletivo de áreas urbanas, ainda que com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por mais de cinco anos por população de baixa renda para moradia, onde não for possível localizar os terrenos ocupados por cada possuidor. Dessa maneira, confere-se a cada possuidor a parte ideal do todo, em condomínio indivisível.

⁶⁴ RE 145.004, Rel. Octavio Galloti, DJ de 13-12-1996.

O Estatuto da Cidade adotou, ainda, outros mecanismos com o propósito de ordenar o pleno desenvolvimento da função social da propriedade na cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. O direito real de superfície é um deles, uma vez que permite o desmembramento inédito de poderes dominiais, mediante a entrega a terceiro do direito de utilizar o solo, o subsolo ou espaço aéreo do terreno, por negócio jurídico oneroso ou gratuito.

Outro mecanismo é o do direito à preempção a partir do qual se confere ao Poder Público Municipal a preferência para a aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa, por tempo determinado e em área determinada. Trata-se de poderoso instrumento de combate à sonegação fiscal e que bem reflete a prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Além desses, há a possibilidade da outorga onerosa e da transferência do direito de construir, previsto nos artigos 28, 31 e 35, esses mecanismos permitem ao poder público alocar e dirigir investimentos para bairros carentes da cidade.

A partir do exposto, é notória a preocupação da Lei 10.257/2001 com a ordenação da cidade e com a valorização do elemento funcional da propriedade, em detrimento do elemento estrutural que tem no solo no seu ícone maior.

3.2 A Função Social da Propriedade e a Política Agrária

Conforme explicitado anteriormente, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 184, dispõe ser da competência da União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social mediante justa e prévia indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula da preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão.

Hão de ser indenizadas, porém, em dinheiro, as benfeitorias úteis e necessárias, aqui entendidas, nos termos da legislação civil, aquelas que aumentam ou facilitam o uso do bem e as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore (CC, art. 96). As benfeitorias voluptuárias serão indenizadas mediante pagamento em títulos da dívida agrária.

Convém observar que a afirmação de que o pagamento dar-se-á mediante expedição de títulos da dívida agrária resgatáveis em até vinte anos parece uma contradição com a assertiva de que haverá uma indenização prévia. No entanto, deve-se compreender essa disciplina como assecuratória do direito de propriedade, enquanto não houver o trânsito em julgado da sentença na ação de desapropriação e o pagamento da indenização fixada em títulos da dívida agrária.

O mesmo instituto, em seu artigo 186, fixa os parâmetros para se saber o que é, efetivamente, essa função. O citado preceito afirma que a função social estará cumprida quando atendidos os seguintes critérios estabelecidos em lei: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Tendo em vista o interesse social que embasa a desapropriação para fins de reforma agrária, reconheceu o constituinte que não serão expropriáveis a pequena e média propriedades, desde que o seu proprietário não detenha outra, e a propriedade produtiva (CF, art. 185, *caput*).

No que concerne à pequena propriedade rural, prelecionou José Afonso da Silva: “o conceito de pequena propriedade rural já está definido no Estatuto da Terra, quando diz que a propriedade rural não é divisível em áreas de dimensão inferior à constitutiva do módulo de propriedade rural. Assim, o módulo é a quantidade mínima de terras admitida no imóvel rural. É uma área suficiente para absorver toda a força de trabalho, garantindo a subsistência e o progresso social e econômico do proprietário e sua família, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiro. Esse também é o conceito dado pelo Código Florestal (Lei 4.771/1965, art. 1º, §2º, I) que já indica o máximo de áreas por região.”⁶⁵

No que concerne a impossibilidade de expropriação da terra produtiva, alguns autores são contrários a esse entendimento. Para eles, citado dispositivo causa uma perplexidade, uma vez que pode ocorrer de uma propriedade, não preencher os demais requisitos de funcionalização e, ficar imune a sanção de desapropriação. Seria o caso de uma propriedade cuja exploração agrida o meio ambiente, ou vulnere normas cogentes que disciplinam as relações de trabalho.

Para que seja solucionada a presente antinomia, deve-se recorrer aos princípios informadores da Constituição Federal. A produtividade especulativa e isolada não elide os demais elementos da função social. Ao ver de Gustavo Tepedino, a propriedade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza,

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.⁶⁶

Tal entendimento é corroborado pelo disposto no artigo 7º da Lei federal nº 8.629/93, que regulamentou os dispositivos constitucionais relativos à desapropriação para a reforma agrária. Citado artigo estabelece que o imóvel que estiver em fase de implantação de projeto voltado para o seu aproveitamento econômico, observados parâmetros exclusivamente produtivos, não pode ser objeto de desapropriação. Dessa maneira, a produtividade não poderá ser analisada de forma isolada, podendo ser desapropriado o imóvel que descumpra os demais requisitos da função social.

Nesse sentido, O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de asseverar que a propriedade qualificada como produtiva no cadastro rural não poderia ter a sua classificação revista, mediante vistoria in loco, após invasão de trabalhadores rurais, uma vez que o coeficiente de produtividade fundiária terá sido descaracterizado pela prática do esbulho possessório. Restaria inválido o decreto expropriatório que se baseou em vistoria do imóvel (para os fins de desclassificação de improdutivo) que não preencheria os requisitos básicos para a sua idoneidade⁶⁷.

No que se refere ao meio ambiente, tem-se considerado, em alguns casos, que o estabelecimento de limites ao uso da propriedade, em razão da criação de reservas florestais sem a correspondente contraprestação, configuraria afronta ao direito de propriedade.

Enfatizou-se, no RE 134.297, que a circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, por si só, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário⁶⁸.

Vale ressaltar que, a lei agrária brasileira nº. 4.504/64, conhecida como Estatuto da Terra, oferece valioso subsídio para a definição do conteúdo da função social da propriedade rural. Além de veicular a desapropriação para fins de reforma agrária, trouxe o instituto do usucapião especial rural.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**, in Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p 275.

⁶⁷ Cf. MS 23.759, Rel. Celso de Mello, julgado em 17-4-2002, Pleno, DJ de 22-8-2003.

⁶⁸ RE 134.297, Rel. Celso de Mello, DJ de 22-9-1995.

Esse instituto exige que o usucapiente torne a área produtiva para o seu trabalho, ou de sua família, tendo nela a sua moradia. Dessa forma, depreende-se uma nítida proteção ao aspecto funcional da propriedade, em detrimento de sua estrutura tradicional, inclusive no que se refere à questão promocional do direito, com o propósito de beneficiar o possuidor de pequena gleba, que nela habite e cultive e não seja proprietário de outro imóvel.

3.3 - A Questão da Tutela da Propriedade que não Cumpre a Função Social

A questão da vedação da tutela da propriedade que deixa de cumprir a função social é das mais delicadas do ordenamento jurídico. A maior parte da doutrina afirma que a sanção ao mau comportamento do proprietário se dá quando este desobedece obrigações e ônus postos a seu cargo. É claro que a infração à cláusula geral da função social da propriedade não podem ser prestigiados pela ordem jurídica.

A questão se põe com gravidade no caso do mau uso da propriedade imóvel, seja urbana, seja rural, quando o proprietário deixa de adotar condutas positivas de utilização do bem. É o que se dá no caso de imóveis urbanos adquiridos com fins unicamente especulativos. Há, ainda, o caso da propriedade rural improdutiva, mantida pelo titular de uma maneira ociosa, ou, até mesmo, afrontando regras que disciplinam as relações de trabalho.

As questões acima apresentadas não são tão simples, posto que não se resolvem no singelo raciocínio de que o abuso de direito não pode ser merecedor da tutela do ordenamento.

Negar qualquer ato de defesa ao mau proprietário, sujeito à agressão de terceiros, poderia significar uma legitimação do reino da força, uma vez que sendo os bens escassos, seria inevitável a luta por sua apropriação.

Lembre-se que a Constituição Federal, ao disciplinar o mau uso da propriedade, estipulou gradativas sanções que vão desde a edificação compulsória, passando pela tributação progressiva, até a desapropriação para fins de interesse social, mediante pagamentos em títulos da dívida pública. Entretanto, a Carta Política não cogitou acerca da negativa de tutela.

Imprescindível ressaltar que tanto a relação jurídica da propriedade quanto a sua função social são garantidas pelo artigo 5º, que trata dos direitos fundamentais. Dessa forma,

inexiste qualquer relação de hierarquia ou de antinomia entre esses institutos. Além disso, ambos são obrigatórios e vinculam aos seus destinatários.

Não há antinomia, uma vez que a função social integra a própria estrutura da relação proprietária, criando deveres, ônus, abstenções e estímulos ao proprietário. Também não há critério que determine quando a propriedade atenderá a sua função social, devendo ser analisado o caso concreto e a concorrência entre os interesses proprietários e os não-proprietários.

Algumas premissas, entretanto, podem ser fixadas, tomando-se por base os precedentes de nossos tribunais.

Primeiramente, pode-se tecer comentários acerca da tutela do mau proprietário. Vale ressaltar que o termo tutela abrange tanto a autodefesa como os remédios processuais para a defesa de direitos decorrentes da relação proprietária, tais como: os remédios possessórios, a autotutela, a indenização pela deterioração ou perecimento da coisa e a indenização pela desapropriação. Necessário se faz verificar qual é, exatamente, a tutela que se nega e a que se admite ao mau proprietário.

Convém ressaltar que não se deve admitir que a negativa de tutela ao mau proprietário estimule condutas violentas de terceiros que almejem fazer valer seus interesses não proprietários, mediante o exercício da autotutela. Não cabe ao particular sancionar pessoalmente o mau proprietário, desprezando o devido processo legal, ainda que com o propósito de conformar o bem à sua função social. Não há como conferir ao particular a prerrogativa de decidir, levando em conta a sua subjetividade, qual relação proprietária não cumpre a sua função social, quem vai tomá-la do titular e qual vai ser o destino do bem.

Nesse sentido, há uma resistência de nossos tribunais na admissão da autotutela das partes como modo de conformação da função social da propriedade. Tal se constata no julgado a seguir:

A invasão de propriedade urbana não encontra respaldo na ordem jurídica, inobstante enquanto movimento político os objetivos possam até ser justos. A discussão sobre a função social da propriedade compete ao Poder Público municipal, estabelecendo e verificando o seu cumprimento. Qualquer desapropriação há de ser realizada mediante prévia e justa indenização. (RT 727/294)

No mesmo sentido:

O fato social pode e deve ser resolvido pelo Poder Público, mas de ordinário ele o faz, mediante desapropriação e construção de conjuntos habitacionais. A destinação social da propriedade é obtida mediante tributação progressiva e desapropriação, que é a maneira civilizada de promover a sua finalidade social. O critério da força, pelo qual o mais forte e mais agressivo passa a ser o mais necessitado, ficando o mais débil e fragilizado condenado ao desabrigo, não é o melhor. (1º TAC/SP – Apelação Cível nº 851.855-0, 1ª Câmara, Relator Juiz Nelson Calandra, RT 771/252)

Vale ressaltar que este entendimento dos tribunais admite que o mau proprietário, qual seja o que conferiu mau uso ou que se omitiu por largo período, possa, a qualquer tempo, retomar o bem de quem o ocupou sem vícios e deu-lhe função social, desde que tal reivindicação seja realizada antes da consumação da prescrição aquisitiva.

A conhecida imprescritibilidade da ação reivindicatória contrasta com a visão dinâmica e social da propriedade, podendo ser encarada como inconstitucional. Pode-se, ainda, afirmar que a pretensão do mau proprietário de retomar o bem, após longo período de inércia e de passiva percepção da posse e do esforço de terceiros em dar-lhe função social, ofenda o princípio da boa-fé objetiva. Nesse caso, poder-se-á dar a *supressio*, qual seja uma das modalidades da perda de um direito por protraimento ilegal.

Esse instituto faz-se presente quando ocorre um fato que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido, durante um determinado lapso de tempo, não mais possa sê-lo, por, de outra forma, se contrariar a boa-fé. A *supressio* distingue-se da prescrição e da decadência, uma vez que não mais se contenta com o decurso do tempo; pelo contrário, exige comportamento contraditório, despertando na pessoa contra quem o direito se dirigia a confiança e a expectativa de que não mais seria ele exercido.

Nesse sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo fixou relevante precedente. Era o caso de uma ação reivindicatória, na qual se buscava a desocupação de imóvel ocupado, há quase duas décadas, por uma favela, em loteamento nunca implantado. Embora, nesse caso, o usucapião não estivesse sido consumado a favor dos réus, a ação reivindicatória foi julgada improcedente, prestigiando-se a posse dos ocupantes. Do julgado, destacam-se as seguintes passagens:

Loteamentos e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamentos e lotes. (...) A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz

dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que se manteve a propriedade privada, a Constituição Federal a submeteu ao princípio da função social da propriedade (arts. 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186 etc.). Esse princípio não representa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social da propriedade atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no artigo 524 do Código Civil (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhes são submetidos. (...) O “*jus reivindicati*” fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito. (TJSP – Apelação Cível nº 212.726-1/8, Rel. Dês. José Osório de Azevedo Júnior).⁶⁹

A partir da leitura do julgado, nota-se que a função social foi privilegiada em relação ao direito de propriedade; mas, para tanto, parte-se de pressupostos firmes e bem delineados. Trata-se de posse antiga e não viciada, concedendo, os possuidores, função social à propriedade, até então abandonada.

Buscando uma melhor compreensão do caso proposto, faz-se necessário realizar um juízo de ponderação entre as duas situações. Primeiramente, dever-se-á aplicar o princípio da adequação que traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos, ou seja, o apossamento deve visar e ser adequado ao cumprimento da função social. Posteriormente, deve-se aplicar o princípio da necessidade que é verificado na indispensabilidade da medida restritiva, que não poderá ser substituída por outra menos gravosa.

Além desses princípios, deverão, ainda, ser aplicados os princípios da proporcionalidade e da concordância prática. Enquanto, naquele deve-se ponderar a carga de restrição em função dos resultados, neste procura-se preservar, ao máximo, os direitos e bens constitucionalmente protegidos. Por fim, deve-se considerar as peculiaridades do bem e o seu significado para o proprietário.

No que concerne à ponderação, vale ressaltar que ela jamais pode ser feita mediante abstrata comparação de bens e valores tutelados, pois depende do caso concreto para

⁶⁹ O julgado mereceu destaque e transcrição parcial em André Osório Godinho, “*Função social da propriedade*”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, cit., p. 422 e ss, in Francisco Eduardo Loureiro, “*A propriedade como relação jurídica complexa*”, cit., p. 151 e ss.

a sua efetiva realização. Para tanto, devem ser identificados os fatos relativos à modalidade de atuação do titular do direito e os meios empregados nessa atuação. Devem ser identificadas, também, as demais circunstâncias factuais relevantes do direito em conflito, como, por exemplo, a antiguidade da constituição do direito, os comportamentos ético-jurídicos censuráveis das partes na disputa e as consequências objetivas resultantes da decisão em conflito.

Do acima exposto, afirma-se a inviabilidade de se admitir que a posse injusta seja prestigiada, mesmo que tenha o fim de dar função social à propriedade. Somente após a extinção do vício que se poderá cogitar acerca da tutela favorável ao possuidor, contra a pretensão reivindicatória do titular do domínio.

O exame e a ponderação dos valores em jogo estão muito claros em precedentes de nossos tribunais que julgaram a falta de merecimento de tutela do mau proprietário, quanto à ação de desapropriação por interesse social. Essa modalidade de desapropriação não representa um sacrifício de um direito individual às exigências da necessidade pública, pelo contrário representa uma sanção ao mau proprietário que não foi capaz de conceder uma destinação social ao seu bem.

Dessa forma, verifica-se que o leque de soluções e de sanções previstas na Constituição Federal, tais como: a tributação progressiva, a edificação compulsória e a desapropriação; nem sempre se mostram eficazes. Para tanto, a ação civil pública é o instrumento jurídico que mais entra em sintonia com a preservação dos valores que tutelam a função social da propriedade.

Nesse ínterim, a ação civil pública pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou de não-fazer, relativa a danos patrimoniais e morais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Assim, há a possibilidade de compelir o Poder Público e o mau proprietário a cumprirem a cláusula geral da função social da propriedade, tanto nas condutas, por meio da utilização da ação civil pública. Esse entendimento encontra precedentes nos tribunais, que, em diversas oportunidades, acolheram pedidos com a finalidade de compelir a municipalidade a usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbacão e o uso indevido de áreas públicas. Diante do exposto, nota-se que a ação civil pública pode ser proposta com o intuito de corrigir o mau exercício da propriedade em diversas vertentes.

Convém ressaltar que a legitimidade para a propositura da ação é da União, Estados, Municípios, Ministério Público e das associações, constituídas há mais de um ano, cuja finalidade consista na proteção ao meio ambiente, à ordem econômica e ao patrimônio cultural e paisagístico. Esse tipo de ação pode ser proposta tanto em face do particular responsável direto, como contra o responsável indireto e, até mesmo, contra ambos. Dessa maneira, tanto podem ser réus o mau proprietário, quanto o Poder Público, ou ambos em litisconsórcio facultativo.

3.4 - Alguns aspectos da função social da propriedade na Legislação Inferior e nos Tribunais

É muito conhecida a lição de Stéfano Rodotà, para quem a função social manifesta-se concretamente na relação jurídica da propriedade sob o aspecto da privação de determinadas faculdades.

Essa nova feição de propriedade surgiu gradativamente, a partir de pronunciamentos dos tribunais e de novas leis, estando conectada a outros valores prestigiados pela Constituição Federal. Dessa feita, desvinculou-se do conceito oitocentista que concebia a propriedade como um direito subjetivo absoluto e inviolável.

Atualmente, diversas são as situações em que se verifica a preocupação com a função social do bem. Inicialmente, convém dispor acerca da impenhorabilidade do bem de família.

A Lei 8.009/90 estabeleceu a impenhorabilidade do bem de família, assim entendido o imóvel residencial próprio do casal, ou de entidade familiar, sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados, excluídos os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos⁷⁰.

Encarado, a princípio, como uma restrição ao princípio de que o patrimônio do devedor constitui a garantia de seus credores. A evolução da jurisprudência fez com que o instituto passasse a ser visto como uma vertente fundamental do Direito, qual seja a do Direito

⁷⁰ Lei 8.009/90, arts. 1º e 2º.

à moradia, dando-lhe interpretação consentânea com os princípios constitucionais. Passou-se a admitir, inclusive, a incidência da lei às penhoras realizadas antes da sua vigência⁷¹.

O conceito de “imóvel residencial próprio do casal ou de entidade familiar” a salvo de penhora, apesar de certa resistência inicial, recebeu dos Tribunais interpretação teleológica, para abranger também pessoas solteiras e viúvas. Vale ressaltar que compreende, ainda, a família substitutiva. Nessa linha, o solteiro também deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. O viúvo recebe essa proteção ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias e passem a residir em outras casas. Dessa forma, percebe-se que a norma busca garantir um teto para cada pessoa, seja ela solteira, casada, viúva ou divorciada.

Convém ressaltar que o conceito “imóvel residencial” abrange situações de utilização mista, como é o caso da residência que tem destinação econômica, ou, até mesmo, dos prédios locados a terceiros. Nesse caso, entretanto, a renda dos alugueis deve ser destinada à garantia da moradia familiar, posto que deve prevalecer a destinação precípua, qual seja o local de moradia da entidade familiar.

No que concerne aos bens móveis que guarnecem a residência, houve também nítida modificação do entendimento dos tribunais. Enquanto, anteriormente, a proteção era limitada aos bens imprescindíveis ao funcionamento de uma residência; atualmente, a proteção é estendida a tudo que se mantém, usualmente, em um domicílio, e não apenas o indispensável pra mantê-la habitável.

No que concerne à impenhorabilidade dos bens do fiador em contrato de locação de imóvel, introduzida pela lei n° 8.245/91, vale ressaltar que essa garantia vem sendo excepcionada após o advento da Emenda constitucional n° 26, que assegurou a inclusão do direito à moradia, entre os direitos sociais.

O Ministro Velloso, em algumas decisões monocráticas, sustentou a incompatibilidade da norma, que mitigava a impenhorabilidade do bem de família em contrato de locação, com a Constituição⁷².

⁷¹ Súmula n° 205 do Superior Tribunal de Justiça: “A Lei n. 8009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência”. Diversos julgados do Supremo Tribunal Federal prestigiam a súmula: RTJ 154/200, 157/321, 158/708, 164/760, este último em formação plenária, com apenas um voto vencido.

⁷² RE 352.940, Rel. Carlos Velloso, julgado em 25-4-2005, DJ de 9-5-2005; RE 449.657, Rel. Carlos Velloso, DJ de 9-5-2005.

Entretanto, submetida a questão ao plenário, o Tribunal, na sessão de 8 de fevereiro de 2006, entendeu que a garantia da impenhorabilidade do bem de família não assumia caráter absoluto. Dessa maneira, afirmou a compatibilidade da norma contida no art. 3º, VII, da Lei n. 8.009/90, na redação dada pela lei n. 8.245/91, com o artigo 6º da Constituição Federal.

No que concerne às ações indenizatórias, ou desapropriatórias, decorrentes de limitações ambientais, vale ressaltar que a falta de correto desenvolvimento doutrinário da teoria da função social da propriedade e do direito ao meio ambiente saudável, levou os tribunais a concederem indenizações por limites que consideravam externos ao domínio.

No que tange a áreas como a Floresta Amazônica, o Pantanal Mato-grossense, a Mata Atlântica e a Serra do Mar, o parágrafo 4º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, determina que a sua exploração será realizada na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Anteriormente, citado dispositivo levava à interpretação de que o Poder Público deveria indenizar, pelas medidas protetoras que empregava em áreas consideradas de interdição natural do solo, como no caso das pedreiras, areais e etc. Esse entendimento ilustra a posição mais ortodoxa dos Tribunais, precipuamente no estado de São Paulo no que se referia à preservação da Mata Atlântica na Serra do Mar.

Posteriormente, ocorreram sensíveis mudanças na compreensão da estrutura da situação proprietária e no limite das indenizações. Passou-se, então, a compreender a propriedade como situação jurídica passiva do proprietário, com imposição de ônus, visando ao interesse social da comunidade, sem compensação em seu patrimônio.

Foi então que o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, determinou que as matas de preservação permanente e as objeto de restrições do Código Florestal não são passíveis de indenização⁷³. Dessa feita, determinou-se a inviabilidade da indenização a proprietários que nunca exploraram seus imóveis, pelas notórias dificuldades topográficas e econômicas⁷⁴ e a exclusão de juros compensatórios por gleba que não fosse explorada e nem havia plano para fazê-lo⁷⁵.

⁷³ REsp. n° 123.853-SP, Rel. Min. Luiz Pereira; REsp. n° 162.547, Rel. Min. Franciulli Netto.

⁷⁴ REsp. n° 97.317-SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, transcrevendo trecho do voto do Dês. Laerte Nordi.

⁷⁵ TJSP – Apelação Cível n° 233.207-2/7, j. 30.6.1994, Rel. Dês. Itamar Gaino.

Para tanto, argumenta-se que a justa indenização deveria ser aplicada também ao Poder Público expropriante, pois se não é justo que o dono do imóvel não receba a indenização suficiente para adquirir outro imóvel semelhante ao que fora expropriado, também não é justo que o Estado pague valor acima do mercado por tais imóveis. Se tal ocorresse, os custos da expropriação seriam suportados por toda a coletividade.

Dessa maneira, verifica-se tendência nos Tribunais em considerarem as restrições ambientais como integrantes da própria estrutura da propriedade e representativa de sua função social. Assim, demonstra-se uma nova tendência em que interesses não-proprietários (proteção ao meio ambiente) prevaleçam, no conflito, sobre os interesses dominiais e sobre a exploração econômica do bem.

Por fim, vale a pena tecer comentários acerca da relação de propriedade consistente nos embargos de terceiros opostos por compromissários compradores, detentores de títulos não registrados, em face de execuções movidas por credores hipotecários contra os promitentes vendedores.

No que concerne ao mérito dos embargos, de logo a posição original dos tribunais foi a de dar primazia ao direito real de hipoteca em relação à compra e venda, não dando atenção a sua anterioridade. Dessa feita, realizou-se uma clara distinção entre o direito real absoluto e, como tal, oponível erga omnes, e o direito pessoal, que vincula apenas as partes contratantes, não atingindo terceiros.

Citado entendimento encontra fundamento em agravo regimental proferido pelo Superior Tribunal de Justiça. Segue a ementa:

Se a credora hipotecária não participou da avença, nem liberou os gravames do vínculo hipotecário, sendo este real e não pessoal, qualquer negócio entre a incorporadora e os promitentes compradores é inoponível à ora gravada e exequente que, titular de direito de seqüela para pagamento de seu crédito, pode exercer o seu direito de excutir o bem objeto da hipoteca para pagamento do seu crédito.⁷⁶

A divergência acerca da temática levou a uma alteração nas decisões dos Tribunais, conferindo primazia à posição do promissário comprador. Para tanto, diversos foram os argumentos utilizados; como, por exemplo, o dever de cautela do credor hipotecário

⁷⁶ STJ – Agravo Regimental nº 161.052/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter.

e a natureza do compromisso de compra e venda, que transfere ao adquirente os poderes federados do domínio.

Passou-se a encarar a propriedade pelo seu caráter funcional, em duplo sentido. No primeiro sentido, interessa saber quem exerce os efetivos poderes dominiais, o que possibilitou que terceiros diligentes conhecessem a efetiva situação dinâmica da propriedade. No segundo sentido, evidencia-se o princípio da boa-fé objetiva, valorizando-se a proteção da moradia e da poupança popular. Dessa maneira, no confronto entre os direitos do credor hipotecário e do adquirente da unidade, prevaleceu aquele que mais espelha a função social da propriedade.

Citado entendimento, corrobora a tendência atual de explicar o paradoxo existente entre a intensificação da preocupação com os direitos humanos e os valores existenciais em plena estação globalizante, informada pelas demandas do mercado e pela otimização dos resultados. O retorno aos sentimentos e aos valores da pessoa humana representa uma reação à lógica do mercado que caracteriza a globalização.

Esse fato explica o surgimento de leis que submetem a relação de propriedade às exigências do mercado. Nesse ínterim, caberá aos Tribunais conciliarem a segurança do retorno do capital dos investidores e as prerrogativas essenciais aos adquirentes das unidades, tendo em mira a função promocional do direito moderno e o princípio da igualdade substancial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez concluída a apresentação dos fatos e a discussão dos mesmos, é chegada a hora de retratar as conclusões a que chegamos ao longo de toda essa exposição. Vale ressaltar que muitas delas já foram mencionadas ao longo do texto, tendo sido esse fato necessário para que ficasse consolidado o nosso posicionamento sobre os temas aqui percorridos.

Encontramos que o conceito de propriedade, sobre o qual divergem os autores, pode ser mais facilmente entendido do que definido. Tal se deve ao fato de que a definição deve ser genérica o bastante para abranger todas as figuras que contenham os pontos cruciais do instituto, sem, contudo, acarretar a vagueza do conceito. A melhor alternativa seria definir a propriedade como a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinadas à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.

Sobre o tema pudemos observar que, em regra: a) a propriedade tem como fundamento o direito à liberdade, entendida como um justo acesso à utilização dos bens, mecanismo capaz de promover o desenvolvimento máximo da pessoa e da sua dignidade; b) são características desse instituto: a realidade, plenitude, elasticidade, exclusividade, independência, imprescritibilidade e perpetuidade; c) o direito de propriedade é pressuposto do princípio da livre iniciativa.

Esse instituto jurídico teve a sua compreensão alterada pela aplicação do princípio da solidariedade no seio das relações privadas. A partir de então, o valor fundamental do ordenamento deixou de ser a autonomia da vontade individual, de cunho eminentemente patrimonial, para dar lugar a situações existenciais, em que o valor essencial é a pessoa humana em sua dignidade. Nesse contexto, a Teoria da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais teve fundamental importância, posto que conferiu à solidariedade social eficácia normativa e, dessa maneira, tornou-a capaz de vincular, de forma imediata, as relações humanas contidas no seio social. Pode-se, então, concluir que a função social da propriedade não deixa de ser um desdobramento da inserção da solidariedade nas relações que se estabelecem entre os indivíduos de uma mesma sociedade.

No que diz respeito ao tema principal do trabalho, a função social da propriedade, imprescindível ressaltar que ela pode ser considerada uma forma que a Constituição encontrou de condicionar o exercício da propriedade à justiça social, resgatando a

solidariedade e a intersubjetividade da liberdade de iniciativa e mostrando a sua relação com a dignidade da pessoa humana.

A função social da propriedade consiste na razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito, não podendo ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura.

Opera no sentido de vincular tanto o legislador infraconstitucional, que detém uma atividade conformativa, quanto o intérprete, na falta de norma específica. Além disso, trata-se de um conceito propositalmente aberto e, como tal, conectado às demais normas do ordenamento jurídico que disciplinam as relações econômicas e sociais previstas na Constituição.

Vale ressaltar que a função social da propriedade não se implementa em termos absolutos, pelo contrário, opera gradualmente e dentro do possível, a depender tanto de condições fáticas quanto jurídicas. Nesse ínterim, cabe ao intérprete resolver os seus eventuais conflitos à luz do caso concreto, mediante ponderação, optando pelo valor cuja prevalência conduza a uma decisão correta e justa e, assim, realizando a justiça em sentido material como referente fundamental da idéia de direito.

Como fator determinante do comportamento proprietário, a função social é fonte de estímulos e sanções de determinadas condutas, trazendo consigo obrigações positivas e negativas, limitadoras e impulsionadoras.

No que concerne às divergências acerca das categorias de bens que se subordinam à função social, algumas categorias de bens estão mais ligadas ao princípio, como os bens de produção e os imóveis rurais. Entretanto, no tocante aos bens de consumo, ou propriedade pessoal, a questão não é tranqüila. Nesse sentido, a melhor posição é a que confere função social, também, aos bens de consumo, e, especialmente, aos essenciais ao desenvolvimento da personalidade. Trata-se de garantir a todos o mínimo dos aludidos bens indispensáveis, como os alimentos básicos e medicamentos.

Vale ressaltar que a própria Constituição Federal não prevê exceção à regra da função social da propriedade privada, razão pela qual não se há que restringir a sua incidência a bens produtivos. Isso porque todos os bens têm utilidade, geral e individual, ligada a satisfação de exigências merecedoras de tutela, tais como: as pessoais, existenciais, individuais ou comunitárias.

E assim encerramos este trabalho, não sem antes lembrar os objetivos a que nos dispusemos quando o começamos. O que aqui foi discutido pode ser revisto posteriormente, visto que não pretendemos trazer verdades imutáveis. Mais importante do que elas é a discussão sobre um tema que merece estudos mais aprofundados do que este que ora se encerra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL NETO, Francisco. **A Decodificação do Direito Civil Brasileiro**. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 8, número 4, outubro a dezembro de 1997.

_____. **O Direito Civil na Pós-Modernidade**, em *Direito civil - atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**, 2ª ed., Brasília: Brasília-Jurídica, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª. ed., São Paulo: editora Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade**, em Revista do Conselho de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, Brasília, v. 1, n. 3, 1997.

_____. **Função Social da Propriedade dos Bens de Produção**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 63, julho\setembro de 1986.

DAVID, René. **Os grandes Sistemas de Direito Contemporâneo**, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Estado social e Princípio da Solidariedade**. Nomos, revista do curso de mestrado em direito da UFC. vol. 27. Fortaleza, jul/dez. 2007.

DE MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria Geral do Direito Civil**, 3ª ed., atual. Coimbra Editora, 1996.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Tributação e Mudança Social**. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 1981.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FLÓREZ – VALDÉS, Joaquín Arce. **El derecho Civil Constitucional**, Madri: Civitas, 1991.

GOMES, Orlando. **Significado da Noção Contemporânea do Direito de Propriedade**, Revista dos Tribunais, São Paulo, n.º 205, 1952; e Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 757, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica Na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Função Social da Propriedade (Direito Econômico)**. In. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39.

HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**, tradução de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez, Madri: Editorial Civitas, 1995.

HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 1984.

IMBERT, Jean. **O Direito Antigo e a sua Projeção no Direito Moderno**, Coimbra: Almedina, 1996.

JHERING, Rudolf Von. **A Finalidade do Direito (Der Zweck in Recht)**. Tradução de Heder Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. **A Evolução do Direito**. (sem indicação de tradutor). Salvador: Livraria Progresso, 1956.

LOPES, Ana Frasco de Azevedo – **Empresa e Propriedade - Função Social e Abuso do Poder Econômico** – São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MATIAS, João Luis Nogueira e ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. **Repensando o Direito de Propriedade**. <http://conpedi.org/manaus/>, captura em 26 de setembro de 2007.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Novos Aspectos da Função Social da Propriedade**, Revista de Direito Público, São Paulo, v. 84, out./ dez. 1987.

MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOZOS, José Luis de Los. **El Derecho de Propiedad: Crisis y Retorno a La Tradition Jurídica**, Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

NÓBREGA, Vandick Londres da. **História e Sistema do Direito Privado Romano**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S/A, 1959.

PAPIER, Hans-Jürgen. In: **Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz**, art. 14, n. 308.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume III e IV, 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Direito Civil – Alguns Aspectos Da Sua Evolução**. Rio de Janeiro: editora Forense, 2001.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Cousas**, Rio de Janeiro: Typografia Baptista de Souza, 1922.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional Da Autonomia Privada**, Coimbra: Almedina, 1982.

PROUDHON, P. J. **What is property? Na inquiry into the Principle of right and Governemt**. Nova York: Dover Publications, 1970.

RESCIGNO, Pietro. **Proprietà (Diritto privato)**. In: Enciclopédia del Diritto. Milão: Giuffrè, 1995, v. 37.

RUGGIERO, Robero de. **Instituições de Direito Civil**, tradução de 6ª ed. Italiana por Paolo Capitani, Campinas: Bookseller, 1999.

SERPA LOPES, Miguel Maria da. **Curso de Direito Civil**, v. I, São Paulo: Freitas Bastos, 6ª ed., 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**, 27ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006

TEPEDINO, Gustavo. **A Nova Propriedade: o seu Conteúdo Mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 306, 1989.

_____. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**, in Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOSETI BARRUFNI, José Carlos, **O Direito de Propriedade. Sistema Constitucional Brasileiro e Soviético**, Justitia, São Paulo, 1975.

VARELA, Laura Beck. **Das Sesmarias à Propriedade Moderna: Um estudo de História do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

WOLFF, Martin. **Derecho de Cosas**. In: ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Barcelona: Bosch, 1971, v. 3.

ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, Rachel. **A Economia e o Direito de Propriedade**. RDM 132/7-24, ano XLII (Nova Série). São Paulo, Malheiros editores, outubro/dezembro de 2002.