

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO  
CURSO DE DIREITO

**CRISTIANO RÉGIS LIMA DO NASCIMENTO**

**O DIREITO DE PROPRIEDADE E O ARTIGO 1276 DO CÓDIGO CIVIL:  
UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

FORTALEZA  
2006

**CRISTIANO RÉGIS LIMA DO NASCIMENTO**

**O DIREITO DE PROPRIEDADE E  
O ARTIGO 1276 DO CÓDIGO CIVIL:  
UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

Tese submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Carla Sofia Pereira

FORTALEZA  
2006

**Aos meus pais,  
Francisco José Gomes do Nascimento  
e Teresa Cristina Lima do Nascimento.**

### Carta da terra

*“Um dia a vida surgiu na terra. A terra tinha com a vida um cordão umbilical. A vida e a terra. A terra era grande e a vida pequena. Inicial. A vida foi crescendo e a terra ficando menor, não pequena. Cercada a terra virou sorte de alguns e desgraça de tantos. Na história foi tema de revoltas, revoluções, transformações. A terra e a cerca.*

*No Brasil a terra, também cercada, está no centro da história. Os pedaços que foram democratizados custaram muito sangue, dor e sofrimento. Virou poder de Portugal, dos coronéis, dos grandes grupos, virou privilégio, poder político, base de exclusão, força de apartheid. Nas cidades virou mansões e favelas. Virou absurdo sem limites, tabu. Mas é tanta, tão grande, tão produtiva, que a cerca treme, os limites se rompem, a história muda [...]: a terra é bem planetário [...]. É para produzir, gerar alimentos, empregos, viver. É bem de todos para todos. Esse é o único destino possível para a terra.”*

Herbert Souza

## RESUMO

O objetivo é a análise histórica da propriedade e sua função social no Brasil e no mundo dos dispositivos a ela concernentes, inseridos na Constituição Federal e no atual Código Civil.

**Palavras-chave: propriedade, função social, Constituição Federal, Código Civil.**

## **ABSTRACT**

The objective is the historical analysis of the property and its social function in Brazil and in the world of the inserted concerns devices of it in the Federal Constitution and the current Civil Code.

Keywords: property, social function, Federal Constitution, Civil Code.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	07
<b>2 ASPÉCTOS HISTÓRICOS</b> .....	09
2.1 Evolução do conceito de propriedade .....	09
2.2 Evolução do conceito de propriedade no Brasil .....	13
<b>3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</b> .....	17
3.1 Histórico da função social da propriedade .....	17
3.2 Função social da propriedade no Brasil .....	29
<b>4 ABORDAGEM ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1276 DO CÓDIGO CIVIL</b> .....	40
4.1 Controle de constitucionalidade .....	40
4.2 Inconstitucionalidade do artigo 1276 do Código Civil .....	44
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	51
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	52

**CRISTIANO RÉGIS LIMA DO NASCIMENTO****O DIREITO DE PROPRIEDADE E O ARTIGO 1276 DO CÓDIGO CIVIL: UMA  
ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

Monografia submetida à Coordenação do  
Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal do Ceará, como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel.

Aprovada em 21/02/2006

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Carla Sofia Pereira.(orientador)  
Universidade Federal do Ceará -UFC

---

Prof<sup>a</sup>.....  
Universidade Federal do Ceará -UFC

---

Bel. ....  
Universidade Federal do Ceará –UFC



## INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios deste século é a conciliação da garantia do direito de propriedade com o cumprimento do princípio da função social da propriedade. Com o decorrer dos tempos, o direito de propriedade, ainda que absoluto, porém já não mais como era antes, vem se relativizando, devido a confrontos com princípios igualmente fortes.

Demonstrando uma preocupação das nações, até mesmo por uma questão de sobrevivência, pois devido aos desgastes sofrido pelo meio-ambiente, está ocorrendo um aquecimento global, com conseqüentes desastres naturais a cada dia mais freqüentes.

Porém esta harmonia entre o direito de propriedade e o cumprimento da função social da propriedade, encontra vários entraves, devido principalmente os princípios capitalistas que regem a maioria das nações.

A ruptura deste equilíbrio, não parte apenas da defesa ao direito de propriedade, partindo também da exacerbação ao cumprimento do princípio da função social da propriedade.

O principal limite ao princípio da função social é que não se pode suprimir o conteúdo da propriedade. A proteção da propriedade é prevista na Constituição Federal de 1988, (Art. 5º, XXII), bem como a obrigatoriedade ao cumprimento da função social (Art. 5º, XXIII concomitante ao Art. 170, III). Como não há hierarquia legal entre os dispositivos, é forçosa a conclusão de que ambos devem ser respeitados, coexistindo de maneira harmônica.

O princípio da função social não pode inviabilizar o uso da propriedade. É necessário que as exigências decorrentes desse princípio não retire a viabilidade econômica de espaço do imóvel. Da mesma forma que a obrigação de cumprimento da função social, existe o direito à propriedade e sua livre utilização econômica.

Sendo assim, este trabalho terá por escopo, um estudo histórico e atual sobre o direito de propriedade e o princípio da função social da propriedade, tecendo comentários sobre a busca de uma existência harmônica entre eles.

Um segundo passo, será um questionamento acerca da inconstitucionalidade do artigo 1.276 do Código Civil pátrio, após um breve estudo sobre o controle de constitucionalidade.

Tal pesquisa foi realizada com a leitura e estudos minuciosos de vários livros e artigos científicos publicados na internet, além de consultas à legislação em vigor, buscando a comprovação de um choque entre normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

## **2 ASPECTOS HISTÓRICOS**

Em tempos primervos, nas sociedades mais antigas, a propriedade particular era somente adquirida sobre as coisas móveis e exclusivamente para objetos de uso pessoal, como utensílios de caça e pesca ou peças de vestuário. O solo era coletivo, pertencia a todos. Muitas tribos eram nômades, o solo às pertenciam temporariamente, e em muitas vezes eram realizadas disputas entre as tribos, não pelo solo em si, mas pelo o que ele continha em determinado período; como lagos repletos de peixes, matas com muitas caças, porém passada aquela época, as tribos procuravam outras terras. As condições de vida da sociedade daquela época explicam essa situação.

### **2.1 Evolução do conceito de propriedade**

Com o curso da história, devido à utilização de um mesmo solo por uma mesma tribo, por períodos cada vez maiores, conseqüentemente passa-se a ligar o homem à terra que usa e habita, surgindo aí a concepção de propriedade coletiva, e em seguida, a propriedade individual.

Vale ressaltar, porém, que ainda hoje existem povos isolados que não possuem a noção de propriedade, e outros povos antigos já extintos que nunca instituíram a propriedade individual. <sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Gama, L. E. P. Jaramillo, Princípio da função social e ambiental da propriedade, Revista Jurídica Consulex, ano IX, n 195, pág.58.

A noção de propriedade imóvel privada aparece com maior clareza nas sociedades clássicas. Inicialmente possuíam uma organização comunitária, porém com o desenvolvimento da agricultura e da pecuária, a propriedade privada expande-se. A maior colaboração veio da civilização romana. No início, Roma possuía uma organização gentílica<sup>2</sup>, onde denominavam-se patrícios os romanos natos e que formaram a cidade. A princípio os patrícios não tinham a propriedade privada da terra, já que as terras eram comunitárias e às famílias cabiam apenas pequenos lotes. O outro extremo era formado pelos plebeus, a maioria da população, que correspondiam aos pequenos agricultores, comerciantes, artesãos e pastores. Eles eram livres mas não eram cidadãos, ou seja, não possuíam os direitos que os patrícios possuíam, entre eles o de usar a terra comunal, vivendo assim numa posição opressiva devido à falta de terras.

O momento exato em que surge a primeira forma de propriedade territorial romana é difícil de precisar, pois não é muito clara nas fontes, a forma de propriedade comum na primitiva Roma. Entende-se como primeira manifestação concreta da propriedade privada, o *heredium*, que era o lote de terra que inicialmente o indivíduo recebia e devia cultivar, mas uma vez terminada a colheita, a terra era devolvida para a coletividade. Porém, com o tempo, as mesmas terras passam a ser concedidas para as mesmas pessoas, e conseqüentemente as famílias vão se fixando, cultivando e construindo a terra, e passando de geração a geração. Os romanos não conheceram as

---

<sup>2</sup> As características da sociedade gentílica eram:

1. Economia baseada na atividade agropastoril; a propriedade era coletiva, e a produção para a subsistência. Havia um comércio feito de troca direta.

2. Não existia divisão social em classes: a posição do indivíduo era determinada pelo grau de parentesco com o pater. O *genos* era uma espécie de clã familiar, parentes consangüíneos, descendentes de um antepassado comum. Cada *genos* era chefiado pelo mais velho, o pater, que possuía autoridade militar, religiosa e política.

noções de direito real e direito pessoal tal como as temos hoje. A propriedade não era entendida como um poder sobre as coisas. Tal poder estava inserido na *potestas* do *paterfamilias*, sujeito ao seu arbítrio. Ela possuía inicialmente um caráter sagrado, era o *herctum* familiar, que abrigava o altar e o fogo sagrados, o túmulo e as demais referências sacras da família e que portanto, não poderia ser alienada nem abandonada. Nessa terra sagrada o *paterfamilias* enterrava seus antepassados, lhes rendia culto e recebia a proteção dos deuses para seu cultivo e seu rebanho. Para algumas fontes, esta noção de propriedade individual parte da Lei da XII Tábuas, e desta lei projeta-se a noção jurídica do *ius utendi, fruendi et abutendi*. A Lei das XII Tábuas já vai expressar a dessacralização da propriedade, com a inserção desta no âmbito do *ius*, do direito, e a conservação apenas do *sepulchrum*, na esfera do *fas*, da religião. É patente que as transformações da propriedade romana não se processaram tão instantaneamente, porquanto foram doze séculos em que o direito romano se desenvolveu de um tipo coletivo, gentílico *Gens* para o tipo individual, identificável na época do Direito Clássico.

No período correspondente às Leis das XII Tábuas, a propriedade privada sobre os fundos itálicos é referenciada, mas não sobre a totalidade do território romano, em razão da existência do *ager publicus*, patrimônio comum do povo sem apropriação privada, além dos sistemas da *Usucapio* da *Occupatio*, formas de aquisição de propriedade que denotavam a distinção entre a propriedade particular e a propriedade pública.

A aquisição da propriedade no início da civilização romana é obtida unicamente sob formas determinadas, mas já na época clássica, passa-se a admitir o

uso abusivo do direito de propriedade e sua reprimenda, onde apesar de já serem reconhecidos alguns direitos de vizinhança, o que se destaca é o elemento individual.

Na Idade Média, sob o regime feudal, houve uma fragmentação da propriedade como era entendida no Direito Romano, quando o titular do domínio direto, o proprietário do imóvel, cedia a um vassalo, que poderia explorá-lo como melhor lhe conviesse, em troca de uma contraprestação determinada. Antes de valor econômico, a propriedade era sinônimo de poder.

A Revolução Francesa, aparentemente movimento popular contra privilégios. Em verdade substituição dos privilégios da realeza, da nobreza e do clero, pelo privilégio dos burgueses, comerciantes e industriais, os novos ricos. Essa revolução deu vigor novo ao direito de propriedade, tornando-o quiçá mais sólido que entre os próprios romanos. Dita o Código Napoleão que propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que seu uso não viole leis ou regulamentos. Já a Constituição dizia que era devida a indenização no caso de desapropriação. Pode-se dizer, então, que o direito de desapropriar consolidou o direito de propriedade. Importante salientar a crítica de Marx à ideologia liberal. Marx defende a idéia de que a terra não constitui capital, mas somente mercadoria, deu à propriedade o *status* de pilar estrutural da sociedade, juntamente com a liberdade e a igualdade. De poder, a propriedade passou a ser considerada um direito inerente à natureza humana, consagrado no Art. 17 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

## 2.2 Evolução do conceito de propriedade no Brasil.

Na época do descobrimento do Brasil, evidentemente o território era de propriedade dos índios, mas antes mesmo da vinda dos portugueses, o território americano já era motivo de partilha entre Portugal e Espanha, através de vários tratados, como o tratado de Alcáçovas (1479), a Bula *Inter Coetera* (1492) e o Tratado de Tordesilhas (1494), confirmado em 1504 por um bula papal. Com a chegada dos portugueses em 1500, as tribos indígenas aos poucos foram tendo suas terras conquistadas. Nos primeiros 30 anos, Portugal pouco ou nada fez para o desenvolvimento do território, mas com as consecutivas investidas de outras nações européias, Portugal se viu obrigado a ocupar o território.

Visando a organização administrativa, foram implantados as Capitánias Hereditárias, imensas áreas de terras que se limitavam das praias do Atlântico para os sertões, até a linha imaginária do Tratado de Tordesilhas.

A princípio, o regime adotado no Brasil pela coroa portuguesa foi o das sesmarias, que constituíam em lotes de terras incultas ou abandonadas cedidas pelos reis de Portugal a pessoas que quisessem cultivá-las, chamados de sesmeiros.

Na história da propriedade no Brasil pode-se observar que, embora freqüentemente descumprido, todas as normas que vigiram no País – das Capitánias Hereditárias à Lei de Terras de 1850 – sempre houve referência à necessidade pragmática de utilização da terra pelo seu possuidor; como forma de efetivação do domínio. Ditava o inciso XXII do artigo 179 da Constituição Imperial: É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Seguindo tal idéia, ditava o artigo 72,

§17 da Constituição Republicana de 1891: O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude...As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

Constituição Imperial;

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

.....  
 .....

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Constituição Republicana de 1891;

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
 .....

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.  
 As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

A Constituição de 1934, em seus artigos 113,inc.17 e Art.118, passou a considerar as minas e demais riquezas do solo, bem como as quedas-d'água, como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, e que o direito à propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Tais princípios foram mantidos nas Constituições de 1937 e de 1942.



Constituição de 1934;

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
 .....

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

A Constituição de 1946 foi mais objetiva, exigindo que o uso da propriedade estivesse condicionado ao bem-estar social, preconizando, em seus artigos 141, §16, e 147, que se promovesse *a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos*. Em 1962, dezesseis anos após a promulgação da Constituição de 1946, foi editada a Lei nº 4.132, que passou a regular a desapropriação por interesse social, embora de forma insuficiente no que diz respeito aos imóveis rurais para fins agrários.

Constituição de 1946;

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
 .....

§ 16 - 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. 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 a indenização ulterior.

Art 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 dotaram a propriedade de uma função social. Entretanto, de acordo com Araújo<sup>3</sup>: O nosso Direito Agrário positivo acolheu a noção de função social a partir da Lei 4.504, de 30.11.64 – o Estatuto da Terra, a qual foi a primeira dentre todas legislações latino-americanas sobre reforma agrária, se não a definir a função social da propriedade, aquela que, ao menos, estabeleceu os seus requisitos essenciais.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 trata da propriedade como direito fundamental do indivíduo, uma vez que o *caput* do artigo 5º garante o direito da propriedade como algo inviolável. Todavia, o inciso XXIII do referido artigo dita: *a propriedade atenderá a sua função social*. Importante salientar que tanto a propriedade rural como a urbana, devem cumprir sua função social.

---

<sup>3</sup> ARAÚJO, Telga de. **A propriedade e sua função social**. p.159. *In: Direito agrário brasileiro* / Raymundo Laranjeira – coordenador. – São Paulo: LTr, 1999. Vários autores.

### **3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE**

É difícil definir claramente onde se encontram os fundamentos basilares da função social da propriedade. De certa forma o seu conceito e história confunde-se com os conceitos historicamente adotados pela propriedade.

#### **3.1 Histórico da função social da propriedade**

Tendo por base a Antigüidade, ali já veremos os filósofos gregos, dentre os quais destaca-se Aristóteles, dedicando-se a leitura de que os bens possuem uma imanência social; ou seja, embora apropriados pessoalmente fazem parte de um processo interativo que mais tarde Max Weber veio a chamar de ação social – ou seja, a produção de fenômenos sociais que têm a sua significação baseada na existência do outro.

Uma base para o entendimento da função social da propriedade é o estudo sobre o direito natural. O *jus* naturalismo surgiu na Grécia, numa sociedade onde o direito era essencialmente consuetudinário, cuja principal característica é ser aceito como se sempre houvesse existido. O Direito Natural seria superior e anterior ao Direito Positivo, preocupando-se com os aspectos axiológicos, com o valor justiça, isto é, com a justiça das normas, não se contentando com a obrigatoriedade delas. Aristóteles fala sobre a distinção entre direito natural e direito positivo:

Da justiça política, uma parte é natural, a outra é legal. A natural tem em qualquer lugar a mesma eficácia, e não depende das nossas opiniões; a legal é, em sua origem, indiferente que se faça assim ou de outro modo; mas, uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente.<sup>4</sup>

O direito natural tem duas características principais para Aristóteles: sendo que a primeira é gozar de validade universal; já a segunda é valorar que regra é justa ou injusta em si mesma. Segundo Aristóteles, como nem todas as ações são reguladas pelo direito natural, existem as leis positivas para disciplinar aquilo que para o direito natural é indiferente.

Nota-se que para ele o direito positivo começa apenas onde termina o direito natural, ficando evidenciado que caso de conflito, prevalece a lei natural, devido a superioridade deste em relação àquele, como evidenciado nessa passagem da Retórica:

A lei pode ser própria e comum. Própria é a que cada um impõe a si mesmo; e esta tanto pode ser escrita, como não escrita. Comum é a lei de acordo com a natureza. Existe de fato o justo e o injusto, comuns pela natureza, que todos proclamam, ainda que não se tenham posto de acordo ou de alguma forma pactuado todos os que a aceitam.<sup>5</sup>

Apesar de a idéia do Direito Natural ser encontrada nas mais remotas civilizações ocidentais e ter Aristóteles por base principal, o direito natural foi consolidado na idade medieval por Santo Tomás, para quem a lei natural é a lei de Deus, identificada com os Dez Mandamentos e com os preceitos pregados por Jesus.

---

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Brasília: UnB, 1997. p. 33.

<sup>5</sup> *apud* BOBBIO, Norberto. Ob. cit., p. 33.

Em sua *Summa theologiae*, Tomás de Aquino distingue quatro formas de lei: a eterna, *naturalis*, humana e divina<sup>6</sup>.

A lei eterna é a razão divina que governa o mundo. Lei natural é como essa lei eterna se manifesta no homem, tido como criatura dotada de razão. Consiste na máxima *bonum faciendum, male vitandum*, o bem deve ser praticado e o mal evitado.

Lei humana são todos os preceitos particulares criados pela razão para normatizar a convivência social. É a lei positiva, ou *humanitas* positiva, que para Santo Tomás constitui um desenvolvimento interno da lei natural, visando adaptá-la à situação concreta. Como tal, a lei natural constitui condição de validade da lei positiva, como demonstra suas clássicas palavras:

*Omnis lex humanitas posita in quantum habet de ratione legis in quantum a lege naturae derivatur: si vero in aliquo a lege naturali discordet, iam non erit lex, sed legis corruptio.*<sup>7</sup>

Uma das fontes de estudo da concretização do princípio da função social e a consequente evolução do direito de propriedade, é a Igreja Católica.

Para Ildefonso Camacho<sup>8</sup> a doutrina da Igreja Católica divide-se em duas grandes correntes na abordagem do tema da propriedade; tradição teológica, onde o centro é a comunidade, e já na tradição jurídico filosófica, o centro é o indivíduo.

Na tradição teológica, nos primeiros séculos da Igreja, esta era dominada doutrinariamente pelos “padres da igreja”, fase conhecida como patrística, onde o seu

<sup>6</sup> AQUINO, Santo Tomás de. *Summa theologiae*. q. 94, art. 2.

<sup>7</sup> Qualquer lei estabelecida pelos homens é autêntica na medida em que deriva da lei da natureza; se discordar desta, já não será uma lei, mas corrupção de lei. *apud* BOBBIO, op. cit., p. 40.

<sup>8</sup> CAMACHO, Ildefonso. A doutrina sobre a propriedade: história e presente. *Perspectiva Teológica*. Belo Horizonte, n.20, p. 35-60, 1988.

pensamento girava em torno da idéia de que a primeira intenção de Deus foi destinar tudo a todos.

A propriedade privada, no sentido da apropriação pessoal, no pensamento dos padres, era a derrogação da lei primitiva, derrogação exigida pelo pecado. O direito natural era a apropriação social.

Segundo São Basílio (330-379), a terra foi dada em comum a todos os homens; ninguém considere próprio aquilo que além do necessário foi retirado do acervo comum e obtido por meio de violência.<sup>9</sup>

O papa Clemente (92-101) assim se expressa:

“O uso de tudo o que há neste mundo destinava-se a todos, porém, devido à iniquidade, um disse que isto era seu e outro disse que aquilo era dele e assim fez-se a divisão entre os mortais.”<sup>10</sup>

É de João Crisóstomo a lição:

No começo, Deus não criou um rico e um pobre. Ele não mostrou tesouros em qualidade a um, enquanto impedia ao outro de encontrá-los. Ao contrário, ele deu a todos a mesma terra para cultivar. Se realmente a terra é comum a todos, como é possível que tenhas tantos hectares e que teu próximo não tenha nada?<sup>11</sup>

Santo Ambrósio (334-397) afirma:

A natureza produziu seus bens em profusão, oferecendo-os em comum a todos. Deus ordenou que tudo fosse produzido, gerado, de maneira a servir de alimento comum a todos e a terra fosse como propriedade de todos. O bem privado é assim fruto da usurpação.<sup>12</sup>

Já Agostinho de Hipona (354-439) ensinava:

---

<sup>9</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>10</sup> Ibidem, p.60.

<sup>11</sup> CARAVIAS, José L. e SOUZA, Marcelo de Barros. Teologia da terra. Petrópolis: Vozes,1998,p.304.

<sup>12</sup> Apud ÁVILA, F.B. 1980,p. 60-61.

“Se desses do que é teu, seria liberalidade; como dás do que é dele (de Jesus presente no pobre) é uma simples restituição.”<sup>13</sup>

Uma síntese do pensamento patrístico, é encontrada no Decreto de Graciano (1140/1150). De modo muito incisivo ele se posiciona sobre o direito de propriedade a ponto de indagar o mais avançado dos civilistas hodiernos, pois associa a propriedade individual à servidão:

Pelo direito das gentes implantou-se a distinção das propriedades e o regime de servidão; pelo direito natural, porém, vigoravam a posse comum de todos e de todos a mesma liberdade.<sup>14</sup>

Quando a propriedade privada se havia consolidada, no final do século V, os padres da Igreja passam a insistir na garantia da generosidade, na caridade e na denúncia da usura e da opressão. Conforme a lição do Papa Leão Magno:

As riquezas terrenas e físicas vêm de Deus. Estes bens nos foram dados mais para distribuí-los do que para possuí-los. É preciso sabermos usar dos dons de Deus justa e prudentemente, para que a matéria-prima das obras não se converta em causa de pecado. As riquezas não podem ou não devem ser ocasião de luxúria.<sup>15</sup>

No final do século seguinte, na linha de pensamento dos primeiros doutrinadores, embora não insista na propriedade comum, se onera sobremaneira a propriedade privada com a sua dimensão de função social, conforme vemos no contundente pronunciamento do papa Gregório Magno:

Devemos admoestar [...] que a terra é comum a todos. Portanto, não são inocentes os que reivindicam só para eles o que é um Dom de Deus para todos. Aqueles que não repartem o que têm, causam crueldade e a morte de seus próximos, porque todos os dias matam quantos morrem de pobreza, enquanto eles lhes

---

<sup>13</sup> Ibidem, p.61.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>15</sup> Apud CARAVIAS, J. L. e SOUZA, M. B.1988, p.310.

negam socorro, acumulando riquezas para si. Quando damos aos indigentes o que eles precisam, estamos lhes devolvendo o que lhes pertence, e não o que é nosso. Estamos pagando uma dívida de justiça, mais do que realizando uma obra de misericórdia.<sup>16</sup>

Na Idade Média, Tomás de Aquino consegue sistematizar o pensamento da tradição patrística. Seus ensinamentos marcam profundamente o pensamento social da Igreja nos séculos subsequentes, chegando com vigor aos dias atuais. Sem dúvida que o pensamento de Santo Tomás de Aquino muito influenciou a construção dos regramentos jurídicos, dentro do que se batizou de *jus* naturalismo – onde a defesa da posse dos bens materiais está colada ao exercício da garantia da manutenção, sem, contudo desprezar o aspecto social imanente aos bens oriundos da ação da natureza.

De certa forma advém do tomismo a idéia de bem comum, mais tarde revigorada pelas teorias do Estado moderno.

Com a revolução burguesa, nasce a tradição jurídico-filosófica predominante no século XVII, centralizada na exaltação do indivíduo e de sua liberdade. Aí se insere a questão da propriedade privada, ligada a liberdade humana, sendo assim, esta possibilidade entendida como um meio para o indivíduo auto-realizar-se e desenvolver sua própria personalidade. Se insere aí, igualmente, uma íntima conexão entre liberdade e trabalho, exaltando o valor que possui o homem que se aplica com constância ao trabalho. Para a mentalidade burguesa, o ser humano progride pelo trabalho, que é como a projeção do seu próprio ser.

A corrente jurídico-filosófica une inseparavelmente liberdade e propriedade. A propriedade é com, efeito, como um prolongamento da liberdade pessoal de onde ele flui e que ela protege. É necessário a propriedade livre, pois propriedade e liberdade

---

<sup>16</sup> Apud CARAVIAS, J. L. e SOUZA, M. B.1988, p.311.



andam juntas, sendo condição necessária de um trabalho futuro e uma abundância futura. Nasce, assim, marcada pela concepção liberal, a propriedade privada. Baseada no individualismo e no voluntarismo jurídico. O liberalismo concebe como absoluto o direito de propriedade.

Esse pensamento jurídico filosófico influencia a doutrina cristã dos séculos XVIII e XIX, que vai se distanciar da tradição teológica patrística-escolástica para enfatizar a apropriação individual como de direito natural. A propriedade é de direito natural.

A *comunio bonorum*, a posse dos bens que garantia seu uso comum, é remetida para o horizonte escatológico, e reduzida a um ideal parusíaco. Antes era a *comunio bonorum* que era de direito natural, e a *apropriatio bonorum* uma derrogação permissiva deste direito. Hoje, inverte-se a ênfase jusnaturalista, esquecido aliás o equilíbrio da síntese tomista.

Graças a Luigi Taparelli (1793-1862), ocorreu esta inversão da doutrina dominante na Igreja Católica, autor de *Saggio Teoretico di Diritto Naturale, Appoggiato Sul Fatto*. Segundo Fernando Bastos de Ávila, o professor de Direito Natural, em Palermo, “conheceu tardiamente a tradição escolástica em matéria de direito natural. Sendo, então, em Locke que buscou apoio para defender em sua obra a propriedade privada como direito natural”.

A Igreja Católica foi, indubitavelmente, uma das grandes inspiradoras para a propagação de uma nova visão. Desde os estudos de São Tomás de Aquino, na Idade Média, a doutrina cristã tem essa preocupação, ao conceber uma função social para a propriedade. É o que pode ser compreendido após a leitura das encíclicas *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, do ano de 1961, e *Centesimus Cennus*, do Papa João

Paulo II, datada de 1991, entre outras, nas quais a propriedade é encarada como um meio de instrumentalizar a subsistência da humanidade. É defendido que o exercício do direito de propriedade deve se dar de modo mais solidário e em prol do coletivo.<sup>17</sup>

Na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, foi pregado que:

Os que têm recebido de Deus maior abundância de bens, sejam corporais ou externos, sejam internos ou espirituais, os receberam para que com eles atendem a sua própria perfeição e, ao mesmo tempo, como ministros da Divina Providência, ao proveito dos demais.<sup>18</sup>

A Encíclica *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, ao seu turno, que trouxe grandes inovações na doutrina social da Igreja Católica, ensina que: "[...] O direito à propriedade privada é intrinsecamente inerente à função social".<sup>19</sup>

No mesmo diapasão, a Encíclica *Populorum Progressio*, do mesmo Papa, traz a seguinte lição:

[...] A propriedade não constitui um direito incondicional e absoluto. Não há qualquer razão para reservar-se ao uso exclusivo o que supera à própria necessidade, quando aos demais falta o necessário. Em uma palavra: o direito à propriedade não deve jamais exercitar-se em detrimento da utilidade comum.<sup>20</sup>

No mesmo texto, em caráter mais rígido, é proclamado que: "Se alguém tem bens deste mundo, e vendo um irmão em necessidade e não o atende, como é possível que ele resida no amor de Deus"?<sup>21</sup>

Outros pensadores, discorreram sobre o direito de propriedade e a função social da propriedade. A reformulação jusnaturalista de Locke, Rousseau e Grotius teve

---

<sup>17</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**: de acordo com a Lei n.º 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 177.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>21</sup> RIZZARDO, 2004, p. 178.

por principal fim desligar dos seus fundamentos religiosos, marcando o fim do chamado jusnaturalismo teológico.

Sendo um dos expoentes do pensamento burguês, John Locke encontrava na atividade laboral, o recurso para o enriquecimento da sociedade e o fundamento para a apropriação da terra.

Compreendendo a apropriação quando unida ao trabalho, como aumentadora do patrimônio da humanidade, logo beneficiando a todos, Locke justifica acumulação, apresentando-as como fruto de uma atividade que é útil para a sociedade, como a única condição que assegure que os frutos não perecerão. Para o liberalismo, quando cada um persegue o seu próprio interesse, se alcança como resultado a maior bem estar possível para a comunidade.

John Locke era um jusnaturalista, pois todo seu pensamento parte da idéia de uma lei natural fundamentada não mais num poder divino ou transcendental, mas na razão. E, como tal, defendia a limitação do poder estatal, cujo princípio e fim haveria de ser o respeito a essas leis naturais.

Apesar de cristão, John Locke criticou os escolásticos, e até mesmo Descartes e Platão, sendo considerado o fundador do empirismo, nossa teoria do conhecimento, defendendo que não há idéias ou princípios inatos.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Considerado o pai do empirismo inglês, desenvolveu uma teoria do conhecimento que irá inspirar outros filósofos desta corrente. Para esta corrente filosófica a experiência é a fonte de todo o conhecimento. Ideias básicas sobre o empirismo de J. Locke: 1. Não existem ideias inatas; 2. Nada existe no intelecto que já não exista nos sentidos. O espírito humano está por natureza vazio, é uma tábua rasa, uma folha em branco onde a experiência escreve; 3. Todo o conhecimento depende da experiência, mas também está por ela limitado; 4. As ideias complexas são o resultado de uma combinação de ideias simples, apreendidas através dos sentidos. 5. Embora todos os conteúdos do conhecimento procedam da experiência, Locke admite que há verdades com validade universal que são dela independentes, como a matemática. O fundamento da sua validade reside no pensamento e não na experiência.

É considerado o pai do liberalismo, combatendo a concepção paternalista de governo. Critica o despotismo, o governo baseado na força, o que, numa clara alusão a Hobbes, reconhece servir para manter a ordem ou a paz, mas se mostra uma ameaça quando o fim é a proteção da liberdade ou a conservação dos bens.

Para Locke, nada era mais importante que a felicidade, e pregava que o interesse particular de modo algum anulava o interesse público, concepção caracteristicamente liberal. Exaltava a prudência, diretamente relacionada com os interesses capitalistas.

O próprio Locke se auto-intitulava um "reformador da política", e de fato seus Tratados sobre o Governo Civil representaram um marco no combate ao absolutismo, as bases da democracia liberal, de essência individualista, cujas Declarações de Direitos das colônias americanas insurretas, depois da França revolucionária, constituíram a magna carta.

Locke parte também de um estado de natureza, em princípio concebido de modo diferente de Hobbes, não como um estado de guerra, mas de paz, liberdade e bem-estar. Todavia, com o desenrolar de seu pensamento, foi-se mostrando mais hobbesiano que gostaria, e o seu estado de natureza foi se tornando cada vez mais um estado de guerra, fazendo-se necessário o estado civil, os direitos nascidos no direito natural, como a liberdade, a igualdade e a propriedade.

Hobbes adota a doutrina do direito natural de modo diverso, para reforçar o poder do Estado. Não se pode dizer que foi um jusnaturalista, mas sim um positivista que usou de meios jusnaturalistas para explicar suas idéias. Para o pensamento hobbesiano, constitui lei natural o dever de obediência às leis civis. Estas deveriam sempre ser atendidas, independentemente de qualquer análise valorativa.

Antes, ainda, de partimos para o conceito de propriedade em Locke, analisemos de um modo geral sua filosofia.

Da análise dos dois pensadores, deduz-se que, para Hobbes, o estado de natureza era mera premissa hipotética, enquanto para Locke consistia em uma situação histórica real. Também, ao contrário de Hobbes, não via o governo civil como o fim dos direitos naturais, mas pregava que estes subsistiam para limitar o poder social e fundar a liberdade.

Não foge à teoria da precedência de um contrato social, tido como pacto de consentimento, e não pacto de submissão como concebido por Hobbes, que representa a passagem ao estado civil, cujo governo tem por fim a proteção da propriedade. Ressaltamos, ainda, que Locke defendia a supremacia do Poder Legislativo, e legitimava o direito de resistência no caso de atentado à lei estabelecida e à propriedade.

Quanto a Locke, direito de propriedade, não o considerava como o único direito natural, embora é evidente que o via em um patamar superior aos demais. Russell cita a surpreendente afirmação de que, embora os comandantes militares tenham poder de vida e morte sobre seus soldados, não têm o poder para lhes tirar dinheiro.<sup>23</sup> Por várias vezes percebemos, ainda, que Locke utiliza o termo propriedade para designar também a vida e a liberdade.

A propriedade para Locke tinha feições absolutas. Nem mesmo a taxaçoão ele admitia sem o consentimento dos contribuintes. No Segundo Tratado, Locke afirma que nenhum governo pode tirar toda ou parte da propriedade de seus súditos sem o seu

---

<sup>23</sup> RUSSELL, Bertrand. *Obras filosóficas*. História da filosofia ocidental. 3. ed. São Paulo: CODIL, 1968. v. 3. p. 168.

consentimento.<sup>24</sup> Justifica dizendo que "se qualquer um reivindicar o poder de estabelecer impostos e impô-los ao povo por sua própria autoridade e sem tal consentimento do povo, está assim invadindo a lei fundamental da propriedade e subvertendo a finalidade do governo".<sup>25</sup>

Aparentemente, Locke estabelece limites ao direito de propriedade. Um primeiro limite consiste em uma obrigação moral em relação aos demais, pela qual se deve deixar aos outros o suficiente para sobreviverem. Mas, de fato, isso não implica em limite algum, pois inúmeras vezes ele se refere às vastas extensões territoriais e alega que há terra o suficiente para todos.

Outro suposto limite diz respeito a não se apropriar daquilo que não se pode gozar. Mais uma vez a advertência torna-se inócua, pois, de acordo com sua teoria, com o surgimento da moeda isso não consiste mais em problema algum, pois esta não é perecível e pode ser acumulada e guardada indefinidamente.

Uma terceira limitação se refere ao papel do trabalho na aquisição de propriedade. À primeira vista, pode parecer que a legitimidade da apreensão se adstringe àquilo que o trabalho do seu corpo pode executar. Todavia, Locke admitia a alienação do trabalho.

Segundo Benedito Ferreira Marques<sup>26</sup>, o grande impulso à doutrina da função social da propriedade se deve a Duguit (Professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito de Bordéus, na França) ao proferir palestra, em 1911, na Faculdade de Direito de Buenos Aires, na Argentina, posto que para ele "*a propriedade*

---

<sup>24</sup> LOCKE, Jonh. Ob. cit., p. 167.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 168.

<sup>26</sup> MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 2a ed.. Goiânia : AB, 1998, p 50.

*não era um direito subjetivo, mas a subordinação da utilidade de um bem a um determinado fim, conforme o direito objetivo".*

Leon Duguit teve grande importância na elaboração da ideia atual de função social, muito porque era defensor da ideia de que os direitos se justificam apenas quando têm como escopo contribuir para uma missão social. A sua conceituação de função social tornou-se clássica:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza social utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que deve se modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.<sup>27</sup>

### **3.2 Função social da propriedade no Brasil**

O direito de propriedade já estava incluído no rol dos direitos individuais na primeira constituição do Brasil independente, na época do Reinado de Dom Pedro I em sua constituição outorgada em 1824, no artigo 179. O direito de propriedade era absoluto, podendo ser excepcionado apenas pela desapropriação, tendo como requisito básico a indenização em dinheiro. Cabe-nos ressaltar que o poder de desapropriar não está vinculado à função social, pois dependendo da necessidade pública, a desapropriação poderá incidir mesmo sobre imóveis cumpridores da função

---

<sup>27</sup> DUGUIT apud GOMES, 2004, p. 126.

social, desde que haja indenização prévia. A função social supera a questão do poder expropriante por esta relacionada à estrutura do direito de propriedade, influenciando seu conceito, exercício e tutela.

Terminada a fase Imperial do Brasil e com o início republicano, a Constituição de 1891 (a propriedade ainda era no moldes do Código de Napoleão) o direito de propriedade era acordo com os interesses dos proprietários dos latifúndios de café, visto que não era interessante para os latifundiários uma noção mais social para o direito de propriedade, tendo em vista, o conflito de interesses que geraria. O resultado das conveniências políticas foi o artigo 72, § 17.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1934, inovações ocorreram, onde em seu artigo 113, §17, o direito de propriedade, era limitado pelo interesse social ou coletivo, porém, a lei complementar necessária para a regulamentação nunca fora editada o que frustrou a eficácia na tutela de interesses não proprietários.

Apesar disso observa-se a influencia exercida pelas constituições do México (1917) e da Alemanha (1919)<sup>28</sup>. Observa-se que a propriedade não era um direito absoluto.

A Carta Política de 1934 teve vida efêmera uma vez que ceifada pela Constituição de 1937, a chamada Constituição Polaca através da qual Getúlio Vargas implantou o “Estado Novo”. Esta Constituição representou um retrocesso na questão da função social, já que no art. 122,14, apesar de não ter sido reconhecido o caráter não-absoluto, não foi proibido o exercício contrário ao interesses sociais e coletivos.

---

<sup>28</sup> Tal fenômeno pôde ser observado na Constituição do México de 1917, que inseria em seu art. 27 que "A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]".

Também a Constituição da Alemanha de 1919 - Constituição de Weimar trouxe, em seu art. 153 que "A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social".



Constituição de 1937;

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....  
.....

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

Com o fim da II Guerra Mundial e a conseqüente redemocratização, é promulgada a Carta Magna de 1946, influenciada socialmente na questão do direito à propriedade, prevendo que o uso da propriedade estava condicionada ao bem-estar social. O Art.141, garantia salvo hipótese de desapropriação, o direito como inviolável. Já o Art.147 trouxe uma notável alteração, ao inaugurar em nosso ordenamento o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, permitido, teoricamente, uma distribuição mais justa das terras.

A Constituição Federal de 1967 juntamente com a Emenda Constitucional de 1969, representou um marco ao prever que a propriedade atenderá a sua função social. Sendo assim disposto no artigo 157, III, mas enfatize-se que era um princípio apenas de ordem econômica e social, não fazendo como à atual Constituição, que elevou ao nível de garantia individual.

Constituição de 1967;

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

.....  
.....

III - função social da propriedade;

Já na Carta Magna atual, nota-se uma atenção especial ao direito de propriedade, indo além das constituições anteriores, ao incluir a função social como princípio da ordem econômica e social e ainda assegurar a função social no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Art. 5º , XXIII e conseqüentemente conferindo-lhe o status de cláusula pétrea (Art.60, §4º,IV) .

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais do direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externas àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. Não é condição de exercício de direito, como as limitações de propriedade, mas componente sem o qual não existe a própria propriedade. É esse o sentido que pode ser extraído do artigo 5º, XXIII da Carta Magna.

O princípio da função social faz parte da moldura do direito de propriedade. Não é externo a esse conceito, mas parte integrante da estrutura dele. Sendo este o principal limite ao princípio da função social, pois não se pode suprimir o conteúdo da propriedade.

A obrigatoriedade ao cumprimento da função social é constitucional (Art.5º, XXIII c/c art.170,III), bem como a propriedade (Art.5º,XXIII). Houve, como pode ser visto, uma acomodação de direitos, visto que o Art.5º tanto faz referência ao direito individual da propriedade, como a necessidade de cumprimento da função social. Não há uma clara solução do problema. Como não há hierarquia legal entre os dispositivos, é viável a aplicação do princípio da proporcionalidade, em cada caso concreto, para dirimir essa questão. Os dispositivos devem ser respeitados, coexistindo de maneira harmônica.

É necessário que as exigências decorrentes desse princípio não retirem a viabilidade econômica e de espaço do imóvel. O princípio da função social não pode inviabilizar o uso da propriedade. Há a obrigação de cumprimento da função social, mas também existe o direito à propriedade e sua livre utilização econômica.

Referente à propriedade rural, o Art.186 da Constituição Federal estabelece as condições necessárias para o cumprimento da função social, devendo ser atendidos, simultaneamente os seguintes requisitos:

- I- aproveitamento racional e adequado;
- II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III- observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Observa-se neste artigo, um avanço do Constituinte ao definir requisitos para o cumprimento da função social das propriedades rurais; mas um questionamento proveitoso é a análise do citado artigo com o artigo 185:

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

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

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

Analisando este artigo, há um questionamento válido, acerca das propriedades insuscetíveis de desapropriação para a reforma agrária, pois a propriedade rural produtiva está inserida em um dos casos e o questionamento está justamente aí, pois aparentemente, mesmo que descumpridora da função social, como

por exemplo, no caso de propriedade que se aproveita do trabalho escravo, esta propriedade não poderá ser desapropriada.

Provavelmente este artigo tenha sido editado apenas para tranquilizar a bancada rural, que sempre se fez presente nas grandes questões políticas nacionais, entre elas na Assembléia Nacional Constituinte.

Há quem porventura queira defender a impossibilidade da desapropriação da propriedade rural, de uma forma absoluta, mesmo no exemplo citado.

Porém, a constituição deve ser interpretada de forma sistemática, e não fragmentada, devendo o princípio da função social instrumentalizar todo o texto constitucional, funcionando como verdadeiro parâmetro interpretativo.

Segundo Gustavo Tepedino<sup>29</sup>, deveria o artigo 185 ser compreendido em harmonia com os artigos 1º, 3º, 5º, XXII, XXIII, 170, II, III, 184 e 186 da Constituição Federal.

O próprio artigo 186 da Constituição Federal, merece uma interpretação cautelosa, pois nos já citados requisitos do cumprimento da função social, em algumas situações, um requisito acaba excluindo outro, sendo impossível o cumprimento de todos. É o caso, por exemplo, de um possível conflito existente entre proteção do meio-ambiente e produtividade.

Quanto à função social da propriedade urbana, o artigo 182, § 2, acertadamente, trata de delegar aos municípios a obrigação de definir os critérios para a exigência de função social, estabelecendo que a função social será cumprida quanto atendida as exigências fundamentais de ordenação da cidade, fixadas no Plano Diretor.

---

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Devido às dimensões continentais do Brasil, a Carta Magna delega aos municípios, esta obrigação, pois não seria plausível que o constituinte determinasse no texto constitucional de 1988, quais as exigências fundamentais de ordenação urbanística para todas as cidades de um país de tamanho do Brasil.

Por ser o plano diretor mais flexível que a Constituição, este é o instrumento jurídico mais adequado para acompanhar o movimento das cidades, e ademais as cidades brasileiras não são uniformes. Uma única realidade não pode ser aplicada para todos os outros municípios.

O § 4º do Art. 182 da Constituição Federal, faculta ao Município, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir do particular que este utilize a sua propriedade de maneira condizente com o princípio da função social, sob pena de sobre ele recair, sucessivamente no caso da não-verificação do correto aproveitamento:

I - parcelamento ou 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 o valor real da indenização e os juros legais.

Os Municípios precisam legislar sobre o assunto para colocar em prática qualquer das conseqüências previstas no Art. 182 da Constituição Federal. Existe a necessidade da vigência do plano diretor, bem como se lei municipal específica para que o proprietário seja desapropriado ou obrigado usar o solo.

A ausência de regulamento do Art.182 da Constituição por Lei Federal foi superada com a edição do Estatuto da Cidade. ( Lei 10.257;2001).

Referente ao parcelamento ou edificações compulsórios, o parcelamento seguirá ainda no que lhe for aplicável a Lei Federal Nº6766/79 que disciplina exatamente o parcelamento do solo urbano.

O parcelamento vem a ser a divisão em lotes de uma área ou gleba situada em zona urbana ou de expansão urbana. Na visão de José Afonso da Silva.

Parcelamento urbanístico do solo é o processo de urbanificação de uma gleba mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções elementares urbanísticas.

Seguindo a doutrina de Diógenes Gasparini, dois são os tipos de parcelamento; loteamento ou desmembramentos. O loteamento pode ser dividido com base no §1º,Art. 2º da lei 6766/79. Assim é a divisão de uma área ou gleba em lotes destinados a edificação com a abertura ou o prolongamento de logradouros públicos objetivando a implantação de uma aglomeração urbana. Já o desmembramento pode ser definido com fundamento no §2º dessa mesma lei. Com efeito, pode-se afirmar que desmembramento é a divisão de uma área ou gleba em lotes sem a abertura ou o prolongamento de logradouros públicos, visando a implantação de uma aglomeração urbana.

Já por edificação entende-se como o dever de construir para que o solo atenda sua função social.

Sem dúvida, a Constituição de 1988 elegeu o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) como um dos instrumentos para que a função social da propriedade fosse realmente atendida. O imposto predial e territorial urbano tem

normalmente caráter fiscal e arrecadatório. Entretanto, esse não é o caso do IPTU progressivo no tempo, disposto no Art.182,94º,II.

No tocante ao IPTU progressivo no tempo, consiste em um aumento progressivo em suas alíquotas à medida que o proprietário do imóvel urbano for perseverando em seu mau aproveitamento. Tal aumento pode resultar até na perda da propriedade. Isso será feito exatamente para remite em não ajusta-lo às diretrizes do plano diretor.

O IPTU normalmente tem caráter fiscal e arrecadatório, porém esse não é o caso do IPTU progressivo no tempo. Na doutrina de Hugo de Brito, na tributação extrafiscal exercida mediante a exigência de impostos o princípio da capacidade contributiva cede ante a presença de interesse público de natureza social ou econômica que possa ser alcançado mais facilmente se prescindir de sua graduação consoante a capacidade econômica do sujeita. Ou seja, em razão da extrafiscalidade autorizo está a utilização de expedientes para o atingimento de outros objetivos que não a mera obtenção de recursos homenageado pela ordem constitucional, como por exemplo a função social da propriedade e a proteção ao meio ambiente.

Um questionamento oportuno é em relação ao possível caráter confiscatório, diante a elevação da alíquota desse imposto. Nesse ponto o liame entre ser confiscatório ou não, é justamente o fim almejado para justificar este aumento. Se por motivo, devido a uma sanção decorrente do não cumprimento da função social da propriedade, não de tratará de um confisco, devido seu caráter extrafiscal e sancionatório. Neste caso o mau proprietário até poderá perder a propriedade do imóvel.

Entretanto, de forma alguma pode ser aceito que o proprietário venha a perder sua propriedade devido ao débito do IPTU de caráter fiscal e arrecadatário, pois compete ao Município buscar meios legais para efetuar essa cobrança, e nunca, optar pelo confisco da propriedade.

Quanto à desapropriação citada no inciso III do ... Art. 182 da Carta Magna ela é diferente em vários aspectos da desapropriação comum só podendo ser utilizada para as finalidades especificamente previstas pelo texto constitucional de tal forma que, se por exemplo, no programa de reforma urbana previstos no Plano Diretor de determinado município, está o planejamento de construção de prédios modernos de grandes dimensões que proporcionariam um melhor aproveitamento de uma área ocupada por proprietário de prédios antigos e pequenos, a estes não se poderá impor a desapropriação-sanção, alegando-se a subutilização dos bens imóveis urbanos. Havendo efetiva necessidade de expropriação, a modalidade de desapropriação a ser utilizada, na hipótese em tela, é a comum, garantindo-se prévia e justa indenização em dinheiro, o que assegura a propriedade privada como princípio de ordem econômica e a resguarda do abuso do Poder Público.

Segundo a Professora Lúcia Valle Figueiredo:

A desapropriação desenvolve-se por procedimento administrativo, preparatório do judicial, por meio do qual o Poder Público, compulsoriamente, pretende despojar alguém do seu direito de propriedade a fim de o adquirir, mediante indenização, prévia, justa, em geral, em dinheiro ou, excepcionalmente, em títulos da dívida pública, regatáveis ao longo do tempo, fundada em interesse público, necessidade pública, interesse social, como pena pela não utilização do bem nos termos de sua função social, ou ainda, em decorrência de ilícito criminal.



Pode-se dizer que a principal característica da desapropriação é uma indenização prévia. Todavia, não é o que ocorre nos casos de desapropriação da propriedade pelo não atendimento de sua função social.

Nessa hipótese, a indenização deixa de ser prévia, não nos resta dúvida de que trata-se uma desapropriação-sanção.

A Professora Lúcia Valle Figueiredo tratou do tema em seu *Curso de Direito Administrativo*: “Na desapropriação em “sanção” por descumprimento da função social da propriedade, a indenização deixa de ser prévia e justa. O pagamento será efetuado em dez anos em títulos da dívida pública”.

Na mesma esteira é o posicionamento do Professor Clóvis Beznos: “Em primeiro lugar, a desapropriação em questão, ao contrário do que até hoje figurou em relação ao instituto em nosso ordenamento, aparece agora como penalidade”.

Tem, assim, tal tipo de expropriação, caráter penal.

Vale lembrar que a regulamentação do instituto pelo Estatuto da Cidade, além de fixar o prazo de dez anos para pagamento, exige que anteriormente o proprietário seja notificado para parcelar, edificar ou utilizar o imóvel, bem como já tenha sofrido a progressividade do IPTU por cinco anos.

Assim, a desapropriação é a pena máxima nos casos em que o proprietário se recusa a utilizar o seu bem.

Não ao caso, a obra de Hely Lopes Meirelles sustenta:

Dentre os atos de intervenção estatal na propriedade destaca-se a desapropriação, que é a mais drástica das formas de manifestação do poder de império, ou seja, da Soberania interna do Estado no exercício de seu domínio eminente sobre todos os bens existentes no território nacional.

É de consignar que o instituto ora em comento raras vezes é usado. As desapropriações para fins de reforma agrária, por interesse ou necessidade pública são recorrentes. Entretanto, a desapropriação sanção por descumprimento da função social ainda é difícil de se verificar nas cidades brasileiras.

Todavia, seja qual for o seu fundamento, deve-se lembrar que a expropriação é instrumento fundamental no planejamento urbanístico em todas as cidades do mundo.

## **4 ABORDAGEM ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1276 DO CÓDIGO CIVIL**

Antes de adentrarmos no questionamento de uma possível inconstitucionalidade do artigo 1276 do Código Civil pátrio, faremos uma breve abordagem acerca do controle de constitucionalidade.

### **4.2 Controle de constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade consiste na verificação da adequação das espécies normativas de um ordenamento jurídico com as normas constitucionais. Assim, o controle de constitucionalidade está diretamente ligado à supremacia da Constituição sobre as demais espécies normativas. Dessa forma, para que esse controle seja efetivo, é necessário que a Carta Magna do Estado seja rígida, pois somente assim pode ser assegurada a superioridade desta sobre as demais normas. O controle de constitucionalidade visa proteger os princípios e garantias fundamentais elencados na Constituição Federal. A verificação de adequação das normas ao texto constitucional é feita sob dois aspectos: formal e material.

Sob o aspecto formal, a verificação da adequação recairá sobre o ritual que deve ser seguido para a elaboração das normas. Assim, a própria Constituição, consagrando o princípio da legalidade, prevê regras básicas que devem ser seguidas na elaboração das espécies normativas. Caso a norma não siga as exigências estabelecidas na Carta Magna, estará eivada de inconstitucionalidade.

O requisito formal subdivide-se em dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. O subjetivo refere-se a fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de iniciativa. Assim, deve ser respeitada a competência para iniciativa legislativa, sob pena de ser considerada inconstitucional.

O aspecto objetivo refere-se às fases constitutiva e complementar. É em virtude deste aspecto que deve ser declarada a inconstitucionalidade da norma caso não siga o trâmite legislativo estabelecido pela Constituição.

Os requisitos materiais referem-se a adequação do conteúdo propriamente dito das normas à Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade pode ser realizado de forma preventiva ou repressiva. Essa classificação baseia-se no momento de realização do controle.

O controle preventivo busca evitar que a norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. Aqui no Brasil, o controle preventivo é feito pelo executivo e pelo legislativo. O controle preventivo pode ser feito de duas formas: pelas comissões de Constituição e Justiça, que têm por função principal “analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional com o texto Constitucional”, esse controle também pode ser realizado pelo plenário da casa legislativa, quando esta rejeitar o projeto de lei por motivo de inconstitucionalidade; ou pelo veto jurídico, que corresponde ao veto do chefe do executivo.

Dessa forma, o controle preventivo ocorre sempre dentro do processo legislativo.

O controle de constitucionalidade repressivo pode ser feito de forma concentrada ou difusa. O controle repressivo é realizado, no Brasil, em via de regra,

pelo judiciário, mas a Constituição Federal prevê duas hipóteses onde esse controle será feito pelo legislativo.

A primeira hipótese trata do artigo 49, V, d Constituição Federal, onde esta dispõe que caberá exclusivamente ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitarem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa”. Na situação prevista pelo citado inciso, o Congresso Nacional editará um decreto legislativo para sustar o decreto presidencial ou a lei delegada, dependendo do caso.

A segunda hipótese trata da medida provisória que, editada em conformidade com o artigo 62 da Constituição Federal, terá vigência e eficácia imediata, e força de lei, pelo prazo de sessenta dias, prorrogáveis uma vez por igual prazo. A medida provisória deverá, de imediato, ser submetida ao Congresso Nacional, cabendo a este aprová-la, convertendo-a em lei, ou rejeitá-la. Caso o Congresso rejeite a medida provisória, com base em inconstitucionalidade apontada por parecer da comissão temporária mista de Deputados e Senadores, estará exercendo controle repressivo.

O controle difuso, também denominado de controle por via de exceção ou defesa, é caracterizado pela permissão concedida a todo juiz ou tribunal para realizar a análise de compatibilidade de uma espécie normativa à constituição no caso concreto cabe ao judiciário a realização do controle difuso.

Nessa forma de controle, o posicionamento sobre a inconstitucionalidade da espécie normativa não é o objeto central da lide, mas sim uma questão prévia, a qual dará ensejo a análise do objeto principal. Assim, no controle difuso, o que se busca é uma análise da constitucionalidade da norma no caso concreto, para que caso seja

declarado a inconstitucionalidade o interessado possa se isentar do cumprimento da norma daquele caso específico.

Sendo declarado a inconstitucionalidade da norma no caso específico, os efeitos só atingirão as partes da lide, continuando a norma válida e eficaz perante terceiros.

O Art. 97 da C.F dita:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público.

Caso esse quorum não seja respeitado, a decisão pela inconstitucionalidade será nula. Esse artigo traz portanto uma verdadeira cláusula de reserva de plenário, que visa garantir maior segurança jurídica nas decisões.

É importante notar que essa cláusula não impossibilita ao juiz singular de declarar a inconstitucionalidade da norma, pois ela se dirige especificamente aos órgãos coletivos do judiciário no exercício do controle difuso e também ao Supremo Tribunal Federal no controle concentrado.

O controle concentrado é realizado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal e visa declarar a inconstitucionalidade da norma de forma abstrata, ou seja, independentemente de qualquer caso concreto. Assim, no controle concentrado não se analisa interesses subjetivos, mas sim, como defende a doutrina, analisa-se objetivamente a inconstitucionalidade da norma.

A constituição de 1988 prevê as seguintes espécies de se realizar o controle concentrado :

- ação direta de inconstitucionalidade genérica (Art. 102, I,a)

- ação direta de inconstitucionalidade interventiva (Art. 36,III).
- ação direta de inconstitucionalidade por omissão (Art. 103, 2º)
- ação declaratória de constitucionalidade (Art. 102,I, a, in fine; EC nº 03/93)

#### **4.2 A inconstitucionalidade do artigo 1276 do Código Civil**

O artigo 1.276 do Código Civil assim expõe:

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§1º. O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§2º. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Infere-se desse dispositivo, de acordo com Maria Helena Diniz que,

O proprietário despoja-se de seu direito com o propósito de não o ter mais em seu patrimônio (CC, artigo 1.276, caput), cessando os atos de posse e deixando de satisfazer os ônus fiscais (CC, artigo 1.276, §2º), revelando desinteresse que se caracteriza como uma omissão anti-social, por não atender à finalidade econômico-social da propriedade.

O questionamento que se faz nesta situação, é a motivação da perda da propriedade, pois sendo o direito de propriedade uma garantia na Constituição Federal, não pode o código civil criar novas formas de perda da propriedade, tendo em mente inclusive, que a própria Constituição fornece instrumentos para a defesa da mesma.

Não existe uma motivação, neste casos elencados pelo Código Civil, que venham a justificar a perda da propriedade, pois o fato é que nem sempre o abandono e a não satisfação dos ônus fiscais configuram tal intenção e, ainda, que o proprietário não está respeitando o princípio da função social da propriedade.

Referente ao abandono ser considerado de forma absoluta em relação ao imóvel (urbano ou rural), onde , cessados os atos de posse, a intenção do proprietário era abandonar o imóvel, se ele deixar de satisfazer os ônus fiscais (Art. 1.276, § 2º, NCC). No entanto, a presunção absoluta, por não admitir a prova em contrário, é bastante severa, já que a inadimplência pode ter como causa motivos de força maior ou, mesmo, a discussão administrativa e judicial dos valores lançados. É, por isto, que no Projeto n. 6.960/2002, do Deputado Ricardo Fiuza de modificação do NCC, sugere-se a supressão do termo absoluta, o que transformaria a presunção *juris et de jure* (absoluta) em *juris tantum* (relativa), permitindo que o proprietário demonstre que o não pagamento do tributo não tenha a ver com o abandono da propriedade.

O proprietário possui pleno domínio sobre seu imóvel. Em virtude de algumas circunstâncias, pode ocorrer do proprietário permanecer longe de seu imóvel, sem que ninguém o utilize. A Constituição Federal assegura o direito à propriedade privada, como uma garantia fundamental, além de fornecer instrumentos para a defesa da mesma. Passados três anos, o Código Civil – lei hierarquicamente inferior à Carta Magna – entende que o Município, no qual está situado o imóvel, pode tomar para si o



domínio do mesmo. Ora, se a Constituição oferece ao proprietário recursos para manter sua propriedade, o Código Civil não pode prever tamanha arbitrariedade do Poder Executivo.

Deve-se ter em mente que não é porque o proprietário sai do imóvel por determinado lapso temporal – qualquer que seja – que o mesmo não está de acordo com o princípio da função social da propriedade.

Deve-se verificar este abandono no caso concreto, e não a partir de uma presunção absoluta, sem que o proprietário do imóvel tenha o direito de defesa. Caso realmente o proprietário tenha intenção de não mais conservar o imóvel em seu patrimônio, neste caso realmente o proprietário poderá não estar cumprindo a função social.

Não é porque se admite interpretações e até um certo subjetivismo para se definir a função social da propriedade que a mesma não encontra limites.

O principal limite ao princípio da função social é que não se pode suprimir o conteúdo da propriedade. A proteção da propriedade é constitucional (Art. 5º, XXII), bem como a obrigatoriedade ao cumprimento da função social (Art. 5º, XXIII concomitante ao Art. 170, III). Como não há hierarquia legal entre os dispositivos, é forçosa a conclusão de que ambos devem ser respeitados, coexistindo de maneira harmônica.

O princípio da função social não pode inviabilizar o uso da propriedade. É necessário que as exigências decorrentes desse princípio não retire a viabilidade e econômica de espaço do imóvel. Da mesma forma que a obrigação de cumprimento da função social, existe o direito à propriedade e sua livre utilização econômica.

Caso a Administração não encontre outra alternativa e o bem seja afetado de forma a retirar-lhe o conteúdo mínimo e a feição, resta o caminho da desapropriação.

Outro limite é que o que determina que as imposições do princípio só se sustentem quando o destinatário for a coletividade. O uso da propriedade deve ser exigido em prol do bem comum. Não é lícito que se invoque a função social, quando os interesses forem individuais ou puramente econômicos, mesmo que seja o Estado a fazê-lo. O professor Carlos Ari Sundfeld, lembra ainda que o proprietário não pode ser obrigado a desempenhar uma função no interesse exclusivo da sociedade.

A própria Constituição no Art. 182 atribui ao Poder Municipal poderes suficientes para que o mesmo possa exigir o respeito ao princípio da função social. O constituinte deu eficazes instrumentos à Administração para que cumpra o seu papel.

Através dele, é possível punir uma especulação de imóveis vagos ou subutilizados, adensar áreas desocupadas, e principalmente ordenar a ocupação urbanística da cidade, sem ser preciso se valer do Art. 1276 do Código Civil.

Outro ponto é com relação ao não cumprimento dos ônus fiscais. Com a crise que assola o país, nada mais normal que exista falta de recursos, por parte da população. O fato de o proprietário não pagar os impostos referentes ao seu imóvel não significa que o mesmo não esteja atendendo sua finalidade social.

O não cumprimento dos ônus fiscais configura uma dívida do proprietário com o Poder Público, devendo esse último, caso entenda ter havido lesão ao erário, propor ação de execução de título extrajudicial, em conformidade com o ordenamento jurídico. Contudo, deve ser defeso tomar patrimônio alheio para satisfação da dívida. O Executivo, agindo dessa forma, além de cometer uma infração constitucional, adentra em esfera que não é a sua, mas do Poder Judiciário.

Caso débito seja motivado pelo IPTU progressivo no tempo, Art. 182, §4º, II, C.F., este sim está previsto na Constituição, o Município poderá arrecadar o imóvel, devido expressamente ao não cumprimento da função social. Entretanto, for um débito de IPTU sem ser progressivo, de forma alguma, poderá o Município arrecadar este imóvel.

Caso o Município, o Distrito Federal ou a União arrecade este imóvel, eles estarão confiscando o imóvel.

A Constituição Federal autoriza somente uma modalidade de confisco: o do artigo 243, que diz respeito às glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Nesse caso, haverá expropriação imediata sem qualquer indenização ao proprietário.

No artigo 1.276, §2º, do Código Civil, é permitido que o Estado realize outra modalidade de confisco, não respeitando o direito à propriedade previsto constitucionalmente.

É certo que a propriedade deve ter uma destinação social, entretanto tal finalidade deve conciliar com a garantia que o proprietário possui com relação a seu imóvel.

Assim, o artigo 1.276 do Código Civil é arbitrário à Constituição Federal, restando, desse modo, configurado inconstitucionalidade de tal dispositivo.

O Código Civil, no que tange à classificação normativa, é considerado lei ordinária. Ferreira<sup>30</sup> conceitua lei ordinária como "um ato normativo primário editando normas gerais e abstratas, sendo assim entendida em função de sua generalidade e caráter abstrato. A lei ordinária é o ato normativo típico".

---

<sup>30</sup> FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 1996, p. 336.

Pode-se entender, portanto, que a lei ordinária é aquela que trata a respeito de várias coisas dentro de um determinado âmbito jurídico, como o Código Civil assim o faz.

Com relação à posição das leis ordinárias dentro do sistema hierarquizado das normas no ordenamento jurídico, Montoro<sup>31</sup> explica que:

A posição hierárquica das leis ordinárias no ordenamento jurídico é, de um lado, inferior à das normas constitucionais e complementares, e de outro, superior a dos decretos regulamentares e a dos demais atos normativos inferiores, como as convenções coletivas de trabalho, atos administrativos, contratos, etc. Pode-se, por isso, discutir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessas leis.

Logo, é perfeitamente plausível a decretação da inconstitucionalidade de tal dispositivo presente no código civil.

Trata-se de uma inconstitucionalidade material, ou seja, como já exposto, seu conteúdo contraria norma constitucional.

O modo como essa inconstitucionalidade será alegada poderá ser pelo critério difuso ou pelo concentrado.

No critério difuso, quando a questão aqui abordada aparecer em alguma lide processual, sendo declarada pela autoridade judicial – caso entenda pela inconstitucionalidade – referente à instância na qual o processo está tramitando. Como já estudado, a inconstitucionalidade aqui resulta somente *inter partes*, e para que a mesma tenha eficácia *erga omnes*, cabe ao Senado Federal, por meio de resolução, suspender a execução da lei (artigo 52, X, CF).

---

<sup>31</sup> MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 2000, p. 337.

Pelo critério concentrado, mais amplo, deverá ser proposta uma ação direta de inconstitucionalidade genérica, uma vez que trata de uma incompatibilidade de um dispositivo de lei ordinária com a Constituição Federal e caberá ao STF que a competência para exercer o julgamento.

Desse modo, resta aos legitimados previstos no artigo 103 da Carta Magna proporem essa ação, já que a inconstitucionalidade do artigo 1.276, do Código Civil é evidente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação estatal com o bem comum no tocante ao direito à propriedade esta inserida atualmente na maioria das constituições mundiais. Conseqüentemente surgem conflitos entre o direito de propriedade e o cumprimento da função social da propriedade.

Ocorre que os benefícios da coletividade não podem se sobrepor a um direito fundamental do cidadão, qual seja, o da propriedade privada. É necessário haver um equilíbrio entre a propriedade privada e a função social, para encontrar uma perfeita harmonia jurídica na sociedade. Um direito, neste caso, não se sobrepõe ao outro.

A propriedade é obrigada a cumprir sua função social e o seu descumprimento acarreta conseqüências severas ao proprietário, porém no ordenamento jurídico pátrio, existe uma incompatibilidade de normas.

O artigo 1276 do Código Civil permite que o executivo presuma de forma absoluta o abandono por parte do proprietário, autorizando que o Estado tome para si esse patrimônio, a partir dessa presunção, e também quando o proprietário não cumpre com os ônus fiscais, com o abandono presumido, estipulando o período de três anos para a concretização do mesmo.

A própria garantia ao direito de propriedade, representa um benefício à sociedade, no momento em que significa uma segurança jurídica, sendo respeitado os princípios constitucionais.

Referente ao débito do proprietário com o Estado, oriundo do IPTU, cabe ao Estado procurar as vias judiciárias normais, respeitando o ordenamento jurídico.

Conclui-se assim, ser inconstitucional o artigo 1276 do Código Civil pátrio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABINAGEM, Alfredo. **A família no direito agrário**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAÚJO, Telga de. **A propriedade e sua função social**. p.159. *In*: Direito agrário brasileiro /Raymundo Laranjeira – coordenador. – São Paulo: LTr, 1999. Vários autores.

ARIMATÉA, José Rodrigues. **O Direito de Propriedade: Limitações e Restrições Públicas**. São Paulo: Lemos&Cruz, 2003. ISBN: 85-88839-10-5.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva: 2000. ISBN: 85-02-02173-7.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Volume 4. Tomo III. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. ISBN: 85-02-00518-9.

BARROSO, Lucas Abreu. **Fundamentos filosóficos do direito de propriedade**. *Fragmentos de cultura*, Goiânia, a. 7, n. 25, p. 11-18, jun. 1997.

BERNARDES, Juliano Taveira. **Da Função Social da Propriedade Imóvel**. Estudos do Princípio Constitucional e de sua Regulamentação pelo Novo Código Civil Brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 151, 4 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4573>>. Acesso em 25 de julho de 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Ed. Forense. Rio de Janeiro 1.956, 4ª edição atualizada por José de Aguiar Dias.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: UnB, 1995.  
\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARAVIAS, José L. e SOUZA, Marcelo de Barros. **Teologia da terra**. Petrópolis: Vozes, 1998, p.304.

CARTAXO JUNIOR, Rubens. **O Controle de Constitucionalidade** (atualizado conforme a Emenda Constitucional nº 45/2004). Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 576, 3 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6281>>. Acesso em 28 de março de 2005.

CASTRO, Mônica. **A Desapropriação Judicial no Novo Código Civil** in <<http://www.factum.com.br/artigos/102.htm>>. Acesso em 20 de agosto de 2005.

Código Civil Italiano, Distribuidora Récord Editora, Rio de Janeiro, 1961.  
CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. **A Doutrina da Função Social da Propriedade**. In: Factum [Internet] <<http://www.factum.com.br/artigos/102.htm>>. Acesso em 23 de setembro de 2005.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 6. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1993.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 85-02-04072-3.

DINIZ DE MORAES, José. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999. ISBN: 85-7420-139-1.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder, do original Der ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats. Bertrand Brasil, 15ª edição.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. ISBN: 85-02-02004-8.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito agrário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros Editores, 6ª Edição, 2003.

----- Licenças Urbanísticas, RDP 90/189-196.



FONTES, André Ricardo Cruz. **Limitações constitucionais ao direito de propriedade.** In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 435-456.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Perfil Constitucional da Função Social da Propriedade.** Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em 27 de agosto de 2005.

Gama, L. E. P. Jaramillo, **Princípio da função social e ambiental da propriedade,** Revista Jurídica Consulex, ano IX, n 195, pág.58.

GODOY, Luciano de Souza. **Direito agrário constitucional. O regime de propriedade.** São Paulo: Atlas, 1998.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.  
GOMES, Orlando, **Direitos Reais.** 19<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004 (atualizada por Luiz Edson Fachin).

GOUGH, J. W. **A teoria de Locke sobre a propriedade.** O pensamento político clássico (Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau)/ organização, introdução e notas de Célia Galvão Quirino. São Paulo: T. A. Queiroz, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN: 85-336-0836-5.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica,** 3. ed. Porto Alegre, Fabris, 1997.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro.** 2a ed.. Goiânia : AB, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 12<sup>a</sup> ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente:** doutrina, prática, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, v. 3: direito das coisas, 37ª edição, revista e atualizada por Carlos Alberto Dabus Maluf, p. 86. São Paulo. Saraiva, 2003.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. ISBN: 85-203-1713-8.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001. ISBN: 85-224-2940-5.

MORAM, Maria Regina Pagetti. **Função social e legitimidade à atribuição do direito de propriedade**. Franca: Revista de Estudos Jurídicos UNESP. 1998.

PACCAGNELLA, Luiz Henrique. **Função sócioambiental da propriedade rural e áreas de preservação permanente e reserva florestal legal**. São Paulo: RT Direito Ambiental. Vol 8. 1997.

PETRUCCI, Jivago. **A Função Social da Propriedade como Princípio Jurídico**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 229, 22 fev. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4868>>. Acesso em 18 de setembro de 2005.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

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, p. 73-78, abr./jun. 1989.

TEPEDINO, Gustavo. "Contornos constitucionais da propriedade privada" in DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coordenador). Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIBEIRO, Thaysa Capsy Boga. **A inconstitucionalidade do art. 1.276 do Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 737, 12 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6998>>. Acesso em: 14 junho. 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**: de acordo com a Lei n.º 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima. **A desapropriação no direito agrário**. São Paulo: Atlas, 1992.

RUSSELL, Bertrand. **Obras filosóficas. História da filosofia ocidental**. 3. ed. São Paulo: CODIL, 1968. v. 3.

Santos, Fábio Alves dos. **Direito Agrário. Política Fundiária no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1a. ed. 3a. tiragem. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Lumen Juris Ltda, 2003.

SILVA, Rafael Egídio Leal e. **Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 37, ano 9, out./dez. 2001.

STEFANINI, Luís de Lima. *A propriedade no direito agrário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

VARELLA, Marcelo Dias. **Introdução ao direito à reforma agrária: o direito face aos novos conflitos sociais**. Leme: Editora de Direito, 1997.

VECCHIO, Giorgio del. **Direito, Estado e Filosofia**. Rio de Janeiro: Politécnica, 1952.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. ISBN: 85-7308-338-7.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: **Direitos Reais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. ISBN: 85-224-296-1.