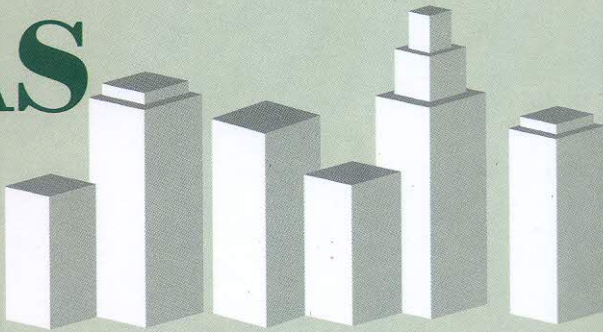


TEMAS



ATUAIS



EM DIREITO



IMOBILIÁRIO

Organização

Flávia de Almeida Viveiros de Castro

EDITORA
PUC
RIO

Direitos de propriedade: da estrutura codificada à função constitucional

João Victor Rozatti Longhi

Pedro Marcos Nunes Barbosa

Propriedade e propriedades: funções individual e social da propriedade — Os corolários da função social da propriedade — Limite e conteúdo da disciplina proprietária — Critério de legalidade e causa de legitimação de intervenções legislativas sobre a propriedade: a função social como princípio e algumas concreções jurisprudenciais — Direito fundamental e princípio da ordem econômica (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III, CRFB): a questão do desenvolvimento sustentável

Propriedade e propriedades:
funções individual e social da propriedade

“Frente al pobre, que su pobreza se halla en brazos de la miseria, se contrapone la santidad de la propiedad” (Antón Menger, 1947:159).

Atualmente a doutrina nacional se debruça sem muita originalidade sobre as fontes *textuais* da tutela proprietária, sua fundamentação política, econômica, bem como sua destinação que ultrapasse o parâmetro egoístico do titular.

Como é inquestionável a influência recíproca dos demais sistemas sociais sobre o Direito, não se demonstra difícil a percep-

ção de que as *necessidades do mercado* impactam a produção legiferante *formalmente* incoerente entre dispositivos normativos.

Num dos exemplos lúcidos do conflito de interesses na edição da *constituente*, resta a contraposição — ou antinomia aparente — entre o art. 5º, *caput*,¹ e seu inciso XXII,² da Constituição da República Federativa do Brasil. Enquanto em sua fonte o enunciado se dirige ao imperativo de uma tutela mínima às necessidades humanas no acesso às titularidades, o mencionado inciso é destinado aos felizardos cidadãos que já acederam a tal *poder* e que *deverão* permanecer proprietários.

Diante da concentração populacional junto às cercanias dos polos econômicos produtivos decorrente do êxodo rural, da natural limitação territorial e da escassez de bens apropriáveis sujeitos à titularidade imobiliária, não é de maior dificuldade axiológica a *desejável* complementação dos dois preceitos constitucionais de modo a resguardar os interesses dos (já) proprietários dos *demais pretendentes*. Esta perspectiva harmônica do direito à propriedade perante o direito *de* propriedade toma como premissa seu delineamento funcional, após a irradiação dos valores expressos pelos *diversos* princípios e valores constitucionais.

É certo que as estruturas do direito privado sofreram grande transformação nos últimos tempos, devido à paulatina compreensão por parte dos intérpretes acerca da necessidade de leitura das *fattispecie* (*rectius*, *status* fáticos) tradicionais à luz da tábua axiológica constitucional. Em tal toada, não basta saber se *há* uma previsão de tutela, ou *quem* é o sujeito ativo no exercício do direito; o que realmente importa é inquirir o *modo* como os *fatores reais de poder* estão exercendo seu direito, e se tal exercício rumo às trilhas consagradas pelo texto-mor.

A propriedade, que sempre foi objeto de disputas ideológicas, haja vista os poderes que tradicionalmente põe à disposição de seu titular, tampouco passou ilesa da mutação dos conceitos.

As raízes da atual função individual da propriedade podem ser alcançadas na modernidade, em que se exaltavam os valores do liberalismo econômico como forma de superação do absolutismo monárquico. Nesta esteira há aqueles que sustentam ser a propriedade privada um verdadeiro direito natural, e que a união dos homens em comunidade teria por fim precípuo a proteção de sua propriedade. Ou seja, a vida em sociedade serve à tutela dos bens, e não à elevação humana através da possibilidade do acossamento ao acesso: no fetichismo proprietário, o objeto é endeusado como *totem*, e o sujeito só será relevante se dispuser do conteúdo do direito.

Entretanto, nas palavras de Beccaria, “como cada um é ávido de buscar o seu bem-estar, como o direito de propriedade não está gravado nos corações, sendo simples obra das convenções sociais, há uma porção de motivos que induzem os homens a violar tais convenções” (Beccaria, 2010:55).

Mais próximo aos dias atuais, frente à constatação sobre as evidentes injustiças que a exacerbação dos valores liberais foi capaz de causar, a doutrina procura traçar os novos contornos que devem ser dados aos poderes proprietários, investigando as linhas mestras de uma estrutura *dinâmica* que seja capaz de atender aos anseios (ultraindividuais) de sua atual função constitucional.

A propriedade, portanto, deve ser estudada não apenas por sua estrutura (*titularidades, prazo, poderes*) e atributos (*usar, gozar, fruir, dispor* etc.), mas lida *particularmente* através de sua função (*modus operandi*) exercida. Acerca do significado jurídico de função, Norberto Bobbio explica que:

(...) por “função” se entende a prestação continuada que um determinado órgão dá à conservação e ao desenvolvimento, conforme um ritmo de nascimento, crescimento e morte, do organismo inteiro, isto é, do organismo considerado como um todo (Bobbio, 2007:103).

Em outros termos, o arquétipo dos poderes jurídicos que advém do direito à propriedade deve ser concebido não pelo que supostamente é — em uma abordagem descritiva —, mas pelo que deve ser. Ou seja, utiliza-se de um sistema de valores que não se baseia apenas na liberdade como vetor central do ordenamento, mas sim no complexo princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos termos de Pietro Perlingieri, a funcionalização é um processo, ou seja, um fenômeno que se concretiza superando-se “o esquema fato-relação, onde fato faz as vezes de causa e a relação, de efeito”. Portanto, a proposta do autor italiano concentra a própria atenção “na tríade relação-fato-relação”, de modo que a relação obrigacional/real e a situação inicial exerçam a função de um “*prius* do fato, condicionando sua estrutura” (Perlingieri, 2008:903).

Por sua vez, para Niklas Luhmann, o sistema jurídico como um todo tem uma função a cumprir dentro do complexo e multifacetado sistema social.³ Cabe ao jurista, assim, delinear a função social de cada instituto jurídico à luz dos interesses predominantes no ordenamento. Ao se debruçar sobre determinada categoria jurídica, portanto, deve o hermeneuta buscar a função social de determinado fato social, como a propriedade, no Direito.

Portanto, a propriedade não é una. As relações jurídicas proprietárias são delineadas pelos diversos regimes proprietários. Em outros termos, as situações jurídicas objetivas se constroem à medida que o ordenamento reconhece a possibilidade de verificação do merecimento de tutela à sua estrutura. As propriedades imobiliária, mobiliária, intelectual e suas respectivas categorias devem ser vertidas ao cumprimento da função social que têm a desempenhar.

Não é possível se falar em uma única função social da propriedade, mas em funções sociais que dirigem a aplicação das

regras às normas, delimitando o regime jurídico específico de cada uma das propriedades.

Por sinal, seria até leviano a proposta de uma rigidez *funcional* aplicada aprioristicamente, até mesmo dentro de nichos mais restritos como o da propriedade imobiliária. *Verba gratia*, o legislador e o intérprete não demandam que um titular latifundiário rural de São Paulo e o proprietário de uma quitinete em Copacabana — ambos *donos* de imóveis — destinem idêntica função social.

Em outros termos, não haveria dúvida que o habitante do Rio de Janeiro adimpliria a função do *bem apropriado* pela mera moradia sem qualquer plantio. Por outro lado, não se pode destinar idêntica e delimitada *missão* ao latifundiário; sua moradia em poucos metros cúbicos — sem função produtiva — não alavancaria os mandamentos constitucionais *mínimos*.

Este trabalho tem por escopo investigar alguns dos desdobramentos da função social da propriedade, em especial a imobiliária. Seu objetivo principal é o de abordar aspectos da funcionalização das situações proprietárias à luz dos valores constitucionais, para, ao final, propor alguns *passos* hermenêuticos possíveis à atualidade econômica-política.

Corolários da função social da propriedade

A verdadeira libertação requer hoje mais, e não menos, da “esfera pública” e do “poder público”. Agora é a esfera pública que precisa desesperadamente de defesa contra o invasor privado — ainda que, paradoxalmente, não para reduzir, mas para viabilizar a liberdade individual (Zygmunt Bauman, 2001:62).

Limites e conteúdo da disciplina proprietária

Historicamente, muitos buscam na chamada doutrina social da Igreja Católica as raízes axiológicas que dão base à atual função social da propriedade. Neste sentido, excerto da encíclica *Rerum Novarum* (1891), do papa Leão XIII:

A propriedade particular, já o dissemos mais acima, é de direito natural para o homem: o exercício deste direito é coisa não só permitida, sobretudo a quem vive em sociedade, mas ainda absolutamente necessária (S. Tomás, Sum. Teol., II-II, q. 65, a. 2.). (...) Agora, se se pergunta em que é necessário fazer consistir o uso dos bens, a Igreja responderá sem hesitação: “A esse respeito o homem não deve ter as coisas exteriores por particulares, mas sim por comuns, de tal sorte que facilmente dê parte delas aos outros nas suas necessidades.” E por isso que o Apóstolo disse: “Ordena aos ricos do século... dar facilmente, comunicar as suas riquezas” (S. Tomás, Sum. Teol., II-II, q. 32, a. 6.).⁴

Outras encíclicas, como a *Quadragesimo Anno* (1931 — Pio XI), *Mater et Magistra* (1961 — João XXIII), *Populorum Progressio* (Paulo VI — 1967), aperfeiçoaram a visão da Igreja Católica acerca do tema.⁵

Por sua vez, parte da doutrina critica tais assertivas, principalmente porque não se apresentam limites internos ao exercício das faculdades inerentes à propriedade, mas apenas um discurso jurídico de manutenção do *status quo* proprietário. É o que conclui Frederico Henrique Viegas, para quem é notável a contradição, já que, “de uma parte, pode se constituir em uma justificação de invasão ou da intervenção na propriedade privada e, por outra parte, em um jogo de manutenção da instituição” (Viegas, 2011:450).

Por essa razão, é possível se asseverar de que, na atualidade, a função social da propriedade deve ser aferida como a possibilidade de imposição de deveres, ônus e sujeições como limites internos ao exercício das faculdades inerentes ao domínio. Em outras palavras, trata-se de reconhecer os riscos sociais que o abuso do poder jurídico concedido ao titular é capaz de trazer, preconizando-se a existência de imposições sociais que legitimem a função individual da propriedade. Assim leciona Ricardo Aronne:

O princípio da função social da propriedade bilateraliza os deveres em face da propriedade alheia, publicizando-a ao incorporar interesses de ordem social junto ao interesse privado do proprietário (ou aquele que ostente outra titularidade). (...) Não depende de legislação complementar, como possa parecer do par. 1º deste artigo [1.228, CC] tendo em face do art. 5º e par. 1º, juntamente com o art. 170, todos da CF/88, aplicação direta e imediata, tratando-se de direito fundamental e princípio da ordem econômica (Aronne, 2009:719-720).⁶

Por outro lado, na hipótese de o titular utilizar *adequadamente* o seu bem, por óbvio que a presença da *função social* exercitada pelo ente privado angariará uma tutela *qualitativamente* mais forte por parte do ordenamento jurídico.

Portanto, não se pode falar que a função social da propriedade significa *apenas* na onerosidade *unilateral* ao proprietário de uma plêiade de deveres e sanções,⁷ posto que esta — caso presente — serve à legitimação do direito *de propriedade*, salvaguardando o titular de quaisquer terceiros que queiram lhe causar danos injustos.

Por outro lado, não é possível o estabelecimento unívoco dos conceitos “função social” e “altruísmo”,⁸ visto que, se a realização da feição individualista-lucrativa estiver de acordo com

outros vetores normativos (trabalhista, tributário, ambiental, humanístico), não haverá qualquer perspectiva *franciscana* dos *poderes proprietários*.

Não obstante tais considerações, é equívoca a ótica de que a função social *limitaria* os direitos proprietários, uma vez que esta é ínsita ao exercício da situação/relação jurídica patrimonial. Ou seja, na hermenêutica do art. 1228 do Código Civil, há o elemento implícito (formalmente) dos atributos proprietários que é a sua função social.

Dessa forma, pode-se concluir que: i) a função social é elemento interno dos atributos proprietários, razão pela qual aquela não contrai a estrutura da propriedade, mas a delimita; ii) como *metodologia* legitimadora da seara patrimonial, ao cumprir o *mínus* supraindividualístico, o art. 5º, XXII, resta ainda mais *robusto* juridicamente; iii) uma vez adimplidos os parâmetros *razoáveis* do exercício proprietário, de maior autonomia *qualitativa* gozará o titular do direito.

Critério de legalidade e causa de legitimação de intervenções legislativas sobre a propriedade: a função social da propriedade como princípio e algumas concreções jurisprudenciais

As conclusões anteriormente esboçadas trazem um norte à concreção do princípio da função social enquanto norma jurídica, um instrumento às mãos do intérprete na criação da regra do caso concreto.⁹

Muito mais do que um discurso jurídico que traga um contraponto àquele da aceitação dos abusos cometidos em nome da propriedade privada, a função social é um princípio que se dirige a todos os que criam regras e aplicam as normas. Nesse sentido, para André Osório Gondinho, “a função social da propriedade tem como destinatários específicos de seu comando

normativo o titular da propriedade, o legislador e o juiz, estabelecendo um amplo complexo de deveres para cada um deles” (Gondinho, 2000:430).

Há quem afirme que o atual art. 1.228 e parágrafos do Código Civil tenha delimitado o princípio da função social da propriedade em sede legislativa. Contudo, os vetores indicados pela necessidade de concretização dos *fins sociais e econômicos* são meramente enumerativos, consagrando apenas uma das múltiplas possibilidades concedidas pela funcionalização dos interesses proprietários aos interesses sociais no ordenamento.

Afinal, a concretude do princípio da função social da propriedade encontra inúmeros outros raios de aplicação no sistema jurídico nacional. Restringido-se à propriedade imobiliária, é possível analisar alguns dos desdobramentos práticos do princípio que ensejam controvérsias acerca do balanceamento de determinados valores constitucionais.

E é na aplicação cotidiana dos textos legais que se observam diversos dos corolários axiológicos da função social da propriedade, em especial no exercício da tutela *possessória*, bem como nas decorrências da boa-fé objetiva.

Um dos exemplos mais claros da função social irradiante sobre a seara das situações subjetivas e objetivas patrimoniais ocorre na *realização concreta* das pretensões. No caso do titular que tem seu direito de propriedade *turbado* por terceiro não autorizado, se o primeiro não ajuizar pleito de forma célere poderá *perder* o direito de uma solução paliativa (antecipação dos efeitos da tutela), tendo em vista sua *posse velha*.¹⁰

Não obstante, na hipótese da omissão longa de exercício possessório por parte do *proprietário*, se um terceiro passar a destinar uso pessoal do bem apropriado pelo primeiro, não poderá este ajuizar *qualquer pretensão* que não seja baseada no título *per se*¹¹ (ou até mesmo apenas pelo título)¹².

De outra monta, a função social também é umbilicalmente aplicada junto ao princípio da boa-fé objetiva¹³ no resguardo daqueles que já gozavam de determinada tolerância por parte de outros titulares de direito, mesmo que em lapso temporal pretérito à usucapião (ou até de seu descabimento).

Outrossim, verifica-se que o axioma *funcional* serve, simultaneamente, para: i) outorgar um dever de *exercício* por parte do titular formal do direito; e ii) trazer segurança jurídica aos terceiros que concretizaram tal mandamento, ainda que contra os desidérios do titular originário.

Direito fundamental e princípio da ordem econômica (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, II e III, CRFB): a questão do desenvolvimento sustentável

Não é incomum a pecha capitalista-liberal que confunde o axioma-meta do *desenvolvimento nacional*, partindo da premissa de que seu liame, para com o princípio da função social, seja limitado a *mais produtividade* (tão somente). Entretanto, a doutrina expõe que o

(...) processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí por que, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento. (Grau, 2010:218)

Ou seja, não basta ser a propriedade imobiliária produtiva (na zona rural com incontáveis plantios, cabeças de gado etc.;

na urbana com moradia, locação comercial ou residencial) se esta estiver passando ao largo de outros direitos individuais e sociais.

Um dos primeiros valores fundamentais consagrados na Carta da República que contrastam frontalmente com tendências de expansão das faculdades inerentes à função individual da propriedade é o da tutela do meio ambiente (art. 225, CR). Com efeito, dentre os muitos questionamentos que se impõem, um dos principais é aquele acerca da natureza das obrigações impostas ao proprietário pela tutela dos ambientais e de quem deve responder pelos deveres dela decorrentes, em caso de alienação da propriedade.

Deve-se, primeiramente, frisar que o meio ambiente equilibrado é um direito fundamental que guarda sua simetria na consagração dos direitos humanos, de natureza econômica, social e cultural. Com efeito, a jurisprudência brasileira há tempo consagrou tais assertivas, decidindo pela possibilidade de realização de desapropriação-sanção para a realização de reforma agrária com intuito de dirigir o desenvolvimento econômico em áreas que integram o patrimônio nacional.¹⁴

Em outra oportunidade, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que o dever de arcar com os custos do reflorestamento tem natureza *propter rem* ou *ob rem*, razão pela qual independe se foi ou não o atual proprietário aquele que degradou a área de preservação permanente, por exemplo. O dever de restituir o bioma à situação mais próxima possível de sua natureza deve ser por ele suportado, ainda que seja realizado pelo Poder Público e sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.¹⁵

De tal tendência pretoriana, verifica-se que o art. 5º, XXIII,¹⁶ não tem como foco *predominante* os elementos subjetivos que *temporariamente* exercem o mister proprietário. Pelo

contrário, sendo a preocupação constitucional com a *finalidade*, a *função*, que se tal tiver sido exercida por outrem, este poderá receber tutela *contra o proprietário*.

Ainda em tal sentido, se a função social tiver sido violada por outrem (o antigo proprietário), aquele sujeito que estiver *atualmente* na titularidade poderá responder pelos atos do pretérito titular. Logo, nota-se uma direção de superar a *personalidade* — ou a *subjetividade* — relacional para apurar as consequências concretas dos mandamentos constitucionais.

Além das consequências jurídicas atribuídas pelos tribunais, na própria exegese textual constitucional é possível notar que o tipo não consigna que o “proprietário atenderá a função social”, mas que o *objeto* apropriado (ainda que pelo não proprietário) atenda a tal mister.

Em igual monta, a questão da demarcação e averbação da reserva legal e a incumbência de suportar os ônus da necessidade de preservação do patrimônio histórico e cultural constituem o meio ambiente artificial.¹⁷

Dessa forma, é possível constatar uma guinada interpretativa pelo Poder Judiciário, que não considera como mais relevantes as razões econômicas, ou subjetivas, como predominantes à hermenêutica, que leve à isenção de responsabilidades fundada na noção de culpa.

A função social da propriedade ultrapassa, destarte, a perspectiva do *law and economics*,¹⁸ para a qual a produtividade *quantitativa* implicaria atendimento aos mandamentos capitalistas e constitucionais. De outro lado, a própria noção de responsabilidade civil fundada na culpa acaba dando lugar na objetivação dos cumprimentos com os deveres *máximos* do ordenamento, mesmo que por terceiro que não contribuiu a deflagração do ilícito.

Tal é uma consequência da separação comum entre propriedade e controle,¹⁹ entre culpa e risco, razão pela qual é possível

concluir que: i) desenvolvimento não se subsume a produtividade isolada dos demais fundamentos da democracia brasileira; ii) a função social da propriedade se apura *objetivamente*, a despeito de idiosincrasias subjetivas de seu exercício; iii) não é possível a aplicação do *law and economics* no momento de dirimir lides que versam sobre direitos indisponíveis.²⁰

Conclusão

“A essência do direito é a realização prática.”
(Rudolf Von Jhering, 1972:82)

Tal como preceituava Comparato,²¹ há uma tendência constante de concentração de poderes (entre eles, em especial, os direitos de propriedade) nas mãos de alguns agentes econômicos. Se fosse somada a escassez natural pela delimitação territorial (o que é catalisado nas grandes metrópoles), perceber-se-ia a importância de um cuidado supraindividualista no exercício de tais *poderes*.

Na *humanização* — ou legitimação — do direito de propriedade, labora a função social que imprime uma utilização *conforme* os princípios fundamentais e fundacionais da República, ainda que tal importe em *imediata perspectiva* de limitação da autonomia privada.

Por outro lado, um dos resultados da objetivação principiológica foi a maximização dos benefícios extraproprietários com a tutela do direito real por excelência. Tal transformação do direito das propriedades acaba beneficiando o regime capitalista como um todo, posto que se pondera a tutela *ao acesso*, bem como a tutela *do direito*, se e quando o titular (ou pretendente) se portarem de modo a se beneficiarem mutuamente.

Com os impactos advindos do crescimento populacional, tendo em vista a aglutinação de pessoas em espaços delimita-

dos, bem como a corriqueira especulação imobiliária, pode-se afirmar que o princípio da função social é dotado de dupla efetividade: corretiva/sancionatória e protetiva/legitimadora.

Na primeira hipótese, no caso de qualquer desvio, desuso ou abuso proprietário, a função social será o prisma pelo qual o Poder Executivo (desapropriação, expropriação sem compensação, parcelamento do solo, elevação tributária) ou o Poder Judiciário (usucapião, multas, liminares) interpretará o caso concreto e utilizará do *jus puniendi*. Dessa forma, será desestimulada a repetição de condutas indesejáveis no exercício das titularidades.

De outro lado, quando a *função social* estiver sendo objetivamente adimplida, o titular-proprietário ou o não proprietário terá energética e legítima guarida jurídica, angariando de todos os poderes imanentes da norma autoaplicável do art. 5º, XXII, da CRFB.

Em síntese, tal como preceituava a Constituição mexicana de 1917,²² a propriedade também obriga, e não apenas atribui direitos, razão pela qual se constitui como uma relação jurídica complexa.²⁴ Outrossim, a propriedade é passível de máxima tutela *como direito individual*, desde que não esteja divorciada dos demais focos normativos do ordenamento como um todo.

Certo é que não há pretensão individual ponderável fora dos outros centros legítimos de interesse socialmente relevantes.

Referências bibliográficas

- ARONNE, Ricardo. Direitos das coisas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Código Civil anotado*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo Oliveira. 2.ed. Bauru: Edipro, 2010.

BERLE, A.A.; MEANS, G.C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada*. São Paulo: Abril Cultural, 1984:3.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia. Barueri: Manole, 2007.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos. Em homenagem ao professor José Carlos Moreira Alves. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, 2003:79-114.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

JHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.

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

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. In: LOPES JR., Dalmir; ARNAUD, André-Jean. *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MENGER, Antón. *El derecho civil y los pobres*. Tradução de Adolfo Posada. Buenos Aires: Atalaya, 1947 [1.ed. de 1.898].

MÉXICO. *Constitución*. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional: introdução ao direito civil constitucional*. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RENTERIA, Pablo Valdemar. Considerações acerca do Atual Debate sobre o princípio da função social do contrato. In: MORAES, Celina Bodin de. *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

VATICANO. Encíclicas papais. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/index_po.htm. Acesso em 3 de setembro de 2012.

VIEGAS, Frederico Henrique. Fonte e evolução da propriedade imobiliária. Das sesmarias aos dias atuais. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana. *O STJ e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Notas

1 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

2 “XXII - é garantido o direito de propriedade.”

3 “O contato do Direito com seu ambiente social deve ser tratado sob outro sentido – como sendo suas oportunidades políticas, sua utilidade econômica, sua perturbação pelo contato do sistema em movimento. *A função do sistema jurídico consiste em assegurar a possibilidade de articulações jurídicas na sociedade e para a sociedade*” (Luhmann, 2004:60).

4 Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em 3 de setembro de 2012.

5 Todas podem ser encontradas em: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/index_po.htm. Acesso em 3 de setembro de 2012.

6 Nos termos de León Duguít “A propriedade é a função social do próprio detentor da riqueza” (*apud* Chinelato; Hironaka, 2003:93). Com efeito, a

clássica e sempre recorrente visão de Duguit parte da premissa da incompatibilidade do Direito subjetivo com os deveres decorrentes da concessão feita pelo ordenamento a que determinado sujeito detenha os poderes a ela inerentes. Por isso, estes poderes, que, no caso da propriedade, dão-lhe ao controle dos meios de produção, o autor entende que a propriedade traz consigo a função de circulação e multiplicação de riquezas não só em prol do proprietário, mas de toda a coletividade. Tais assertivas não foram plenamente consagradas nos sistemas jurídicos ocidentais.

7 Como no IPTU progressivo, no parcelamento do solo, na desapropriação, ou demais consequências jurídicas positivadas na Carta Magna e no Estatuto da Cidade.

8 “Em segundo lugar, não se pode interpretar a função social do contrato de modo a exigir dos contraentes um comportamento altruístico, a impor que eles procurem realizar, antes de seus interesses, os interesses dos outros. Na realidade, a perspectiva funcional do direito contratual desloca o fundamento das situações subjetivas, antes ancorado na vontade do indivíduo, para os interesses e valores da coletividade. Porém, isto não quer dizer que as pessoas não possam mais se servir de seus direitos para satisfazer os seus interesses. Ao contrário, o que se pode entender é que a própria razão que justifica que essa pessoa possa exercer os seus direitos em seu benefício é uma razão do ordenamento. Com efeito, há um interesse social a ser atendido quando se tutela o interesse individual de cada pessoa, assim como há quando se tutela a satisfação de interesses difusos ou coletivos que estejam eventualmente envolvidos na realização daquele contrato. Na realidade, não raro a tutela de um interesse coletivo se confunde com a de um interesse individual; por exemplo, o interesse coletivo em promover acesso à habitação se revela na tutela individual do inquilino” (Renteria, 2006:305).

9 “Ofício judicante — Postura do Magistrado. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer à dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Min. Marco Aurélio, REX 140265/SP, DJ 28/05/1993).

10 “Ação de reintegração de posse. Indeferimento do pedido de antecipação dos efeitos da tutela, por se tratar de posse velha, não se verificando na hipótese os requisitos legais para a concessão da medida de urgência. Inconformismo da autora. Da análise detida dos autos, verifica-se que não há indicação, ao menos em sede de cognição sumária, de que a posse do agravado fosse injusta à época em que se constituiu, frisando-se que o réu alega exercer a posse do bem há mais de nove anos, sendo certo que sua companheira faleceu em 2009, não se vislumbrando abuso do direito de defesa. Não há controvérsia quanto ao fato de que o imóvel serve à residência do agravado, e por isso há risco de lesão irreversível de seu direito à moradia (art. 6º da Constituição), e, conseqüentemente, de violação ao disposto no §2º do art. 273, CPC. Há de prevalecer, neste momento, o direito do agravado, vez que o mesmo exerce

a posse do imóvel há mais de ano e dia, sendo certo o direito da agravante é de fundo patrimonial, podendo ser reparado de outros modos. Posse velha. Impossibilidade de deferimento da liminar. Decisão combatida que não se mostra teratológica, contrária à lei ou à prova dos autos, não merecendo, por isso, qualquer reparo. Aplicação da Súmula nº 59 desta Corte. Decisão mantida. Precedentes desta Corte. DECISÃO QUE SE MANTÉM. DESPROVIMENTO DO RECURSO” (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 7ª Câmara Cível, Des. André Ribeiro, AI 0034264-24.2012.8.19.0000, DJ 22.08.2012).

11 “ACRESCENTA O CONTESTANTE QUE AS TERRAS PLEITEADAS JÁ NÃO TÊM UTILIDADE PARA A CONCESSIONÁRIA, EIS QUE A BARRAGEM JÁ FOI CONSTRUÍDA HÁ VÁRIOS ANOS, NÃO TENDO MAIS A ÁREA REIVINDICADA NENHUMA RELAÇÃO COM A GERAÇÃO DE ENERGIA, E QUE DEVE SER OBSERVADO O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. SENTENÇA DE 1º GRAU JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO CONSIDERANDO A INEXISTÊNCIA DO ESBULHO POR PARTE DO RÉU QUE TEM A POSSE MANSA E PACÍFICA DO IMÓVEL, ENQUANTO O AUTOR É PROPRIETÁRIO NÃO-POSSESSOR, PELO QUE NÃO CABE A TUTELA POSSESSÓRIA NA FORMA PROCEDIMENTAL PLEITEADA” (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 14ª Câmara Cível, Des. Juarez Folhes, AC 0000004-32.1989.8.19.0062, DJ 22/08/2012).

12 “Ação reivindicatória. Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos. Função social da propriedade. Direito de indenização dos proprietários. Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito” (Apelação cível n. 212.726-1-4, São Paulo, 8ª Câmara Cível do TJSP – 16/12/94 – Rel. Des. José Osório).

13 “DIREITO CIVIL. VIZINHANÇA. CONDOMÍNIO COMERCIAL QUE ADMITE UTILIZAÇÃO MISTA DE SUAS UNIDADES AUTÔNOMAS. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO POR CONDÔMINO QUE CAUSA RUÍDO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL FIXADO EM QUANTUM RAZOÁVEL. — O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao vizinho uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio. — A ‘supressio’, regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado. — Não age no exercício regular de direito a sociedade empresária que se estabelece em edifício cuja destinação mista é aceita, d: fato, pela coletividade dos condôminos e pelo próprio Condomínio, pretendendo justificar o excesso de ruído por si causado com a imposição de regra constante da convenção condo-

minial, que impõe o uso exclusivamente comercial, mas que é letra morta desde sua origem” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Min. Nancy Andrighi, RESP 1096639, DJ 12.02.2009).

14 EMENTA: REFORMA AGRÁRIA — IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE — DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) — POSSIBILIDADE — (...) PANTANAL MATO-GROSSENSE (CF, ART. 225, PAR. 4.) — POSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS NELE SITUADOS, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. — A NORMA INSCRITA NO ART. 225, PARÁGRAFO 4, DA CONSTITUIÇÃO NÃO ATUA, EM TESE, COMO IMPEDIMENTO JURÍDICO A EFETIVAÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE ATIVIDADE EXPROPRIATÓRIA DESTINADA A PROMOVER E A EXECUTAR PROJETOS DE REFORMA AGRÁRIA NAS ÁREAS REFERIDAS NESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE NOS IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO PANTANAL MATO-GROSSENSE (...).

(MS 22164, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL — 01809-05 PP-01155) (...) A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO — DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO — PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. — O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE — TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO — CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. (...) OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS. (STF — MS 22164, relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155).

15 AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. POSSIBILIDADE DE REFLORESTAMENTO POR PARTE DO PODER PÚBLICO SEM DESAPROPRIAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DOS CUSTOS AO PROPRIETÁRIO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. INDENIZAÇÃO DO ART. 18, § 1º, DO CÓDIGO FLORESTAL. REGRA DE TRANSIÇÃO. CULTIVOS APÓS A CRIAÇÃO DA APP. CONDUTA ILÍCITA NÃO INDENIZÁVEL. DISCUSSÃO SOBRE A PRESCRIÇÃO PREJUDICADA. 1. O Código Florestal, em seu art. 18, determina que, nas terras de propriedade privada onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário. 2. Com isso, não está o art. 18 da Lei n. 4.771/65 retirando do particular a obrigação de recuperar a área desmatada, mas apenas autorizando ao Poder Público que se adiante no processo de recuperação, com

a transferência dos custos ao proprietário, que nunca deixou de ser o obrigado principal. 3. Tal obrigação, aliás, independe do fato de ter sido o proprietário o autor da degradação ambiental, mas decorre de obrigação propter rem, que adere ao título de domínio ou posse. Precedente: (AgRg no REsp 1206484/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17.3.2011, DJe 29.3.2011). 4. O § 1º do art. 18 do Código Florestal quando dispôs que, “se tais áreas estiverem sendo utilizadas com culturas, de seu valor deverá ser indenizado o proprietário”, apenas criou uma regra de transição para proprietários ou possuidores que, à época da criação da limitação administrativa, ainda possuíam culturas nessas áreas. 5. Aqueles que, como no caso do recorrente, cultivaram em área de preservação permanente, após a entrada em vigor da norma restritiva, praticaram conduta ilícita, exploraram economicamente quando deveriam recuperar a vegetação. Obviamente que, em tais situações, não há que se falar em indenização. 6. A conclusão de que inexistente direito à reparação dos danos torna inócua qualquer discussão a respeito da ocorrência ou não da prescrição da pretensão indenizatória. Recurso especial improvido. (REsp 1237071/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 03/05/2011, DJe 11/05/2011 – Informativo nº 0471 - Período: 2 a 6 de maio de 2011.)

16 “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.”

17 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MATA ATLÂNTICA. DECRETO 750/1993. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 1.228, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. Ressalte-se, inicialmente, que a hipótese dos autos não se refere a pleito de indenização pela criação de Unidades de Conservação (Parque Nacional ou Estadual, p.ex.), mas em decorrência da edição de ato normativo stricto sensu (Decreto Federal), de observância universal para todos os proprietários rurais inseridos no Bioma da Mata Atlântica. 3. As restrições ao aproveitamento da vegetação da Mata Atlântica, trazidas pelo Decreto 750/93, caracterizam, por conta de sua generalidade e aplicabilidade a todos os imóveis incluídos no bioma, limitação administrativa, o que justifica o prazo prescricional de cinco anos, nos moldes do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ.

4. Hipótese em que a Ação foi ajuizada somente em 21.3.2007, decorridos mais de dez anos do ato do qual originou o suposto dano (Decreto 750/1993), o que configura a prescrição do pleito do recorrente. 5. Assegurada no Código Civil de 2002 (art. 1.228, caput), a faculdade de “usar, gozar e dispor da coisa”, núcleo econômico do direito de propriedade, está condicionada à estrita observância, pelo proprietário atual, da obrigação propter rem de proteger a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitar a poluição do ar e das águas (parágrafo único do referido artigo). 6.

Os recursos naturais do Bioma Mata Atlântica podem ser explorados, desde que respeitadas as prescrições da legislação, necessárias à salvaguarda da vegetação nativa, na qual se encontram várias espécies da flora e fauna ameaçadas de extinção. 7. Nos regimes jurídicos contemporâneos, os imóveis - rurais ou urbanos - transportam finalidades múltiplas (privadas e públicas, inclusive ecológicas), o que faz com que sua utilidade econômica não se esgote em um único uso, no melhor uso e, muito menos, no mais lucrativo uso. A ordem constitucional-legal brasileira não garante ao proprietário e ao empresário o máximo retorno financeiro possível dos bens privados e das atividades exercidas. 8. Exigências de sustentabilidade ecológica na ocupação e utilização de bens econômicos privados não evidenciam apossamento, esvaziamento ou injustificada intervenção pública. Prescrever que indivíduos cumpram certas cautelas ambientais na exploração de seus pertences não é atitude discriminatória, tampouco rompe com o princípio da isonomia, mormente porque ninguém é confiscado do que não lhe cabe no título ou senhorio. 9. Se o proprietário ou possuidor sujeita-se à função social e à função ecológica da propriedade, despropositado alegar perda indevida daquilo que, no regime constitucional e legal vigente, nunca deteve, isto é, a possibilidade de utilização completa, absoluta, ao estilo da terra arrasada, da coisa e de suas virtudes naturais. Ao revés, quem assim proceder estará se apoderando ilicitamente (uso nocivo ou anormal da propriedade) de atributos públicos do patrimônio privado (serviços e processos ecológicos essenciais), que são "bem de uso comum do povo", nos termos do art. 225, caput, da Constituição de 1988. 10. Finalmente, observe-se que há notícia de decisão judicial transitada em julgado, em Ação Civil Pública, que também impõe limites e condições à exploração de certas espécies da Mata Atlântica, consideradas ameaçadas de extinção. 11. Recurso Especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1109778/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 04/05/2011).

18 "Tal perspectiva, prescindindo da credibilidade dos resultados aplicativos, é criticável em si como metodologia, pela sua unilateralidade e pela substancial função individualista, materialista e conservadora certamente em contraste com a legalidade constitucional: o mercado não é critério autônomo de legitimidade" (Perlingieri, 2008:106).

19 "O divórcio entre a propriedade e o controle, resultante desse processo, envolve quase necessariamente uma nova forma de organização da sociedade" (Berle; Means, 1984:3).

20 Outra maneira de efetivação da função social rural consiste na pesada taxação da propriedade improdutiva com elevação progressiva do Imposto Territorial Rural, A Lei nº 4 9.393/96, concretizou o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição Federal, culminando o proprietário desidiioso a pagar em tributos, no prazo de cinco anos, o próprio preço da propriedade. Indubitavelmente, se executada com rigor a norma, haverá grande efetividade em sede de função social. Há uma relação de proporcionalidade entre as sanções ao proprietário rural

inadimplente na função social, à medida que se agrava a ofensa ao conteúdo ético da norma constitucional. Assim, enquanto a burla aos princípios ambientais e trabalhistas propicia a desapropriação-sanção, com indenização em títulos da dívida agrária, o mesmo não acontecerá quando houver cultivo de psicotrópicos, ensejando uma modalidade de desapropriação privada de qualquer indenização — confisco (art. 243 da CF). A finalidade ilícita é, portanto, severamente reprimida. Há uma importante emenda constitucional em tramitação que inclui como hipótese de confisco o trabalho escravo. (...) De fato, tão grave quanto manter cultura de vegetais alucinógenos é praticar o escravagismo. Não se olvide da possibilidade de condenação do agente por dano moral coletivo, cuja verba será revertida a Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), bem como imposição da pena do art. 149, do Código Penal” (Farias; Rosenvald, 2009:225).

21 “Deve-se ponderar, ainda, que essas diferentes formas de poder social são, a um tempo, interdependentes e aglutinantes. Uma certa soma deles, em diversos setores, é a condição indispensável para a existência de um forte poder, num determinado campo. A partir de certo grau, a predominância política, para subsistir, deve combinar-se com um mínimo de força econômica e de autoridade moral. O titular de qualquer das formas de poder é levado, naturalmente, a adquirir outras. Tudo isso explica a incoercível tendência à concentração do poder, no curso da História” (Comparato, 1976:2).

22 “La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad” Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2012.

23 “Definir 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” (Loureiro, 2003:52).