

PAULO ABIGUENEM ABIB

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL SOB A
ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFETIVIDADE
NO PROCESSO**

**VITÓRIA
2005**

PAULO ABIGUENEM ABIB

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL SOB A
ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFETIVIDADE
NO PROCESSO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS, sob a orientação do Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.
Área de concentração: GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

**VITÓRIA
2005**

PAULO ABIGUENEM ABIB

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMÓVEL SOB A
ÉGIDE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA EFETIVIDADE
NO PROCESSO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS. Área de concentração: GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Aprovada em ____ de _____ de 2005.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Flavio Cheim Jorge
Orientador
Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES

Prof. Marcelo Abelha Rodrigues
Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES

Prof. Sérgio Seiji Shimura
Faculdade de Direito de Vitória – FDV/ES

Vitória, ____ de _____ de 2005.

Aos meus pais e à minha esposa pela
força e compreensão.

Ao dileto professor orientador Dr. Flávio Cheim Jorge pelo incentivo e apoio, e ao prezado colega Dr. Roberto José de Almada pela amizade durante o curso.

“O membro da sociedade tem a obrigação de cumprir uma certa função social. Os atos que realiza para este fim têm valor social e serão socialmente protegidos. Não existem direitos dos indivíduos, não existem direitos dos governantes, não existem direitos dos grupos sociais, quaisquer que sejam eles; não existem a não ser que tenham uma função social que cumprir e a proteção assegurada para todos os atos realizados em vista desta função e só para estes e na medida em que se realizam em vista de tal função.”

León Duguit

RESUMO

O presente estudo da função social da propriedade visa trazer, à luz dos dispositivos constitucionais, do Código Civil e Estatuto da Cidade, uma melhor aplicação deste princípio no plano processual. A propriedade sempre constituiu um foco constante de tensões sociais e econômicas, instabilizando relações jurídicas, causando acirrados conflitos entre as pessoas e, estas e o Estado, enfim, tem fortes repercussões em todas as esferas sociais. A efetividade deste princípio é de especial importância e relevância na conjuntura social atual. O Direito sempre procurou criar instrumentos e meios que pudessem defendê-la e pacificá-la, no sentido de superar as violentas controvérsias que explodem ao seu redor. É necessário e urgente operar o princípio constitucional da função da propriedade para a sua aplicação nas demandas judiciais, principalmente nas ações reivindicatórias, possessórias, de usucapião, de desapropriação, e relativas ao meio ambiente. Os conflitos de terra, a violência decorrente da má distribuição da propriedade, o clamor pela reforma agrária vindo do M.S.T., nos conduzem a uma profunda reflexão para modernização do secular instituto da propriedade, que está sendo revista e repensada, não mais como direito absoluto. A visão individualista está sendo superada por novo conceito de propriedade vinculada ao cumprimento de uma função social. Hodiernamente, identifica-se um objetivo que as pressões sócio-econômicas produziram para o operador jurídico: efetivar e concretizar a função social da propriedade. Não se apresentará aqui um conceito acabado e claro do que seja a função social da propriedade e nem se tem tal pretensão neste trabalho. O que se procura é oferecer um ponto de partida do qual pode ser edificada uma nova concepção dogmática para o direito de propriedade e de sua função social. Para tanto, o pesquisador adotou o método de abordagem conhecido como hipotético-dedutivo, tendo em vista que o princípio da função social da propriedade se reveste de toda uma dinâmica da realidade social e se estrutura na norma jurídica tanto constitucional quanto infraconstitucional. Assim, ao final deste intenso e prazeroso estudo, espero poder contribuir, guardadas as limitações, para o desenvolvimento da efetiva aplicação no processo da função social da propriedade.

Palavras-chave: Posse. Propriedade. Função Social.

ABSTRACT

This present study from social role from property aim at bring, in the light of from the devices constitutional, of the Civil Code and Statute from City, only one best application you gave principal into the plane she sues. The property always constituted a constant focus of social and economic tensions, destabilizing legal relationships, causing incited conflicts between the people and, these and the State, at last, it has forts repercussions in all the social spheres. The effectiveness you gave principal is of special importance and relevance on conjuncture social actual. The effectiveness you gave principal is of special importance and relevance on conjuncture social actual. The Right always looked for to create instruments and ways that could defend it and pacify it, in the direction to surpass the violent controversies that blow up to its around. Is necessary and urgent operational the beginning constitutional from function from property for your application on the demands of the Justice, principally on the actions of claim of the ownership, of prescription, of expropriation and relative to the half environment. The wars of earth, the violence current from bad distribution from property, the outcry by agrarian reform coming from M.S.T., on the they drive to a deep reflection about to modernize of the secular institute from property, what is being magazine and rethink, no more with a right absolute. The vision individualist is being overcome for new concept of property linked the greeting from a social role. Modernly, an objective is identified that the partner-economic pressures had produced for the legal operator: to accomplish and to materialize the social function of the property. A finished concept will not be presented here and clearly the one that is the social function of the property and nor if it has such pretension in this work. What if it looks for is to offer a starting point of which can be built a new dogmatic conception for the right of property and its social function. About to as many, the survey adopting the method of approach acquainted. The method used was the hypothetical-deductive, owing to what the beginning from social role from property if coated of all a dynamic from reality social what if structure on norm judicial as many constitutional regarding infra constitutional. Such, the end you gave intense and please I study, I hope be able add up, stored the limitations, about to the development from effective application into the I sue from social role from property.

Key-words: Ownership. Property. Social function.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	15
2.1	NOÇÕES, ORIGEM E CONCEITO	15
2.2	O PENSAMENTO DE LEON DUGUIT	22
2.3	ESTUDOS RELEVANTES DE JURISTAS E FILÓSOFOS.....	25
2.3.1	Thomas Hobbes.....	27
2.3.2	John Locke.....	33
2.3.3	Jean-Jacques Rousseau.....	35
3	O DIREITO BRASILEIRO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	38
3.1	RECEPÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PELO DIREITO BRASILEIRO COMO PRINCÍPIO.....	38
3.2	RESTRIÇÕES E RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE	59
4	O DIREITO AGRÁRIO E A FUNÇÃO SOCIAL NO PODER JUDICIÁRIO.....	65
5	EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NO PROCESSO	81
5.1	APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NAS AÇÕES JUDICIAIS.....	81
6	CONCLUSÃO	106
7	REFERÊNCIAS	109

1 INTRODUÇÃO

A propriedade sempre constituiu um foco constante de tensões sociais e econômicas, desestabilizando relações jurídicas, causando acirrados conflitos entre as pessoas e entre estas e o Estado, ocasionando fortes repercussões em todas as esferas sociais.

O Direito sempre procurou criar instrumentos e meios que pudessem defendê-la e pacificá-la, no sentido de superar as violentas controvérsias que explodem ao seu redor. Hodiernamente, identifica-se um objetivo que as pressões sócio-econômicas produziram para o operador jurídico: efetivar e concretizar a função social da propriedade.

A sociedade, após um longo e doloroso processo de lutas e convulsões, assumiu o compromisso de redistribuir a riqueza por ela produzida, ou seja, integrar aquelas camadas marginalizadas pela concentração abusiva de renda, e transformar a massa em cidadãos. Entretanto, a elite composta pelos grandes latifundiários e os conglomerados empresariais, que detêm os meios e bens de produção, impõem resistências a esse escopo e aferra-se às suas posses de modo intransigente e, muitas vezes, violento, num esforço cego e inseqüente. E esse fenômeno se reproduz com bastante freqüência nas classes sociais baixas, não sendo, portanto privativo da elite dirigente. Da bicicleta ao automóvel, da pequena gleba rural ao latifúndio, da pequena empresa à grande corporação industrial, ninguém se dispõe a renunciar ao direito de propriedade em prol desse interesse coletivo.

Existe no Direito Positivo brasileiro todo um sistema integrado por institutos de direito material e processual para a propriedade e todas as suas manifestações. Tem a propriedade um regime jurídico constitucional e infraconstitucional onde se faz sempre presente um rígido e cauteloso cuidado para com o direito de propriedade. Nunca o operador jurídico se ressentiu da ausência de meios legais para garantir a posse e a propriedade individual, haja vista o conjunto dos poderosos interesses que surgem em sua defesa.

O que se reivindica, hoje do Direito, são soluções pacíficas e legais para o direito de posse e de propriedade, de forma a propiciar a aplicação da norma constitucional de forma eficaz, sendo este o objeto da presente pesquisa.

O presente trabalho trata de questão pertinente à efetividade da Função Social da Propriedade no processo e sua visão na Constituição Federal atual como Direito e Garantia Individual do cidadão brasileiro.

Mister salientar, que o assunto escolhido surgiu da percepção de que a Constituição Federal não definiu ou conceituou de forma clara e efetiva o que vem a ser função social da propriedade, devendo tal ser feito para delimitação, efetividade e operacionalização do Direito positivado na Carta Magna, sob pena do texto constitucional não ter aplicação no campo jurídico, ou seja, não servir como direito ou garantia constitucional em favor daqueles para os quais a regra foi elaborada.

A justificativa é o item do plano de pesquisa que apresenta resposta à questão por quê? Mister salientar que é de especial relevância para a pesquisa, visto que se questiona a respeito da pesquisa: que motivos a justificam? Quais as contribuições para a compreensão, intervenção ou solução para o problema trará a realização da presente pesquisa?

Neste diapasão leciona DESLANDES (1994, p. 42): “a forma de justificar em pesquisa que produz maior impacto é aquela que articula a relevância intelectual e prática do problema investigado à experiência do investigador.”

Neste jaez, a justificativa do presente trabalho é no sentido de que a função social da propriedade deve ser efetivada no processo para não se tornar letra morta no ordenamento jurídico brasileiro. Observo uma tímida aplicação por parte dos Juízes e Tribunais no que diz respeito à função social da propriedade. A função social deve ser aplicada nas ações correlatas, seja nas ações de domínio, de posse, de desapropriação, de usucapião e nas ambientais.

Considerando a experiência de Magistrado do pesquisador desde abril de 1995, tendo atuado em várias Comarcas do interior do Estado, em questões pertinentes ao

direito de propriedade, senti-me compelido na tentativa de decifrar o princípio de índole constitucional da função social da propriedade imóvel.

Entretanto, ocorreu-me extrema dificuldade para entender o sentido e alcance da norma constitucional já que o texto da Carta Magna não conceitua de forma clara e inequívoca o quem vem a ser tal função.

O pesquisador entende que algumas diretrizes fornecidas pelo texto constitucional não são, totalmente, suficientes para uma segura e útil aplicação deste instituto do Direito ao caso concreto, o que não considero um obstáculo intransponível para sua aplicação.

Assim, buscando na doutrina a conceituação de função social da propriedade, o pesquisador pôde aplicar com mais segurança a norma constitucional, mas restaram-lhe certas indagações e elucubrações as quais pretende demonstrar e solucionar no presente trabalho, ou ao menos, minimizar as indagações sobre o tema.

A necessidade de delimitação do conceito, conteúdo, sentido e alcance da norma constitucional é de vital importância para operacionalizar-se sua efetiva aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de não ter sentido o aparecimento da norma no mundo jurídico.

As inúmeras questões relativas ao direito de propriedade, como ações possessórias, desapropriações, usucapião, reivindicatória etc., merecem um estudo aprofundado da função social da propriedade, visto que o aplicador do Direito, muitas vezes se preocupa somente com as leis substantivas (Código Civil) ou adjetivas (Código de Processo Civil), esquecendo a maior das Leis dentro do ordenamento jurídico que são as normas constitucionais, que podem e devem trazer soluções benéficas para uma solução judicial mais justa e equânime.

O novo operador jurídico deve ampliar seus conceitos. Deixar de viver em um mundo meramente jurídico. O jurista que concebe o Direito como mera legislação se

torna um simples “técnico em lei”, visto que despreza todo o trabalho desenvolvido pela Filosofia, Sociologia e Psicologia no estudo e compreensão do Direito.

Assim, é fundamental que a visão da função social da propriedade seja conceituada e aplicada, não só com os embasamentos contidos na Constituição Federal, mas entranhada de todos os outros fundamentos teóricos, como, por exemplo, a Sociologia e Filosofia.

Assim, de acordo com o pensador sardo Antonio Gramsci, citado por Carlos Nelson Coutinho na obra “Um Estudo Sobre Seu Pensamento Político”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1999, temos o operador jurídico como construtor de uma nova cultura. Desta forma, deve-se cobrar efetividade às normas consideradas como conquistas, ou seja, fazer da Carta Magna uma constituição normativa por inteiro, e não normativa apenas nos capítulos interessantes à classe hegemônica.

Busca aqui responder o que é pretendido com a pesquisa, e quais as metas que se pretende alcançar ao final da pesquisa. A formulação da pesquisa é feita através de um objetivo geral, de aspecto mais amplo, articulando-o com objetivos mais específicos.

O objetivo do presente trabalho consiste em propor uma visão detalhada da função social da propriedade em face da atual Carta Magna e dos requisitos nela contidos e do papel que a função social tem e terá no mundo jurídico. Procurar-se-á inicialmente fixar os conceitos e origem da função social da propriedade no meio forense, como também, sua noção como princípio jurídico constitucional, e recepção e restrições pelo ordenamento jurídico brasileiro, e o mais necessário e salutar que é a real aplicação deste princípio dentro do processo e, conseqüentemente, nas várias ações judiciais que permeiam o tema.

Tentar-se-á demonstrar que a propriedade está a possuir uma submissão incondicional ao princípio da função social, e que sua eficácia e aplicabilidade no processo é perfeitamente possível e plausível, não havendo argumento capaz e suficiente que obstacule a sua efetividade.

- Demonstrar a necessidade de utilização do princípio da função social da propriedade nas várias ações judiciais, como ações reivindicatórias, possessórias, de usucapião, desapropriação etc;
- Esclarecer a não necessidade de utilização do mandado de injunção para questionamento da função social da propriedade por não se tratar a função social de norma constitucional programática, pois as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata;
- Verificação dos limites e restrições impostos pela função social da propriedade em relação ao direito de propriedade, tentando demonstrar que a função social não veio somente como elemento de ruptura no esquema do direito de propriedade individual, mas também para justificá-la no presente sistema capitalista;
- Analisar a plena aplicação da função social da propriedade no processo, devendo o questionamento do tema ser enfrentado pelo aplicador do direito, pois todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. (art. 93, inciso IX, da C.F.).

Cabe asseverar que a abordagem metodológica a ser adotada na dissertação tem que ser interdisciplinar, visto que as várias disciplinas do Direito a serem estudadas se entrelaçam com a Sociologia e Filosofia.

A especificação da metodologia da pesquisa é a que abrange maior número de itens, visto que responde às questões Como? Com quê? Onde? Quanto? Quando?

Entende-se, pois, que o método de abordagem a ser efetivado é o hipotético-dedutivo de Bunge, que se inicia pela percepção de lacuna nos conhecimentos, acerca da qual formula hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, testa a predição da ocorrência de fenômenos abrangidos pela hipótese. Neste método, temos três fases importantes, quais sejam: a) reconhecimento dos fatos que significa exame, classificação preliminar e seleção dos fatos que, com maior probabilidade,

são importantes no que se refere a algum aspecto; b) descoberta do problema que trata de descobrir lacunas ou certa incoerência no conhecimento existente; c) formação do problema que se refere a redução do problema a um centro importante, com possibilidade ou não de encontrar uma solução, com o auxílio do conhecimento vigente.

A presente pesquisa foi realizada através de documentação indireta através de pesquisa documental e bibliográfica, e ainda por meio de documentação direta e análise de conteúdo e outros que foram necessários para o bom cumprimento da pesquisa. Foi necessário um estudo aprofundado da evolução do conceito de função social da propriedade, vista pelo Direito Constitucional Brasileiro e pelo Direito Comparado, com estudo da eficácia e aplicabilidade da norma constitucional, e seu efeito sobre o conceito e restrições ao direito de propriedade para chegar-se na efetividade da função social da propriedade e sua, conseqüente, aplicação no processo. Desta forma, urge a necessidade de delimitação do conceito, conteúdo, sentido e alcance da função social da propriedade para que o aplicador do Direito possa fundamentar suas decisões judiciais nesta perspectiva, com verificação dos princípios jurídicos relativos à função social da propriedade nas questões relativas ao direito de posse e propriedade e demais ações correlatas para sua total efetividade no processo.

2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1 NOÇÕES, ORIGEM E CONCEITO

A sociedade, na sua constante mobilidade, revela ideais diversificados a cada período da história da humanidade. Assim é que, legalmente reconhecida desde o Direito Romano, a propriedade imóvel foi considerada por muito tempo intangível, absoluta, ou seja, não sofria substanciais restrições, sendo protegida até mesmo do poder público.

A configuração da propriedade nas regras de Direito Romano serviu de base para as principais categorias jurídicas e adquiriram caráter universal, influenciando boa parte dos sistemas jurídicos do mundo ocidental, especialmente no que tange ao Direito Privado. O Direito Romano influenciou definitivamente a configuração do instituto da propriedade nas diferentes etapas de sua evolução histórica.

WOLKMER (1990) aponta alguns elementos específicos do Estado Romano:

A ampla extensão territorial e sua pretensão de universalidade – a família, a religião e a organização política constituíram um conjunto demasiado complexo -, a distinção entre uma ordem ou poder público (Estado) e uma ordem ou poder privado (*pater* famílias), o regime político do cesarismo ou governo centralizado na pessoa do Imperador e, por fim, a criação e sistematização de um ordenamento jurídico codificado - Lei das Doze Tábuas e Código Justiniano.(WOLKMER, p. 24).

No que tange às espécies de propriedade no Direito Romano, CHAMOUN (1957) aponta a propriedade quirritária, a propriedade pretoriana ou bonitária, a propriedade itálica e provincial. Aduz:

A propriedade quirritária se caracterizava por atingir um imóvel romano ou itálico, pertencer a um cidadão romano e só ser transferível por um modo solene e recebia as sanções do *ius civile*.(CHAMOUN, 1957, p. 234).

Neste sentido, GILISSEN (1995) aponta a propriedade quirritária como um poder quase absoluto, porém sujeito a algumas limitações:

Os romanos conheceram, relativamente cedo na história das suas instituições, uma noção quase absoluta de propriedade: o *dominium ex iure Quiritium*, a propriedade quirritária. Era o poder mais absoluto que uma pessoa podia ter sobre uma coisa: o direito de a utilizar como quiser, de a desfrutar e de receber seus frutos, de dispor dela livremente. No entanto, não se tratava de um poder ilimitado; mesmo na época da Lei das XII Tábuas, o poder do proprietário estava limitado, sobretudo no que respeita aos imóveis, quer no interesse dos vizinhos, quer no interesse público.(GILISSEN, 1995, p. 92).

Estas espécies de propriedade foram com o tempo sendo unificadas, simplificando o regime da mesma no Direito Romano. Mais uma vez CHAMOUN (1957) destaca:

Justiniano unificou a propriedade romana. Desapareceram, antes dele, a propriedade itálica e a provincial. A propriedade pretoriana perdera a sua

razão de ser, em virtude da extensão de todas as suas aplicações. Agora, há somente um dominium ou proprietas, e que recai sobre qualquer coisa, acessível a todo cidadão.(CHAMOUN, 1957, p. 237).

Assim, Justiniano procede à compilação das fontes do Direito Romano antigo, conhecida como *Corpus juris civilis*. Deste modo, o Direito Romano irá se tornar nos séculos seguintes, por meio dos textos teóricos da compilação de Justiniano, o símbolo da propriedade livre. A propriedade no Império Romano é muitas vezes apontada como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo visto ser oponível *erga omnes*. Entretanto, já havia algumas limitações referentes os interesse público e ao interesse privado de vizinhos.

Já a propriedade no Direito Medieval tem como traço dominante a multiplicidade e o desmembramento do domínio, representado pelo regime feudal.

WOLKMER (1990) destaca a polêmica quanto à existência ou não de um Estado na Idade Média, apontando algumas características do que poderia chamar com Estado Medieval ou Feudal:

[...] constata-se que a simbolização do Estado Medieval/Feudal representou um largo período na história no Ocidente, marcado pelo surgimento do cristianismo, pela invasão militar/comercial dos germanos, eslavos, godos, e outros povos nórdicos sobre a Europa, e pela estrutura territorial dominante no feudalismo. Acresce a isso: a) a distinção e choque entre o poder espiritual e poder temporal; b) a infinita multiplicidade de centros internos de poder político, distribuídos aos nobres, bispos, universidades, reinos, entidades intermediárias, organizações e corporações de ofício; c) presença e prática de um sistema jurídico múltiplo de consuetudinário (do costume), embasado em regalias nobiliárquicas; d) por último, laços de dependência pessoal, hierarquia de privilégios, descentralização política e produção baseada na posse da terra. (WOLKMER, 1990, p. 24).

Estava assim, configurado o contexto social, político e jurídico da Idade Média que viria a delinear os contornos da propriedade medieval. Nesta época houve influência pelo Paradigma Organiscista que dominou o período antigo e medieval. Tal concepção originou-se a partir das idéias de Aristóteles, incorporadas pela filosofia de Tomás de Aquino, fulcrada numa visão orgânica do mundo, onde o todo prevalecia sobre as partes, que estavam relacionadas entre si e direcionadas para a manutenção do conjunto. Ainda, não foi apenas o regime feudal que caracterizou a

propriedade na Idade Média, mas também os aspectos religiosos, especialmente a religião católica, influenciaram a caracterização da propriedade neste período.

Posteriormente, temos o Estado Moderno representado em um primeiro momento pelo Estado Absolutista, soberano, monárquico e secularizado e, hodiernamente, o Estado Liberal, capitalista, constitucional e representativo. O Estado Liberal que foi consolidado pela Revolução Francesa de 1789 incidiu fortemente sobre a configuração da propriedade no Direito Moderno. Como algumas características desta época podemos citar a emergência social da classe burguesa enriquecida, consagração do individualismo e da tolerância, doutrina dos direitos e garantias individuais e a existência de um liberalismo econômico movido pela lei do mercado e com a mínima intervenção estatal.

Essa concepção individualista predominante em todo o ocidente começou a modificar-se com o declínio do Estado Liberal, ocorrido por força dos novos direitos dos cidadãos que se consolidaram com o advento de um Estado Social.

O direito positivo pátrio, tal qual ocorreu em outros países, sofreu lenta, porém significativas alterações ao longo do tempo, que se alternaram em períodos de progresso e retrocesso refletidos nas diversas Cartas Políticas editadas a partir da época imperial.

Mas foi somente com a Constituição Federal de 1988 que, ao promover a diminuição do descompasso existente entre o direito e os fatos sociais, informou e conformou todo o corpo normativo pátrio com os princípios genéricos do respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

No que concerne ao direito de propriedade, a função social da propriedade imobiliária, já inserida como princípio na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 foi alçada à categoria dos direitos e garantias fundamentais e dessa maneira, somada aos citados princípios genéricos, restou estabelecida uma nova concepção, que diz respeito tanto à propriedade urbana quanto à rural, abandonando-se a superada visão individualista até então prevalecente, para adotar-se uma posição consentânea e dirigida para o bem-estar social.

Longe, porém, de representar uma ameaça ao direito de propriedade, a função social preconizada no texto constitucional passa, na verdade, a constituir uma garantia ao seu exercício, na medida em que racionaliza o seu uso e impede a desapropriação sem prévia e justa indenização. Assim sendo, importa, necessariamente, na proteção a todos envolvidos - proprietários e não-proprietários - garantindo o pleno exercício do direito da propriedade.

Isso porque o seu conceito envolve não somente o atendimento à sua natural destinação econômica, mas que, concomitantemente, sejam respeitadas as leis trabalhistas e previdenciárias, preservado o meio ambiente, o que condiz com a conservação das reservas florestais e da fauna, não poluição das águas etc., bem assim que a exploração favoreça ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores. Trata-se, portanto, de elementos externos não econômicos, mas de igual modo tidos como relevantes no contexto formalizador da concepção de propriedade na sociedade moderna.

Assim, concebida como direito fundamental, a propriedade, atualmente, não é mais vista como um direito absoluto, estando ultrapassado o entendimento esposado da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, considerando-a sagrada.

A concepção individualista do direito e, conseqüentemente, da propriedade tem como origem a Revolução Francesa no século XVIII, sendo que seu eixo fundamental é representado pela defesa dos direitos do homem, limitando os privilégios da realeza e do clero, obtidos durante os séculos de construção do sistema feudal.

O conceito moderno de propriedade se desvinculou da concepção individualista do século XVIII. A propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, isso significando que deve oferecer à coletividade um maior proveito e utilidade, dentro da visão de que o social orienta o individual.

A expressão função social é, atualmente, assunto comum no discurso jurídico. Semanticamente imprecisa, a sua conceituação exige esforços para revelar o seu conteúdo, sentido e alcance. A Constituição Federal ressalta apenas em seu artigo

5º, incisos XXII e XXIII, que “é garantido o direito de propriedade” e “a propriedade atenderá sua função social”.

Verifica-se, pois, que a Constituição Federal garante o direito de propriedade, mas apenas e somente aquela que cumpre sua função social. Então o que vem a ser função social da propriedade?

A Constituição Federal de 1988 fornece algumas diretrizes nos artigos 182, § 2º, e 186, estabelecendo que: “[...] a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” e ainda que:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e IV- exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (CF/88, artigos 182, § 2º, e 186)

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, conquista jurídica da vitória das potências democráticas contra os países de regime autoritário, nazista ou fascista, aprovada em 10 de dezembro de 1948, por iniciativa da ONU, estabelece em seu artigo XVII: “1- Toda pessoa tem direito à propriedade, individual e coletivamente; 2- Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”

Assim, é necessário esclarecer e delimitar os conceitos relativos à função social da propriedade, realizando um elo de pertinência entre eles, para uma efetiva aplicação em obediência à regra constitucional, para que esse comando de atendimento à função social da propriedade não se torne “letra morta” dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Para BORGES (1983), a função social da terra é conceito que pode ser visto sob ângulos diferentes:

Alguns a consideram pelo prisma dos positivistas, como aconteceu no México, em 1917 - "Tal concepção põe o direito de propriedade excessivamente sob o arbítrio do Estado, que pode, inclusive, chegar ao ponto de devorá-lo." - "Melhor responde aos anseios do homem a

concepção cristã, na linguagem tomista." - "De nossa parte, revelando convicção, entendemos que a legislação agrária brasileira optou por esta última diretriz, que está na linha de nossa tradição, toda ela embasada no cristianismo." (BORGES, 1983, p. 8).

Assevera ainda BORGES, na mesma obra acima citada, que no direito agrário, quanto ao imóvel rural, sentimos ser o direito de propriedade a faculdade que a pessoa tem de possuí-lo como próprio, com o dever correlato de utilizá-lo conforme a exigência do bem-estar da comunidade.

Ainda, a função social da propriedade, motivadora do "Estatuto da Terra" inspirou-se, basicamente, na concepção tomista, doutrina de São Tomás de Aquino, nitidamente democrática, visando o bem comum, sem sacrifício dos direitos fundamentais do homem.

Neste diapasão, tem-se o princípio que deflui do ensinamento da Igreja Católica de que "sobre toda propriedade particular pesa uma hipoteca social".

Na visão de SILVA (2003), o jurista leciona que o referido princípio vai mais além:

Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. (SILVA, 2003, p. 282-283).

Ressalta ainda SILVA (2003):

Mas é certo que o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. (SILVA, 2003, p. 282-283).

A meu sentir, este entendimento começa a extrair do texto constitucional o real sentido e alcance da norma sub examine. O renomado jurista Washington de Barros Monteiro, citado por CHAGAS (2000, s.p.), lembra que "entre os romanos, o exercício do direito de propriedade era subordinado às exigências do bem comum".

Ainda MONTEIRO (2003), dando notícia histórica do direito de propriedade, preleciona que:

Parece que a propriedade, nos primórdios da civilização, começou por ser coletiva, transformando-se, porém, paulatinamente, em propriedade individual. Trata-se, contudo, de ponto obscuro na história do direito e sobre o qual ainda não se disse a última palavra. (MONTEIRO, 2003, p. 92).

Noticia COSTA (1977), em sua obra Síntese Histórica da Propriedade Imóvel que:

No Egito até o ano 4000 a.C., a propriedade era familiar, indivisível e inalienável. Os egípcios se organizavam em tribos e clãs. Também que, no século oitava a.C., estatui-se a liberdade dos contratos e tal progresso jurídico abriu caminho à propriedade individual e alienável. Enquanto na Mesopotâmia, na região do vale entre o Eufrates e o Tigre, até o ano 4000 a.C., os semitas e os sumérios viviam organizados em tribos; a propriedade era coletiva. Em Roma, como na Grécia a religião associa a família à propriedade. Entre os romanos surge a melhor identificação do instituto da propriedade, no qual eles distinguem três direitos: *jus utendi, fruendi et abutendi*. A propriedade passa a ser exclusiva, absoluta e perpétua. O direito de propriedade é reconhecido apenas aos cidadãos romanos: tem um caráter nacional. À medida, contudo, em que o domínio romano se estende fora da Itália, o direito começa a se tornar universal. (COSTA, 1977, p. 77).

Verifica-se, pois uma transformação da propriedade grupal à propriedade privada, até nossos dias atuais.

A meu sentir, quanto à conceituação da função social da terra e da propriedade, a mesma foi bem definida por Leon Duguit, ao sustentar que a propriedade não é um direito, mas uma função social. O proprietário ou possuidor da riqueza é vinculado a uma função ou dever social. Enquanto ele, detentor da propriedade, cumpre essa missão, seus atos devem ser protegidos.

Não o cumprindo ou cumprindo mal ou de forma imperfeita; se não a cultiva ou deixa que sua propriedade se arruine, torna legítima a intervenção do poder público para compeli-lo ao cumprimento de sua função social de proprietário, consiste em assegurar a utilização da riqueza conforme o seu destino.

2.2 O PENSAMENTO DE LEON DUGUIT

Sobre o jurista acima citado, cabe algumas observações do seu pensamento para chegarmos na atual concepção da função social da propriedade imóvel.

Inicialmente, a título de ilustração, cumpre informar que Leon Duguit foi Decano da Faculdade de Bordéus e todo o seu labor visou à reconstrução do direito. Para tanto, não deixou de efetuar um trabalho que, por vezes, beirava o azedume, com crítica vivaz e contundente, porém fundamentadas em bases sólidas, que por vezes, eram difíceis de serem respondidas.

Assim, a aceitação da posição e concepção de Leon Duguit não foi pacífica, recebendo, igualmente, críticas por procurar abolir a noção do direito de propriedade, condicionando-o a uma função social.

TELGA DE OLIVEIRA citado por LARANJEIRA (1999) descreve com perfeição a posição de Duguit:

Já Duguit, partindo de uma posição positivista e socializadora, nega à propriedade o caráter de um direito do indivíduo. Afirmando ter ele uma função social. O indivíduo tem o dever de aproveitar corretamente a propriedade e, uma vez desatendida essa obrigação, a prerrogativa assegurada ao senhorio pode desaparecer. Esclarece, finalmente, Duguit, nas sociedades modernas a propriedade é para todo possuidor de uma riqueza o dever, a obrigação objetiva, de empregar a riqueza que possui em manter a interdependência social. Resume: a propriedade não deixa de ser direito, mas passa a ter uma função social. (TELGA DE ARAÚJO, *apud* LARANJEIRA, 1999, p. 158).

Pela análise do seu pensamento, a solidariedade propagada pelo jurista francês não tem muita correlação com a caridade e fraternidade do Cristianismo, visto que estas são deveres morais. Duguit desejava que a solidariedade não fosse vista como uma simples regra de conduta, mas sim como um fato fundamental de toda a sociedade humana, devendo o homem respeitar a solidariedade social.

FILHO (2002), na tese A teoria do Direito Objetivo de Leon Duguit, assevera:

A finalidade de Duguit é manifesta, claro é o seu propósito, que se reafirma a cada passo, preocupação dominante em toda a sua obra. É a preocupação de um princípio superior, de uma norma soberana, da supremacia da regra de direito, sobrepondo-se a tudo e a todos, limitando o arbítrio, combatendo o despotismo, obrigando tanto os governados, como governantes. E assim o reconhecem quantos versarem a sua obra,

procurando estabelecer-lhe o sentido profundo e o elevadíssimo alcance. O direito deve ser estabelecido pela observação de que o homem é sociável, isto é, que não vive e não pode viver senão em sociedade, ao mesmo passo que ele é solidário com os outros homens, estabelecendo-se, em seguida, que tal solidariedade, bem compreendida, não é senão a coincidência permanente do individual e do social. (FILHO, 2002, p. 15 e 29).

Na teoria do direito objetivo, Duguit pretende mostrar que o direito não é esse conjunto de ficções e regras abstratas que, construídas por juristas, não têm finalidade e alcance nenhum.

Deste modo, o que interessa neste trabalho é o método empregado para dilapidar conceitos vagos como o caso da função social da propriedade. Segundo Duguit, o membro da sociedade tem a obrigação de cumprir uma certa função social.

Os atos que se praticam para este fim têm um valor social e serão socialmente protegidos. A função social da propriedade necessita ser precisamente delimitada e assimilada para sua efetiva aplicação.

Acentua DUGUIT (1975) na obra “Las transformaciones del derecho (público y privado):”

Não existem direitos dos governantes, não existem direitos dos grupos sociais, quaisquer que sejam eles; não existem a não ser que tenham uma função social a cumprir e a proteção assegurada para todos os atos realizados em vista desta função e só para estes e na medida em que se realizam em vista de tal função. (DUGUIT, 1975, p. 182).

Assim, é de fácil constatação que pelas idéias acima quanto à noção da função social, verifica-se que todo indivíduo possui na sociedade uma certa função social a cumprir e preencher, como também, uma tarefa a executar.

O não cumprimento desta função ou tarefa implicaria em uma desordem ou em um prejuízo social. Dentro desta função social e tarefa a ser executada, mais do que nunca, relaciona-se à propriedade, sendo que cada indivíduo deve realizar todos os esforços possíveis para o cumprimento desta missão social.

Neste sentido COSTA (1954), no artigo em “A propriedade na doutrina de Duguit”, assevera:

Partindo do pressuposto doutrinário de que a propriedade não é um direito, mas a própria coisa, e, assim, o proprietário não é titular de um direito subjetivo de propriedade em relação à coisa, mas encontra-se, apenas, numa situação de direito subjetivo, protegida pela regra social que veda as perturbações de terceiros ao uso e gozo do bem, segundo sua finalidade, Duguit, coerentemente, com os postulados filosóficos do positivismo de Augusto Comte, em que assentou os fundamentos de sua doutrina, passou ao desenvolvimento da consequência lógica daquele princípio de que a propriedade não é um direito subjetivo. (COSTA, 1954, RF 153/32).

Desta forma, na concepção de Duguit a propriedade é apenas uma situação jurídica objetiva protegida pelo Direito, ou seja, a propriedade deixou de ser um direito subjetivo do indivíduo para se tornar uma função social do detentor de riqueza mobiliária e imobiliária. Esta riqueza é o dever, a obrigação objetiva, de modo que seu possuidor venha a empregá-la para uma finalidade social. Resumidamente, para ele a propriedade deveria ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social, e o direito do proprietário, como justo e economicamente limitado pela missão social que se lhe incumbe.

Atualmente, diferentemente do que preceituava Duguit, pelo nosso ordenamento jurídico, temos que a propriedade não é uma função social, mas encontra-se jungida e condicionada a ela.

2.3 ESTUDOS RELEVANTES DE JURISTAS E FILÓSOFOS

A caracterização da propriedade na concepção de autores clássicos, como os citados no presente trabalho, contribuiu para o entendimento desta categoria e seus pensamentos servirão como embasamento teórico para o desenvolvimento do tema em enfoque. Ressalto que, a escolha dos autores deve-se ao fato de achá-los importantes para o desenvolvimento deste trabalho em meu modesto conhecimento, sem com isso, desmerecer qualquer outro. Ressalto apenas, que é inviável a citação de todos os juristas e filósofos que contribuíram para o desenvolvimento da propriedade e de sua função social.

Os autores pátrios também merecem destaque nesta pesquisa, principalmente os mais aprofundados na área relativa ao Direito Civil, como Washington de Barros Monteiro, e Constitucional e Administrativo, como Hely Lopes Meirelles e José

Afonso da Silva, entre outros especialistas da área, e que estão citados no presente trabalho.

Na Antigüidade, a questão da propriedade é relatada por NOGUEIRA citado por WOLKMER (1996):

Da mesma forma que a religião determinava a constituição da família, do parentesco entre os homens, com o objetivo da perpetuação ad infinitum, ela regulava o direito de propriedade com o mesmo objetivo, o de perpetuar o culto e a religião. Há três coisas que, desde as mais remotas eras, se encontram fundadas estabelecidas solidamente pelas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que apresentaram entre si manifesta relação e que parece terem mesmo sido inseparáveis. (NOGUEIRA, *apud* WOLKMER, 1996, p.66).

NOGUEIRA citado por WOLKMER (1996) prossegue descrevendo a propriedade na antiguidade da forma seguinte:

Segundo a concepção dos antigos, a idéia da propriedade privada fazia parte da própria religião. Como a religião determinava que cada família deveria ter o seu lar e os seus antepassados, e estes só poderiam ser adorados pela sua família e só a ela protegiam, eram tanto estes como aquele, sua propriedade particular. Assim, cada família, tendo os seus deuses e o seu culto, devia também ter o seu lugar particular na terra. A sua propriedade, que não era individual, mas de família, um lugar onde os antepassados 'repousavam' e a eles era oferecido o banquete fúnebre. O solo da família, onde eram enterrados os mortos que viravam deuses, transformava-se, dessa forma, em propriedade [familiar e coletiva] inalienável e imprescindível. (NOGUEIRA, *apud* WOLKMER, 1996, p.66).

O desenvolvimento da tradição filosófica clássica tem em Platão e Aristóteles seus principais expoentes. A filosofia de Platão desenvolve-se a partir dos ensinamentos de seu mestre Sócrates. Desenvolve sua concepção filosófica tendo como núcleo a teoria das idéias ou formas. Para Platão a filosofia é uma forma de conhecimento que possui um caráter ético-político. Aristóteles abordou uma vasta gama de questões relevantes relativas à Ciência Jurídica, tais como a propriedade privada vinculada a uma destinação social. A concepção de Aristóteles quanto à propriedade privada vai além da satisfação dos interesses privados do proprietário. Prevê também um uso de interesse comum, tornando a propriedade privada comum pelo uso que se faz da mesma. Vale ressaltar, que Aristóteles foi discípulo de Platão

durante 19 anos, e mesmo rompendo com seus ensinamentos após a sua morte, é inegável sua influência na concepção da propriedade.

A doutrina social da Igreja teve seu ponto alto registrado por Santo Tomás de Aquino. Analisando a Constituição Federal atual, o que se denota dos seus dispositivos é que o constituinte quis açambarcar a concepção de São Tomás de Aquino segundo a qual o proprietário é um procurador da sociedade para a gestão de bens destinados ao bem-estar social, não negando o direito do dono sobre a coisa, porém determina a relativização do direito de propriedade condicionado, estabelecendo restrições, que destinam ao uso de forma racional e levando em conta o aspecto sociológico. Este entendimento, decorrente do pensamento de São Tomás de Aquino, está implícito e entranhado no conceito de função social da propriedade.

São Tomás de Aquino procura dar uma feição mais moral e espiritual ao direito de propriedade, lançando os pilares da concepção cristã de que o ser humano, para garantir sua própria sobrevivência, tem um direito natural ao apossamento dos bens materiais. Assim, o direito de propriedade decorreria desse direito natural de apropriação de bens na batalha pela sobrevivência. Entretanto, fica condicionado o direito de propriedade à consecução do bem comum, isto é, ao direito que todos os homens possuem de viver dignamente.

TEIZEN JÚNIOR (2004) discorre sobre Tomás de Aquino:

No pensamento de Santo Tomás a propriedade é tida como um bem de produção e não como um bem inserido na riqueza de alguém, sem outra finalidade que não a especulativa, contém em si uma função social, isto é, uma preocupação com o bem estar comum, de modo a conduzir o seu uso às melhores formas de justiça social. Vislumbra-se, na doutrina tomista, a idéia de que o direito de propriedade decorre do direito natural; que o homem para sobreviver, se alimentar, tem na terra, por meio da produção, suas necessidades básicas atendidas; assim uma sociedade justa é aquela que garante a todos pelo menos o essencial à vida, ainda que compreenda ser legítimo o fato de que alguns possam mais que os outros, desde que a estes últimos não escasseie o vital. (TEIZEN JÚNIOR, 2004, p. 120 e121).

No mais, entendo ser de suma importância o estudo dos pensamentos dos filósofos Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau para uma concepção pós-moderna do Direito. A escolha destes autores clássicos deve-se ao fato de que

influenciaram sobremaneira os ordenamentos jurídicos, e conseqüentemente, a visão sobre a propriedade, discorrendo Hobbes sobre o Estado, Locke fazendo referência ao Mercado e Rousseau ressalta a Comunidade.

2.3.1 Thomas Hobbes

O filósofo Thomas Hobbes foi defensor ferrenho do Estado Monárquico Absolutista no século XVII, na Inglaterra. Hobbes foi durante toda a sua vida crítico do ideário econômico-burguês que se instalou.

Em seu trabalho "Leviatã" contribuiu para o enriquecimento e fortalecimento da sua filosofia a respeito do Estado Soberano, na qual se contrapôs aos que defendiam o Estado Liberal Democrático. Para o autor, um rei é mais capaz do que uma República.

Hobbes, através de sua crítica filosófica, deixou para o mundo um modelo de corpo político que estava preparado para enfrentar os percalços da grande diversidade de súditos (sociedade na visão de Hobbes) que viveriam sob os auspícios do Estado. Por isso Hobbes preocupou-se em criar mecanismos como as leis para isolar ou inibir aqueles que por ventura reivindicassem algum tipo de direito. Pois o soberano criava as leis de forma que só e somente ele seria beneficiado. Todos esses pensamentos contribuíram, a meu ver, para a evolução e desenvolvimento da questão relativa à função social da propriedade.

Hobbes colocava que o Estado foi instituído quando uma multidão de indivíduos concorda e pactua que a qualquer homem ou assembléia de homens seja atribuído o direito de representar a coletividade.

É bom lembrar que nas democracias, o poder, em tese, está nas mãos da coletividade, embora Hobbes defendesse a centralização deste, pois, a fragmentação do poder traria complicações devido ao conjunto de idéias evoluídas, enquanto que o rei só estaria à mercê dos fatídicos da natureza humana.

Importante observarmos que nos dias atuais a representatividade consubstancia-se no modelo democrático que melhor anseia os ideais do povo, já que esse ideal está inserido em nossa Carta Constitucional, no parágrafo único do artigo 1º. que diz o seguinte: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

Thomas Hobbes tratou de caracterizar as formas pelas quais os soberanos poderiam ascender ao poder supremo e/ou ampliar seus domínios. Caracterização essa dada sobre o aspecto de domínio por aquisição ou por conquista.

Para o autor, o Estado por aquisição ocorre quando a tomada do poder verifica-se a partir da força, ou seja, a auto-tutela era a decisão imposta pela vontade do soberano, na qual a sociedade amedrontada outorgava plenos poderes àquele que governava suas vidas e liberdade.

Hobbes procurava legitimar a importância do Estado na direção da sociedade, sendo este gestor de tal monta a ponto de conduzir tais processos. O Estado nesse contexto centraliza o poder em suas mãos e despreza os questionamentos e/ou aspirações da sociedade, já que Hobbes levantava a discussão sobre o Estado de natureza, onde não haja leis que disciplinem esses entraves.

Um pensamento que Hobbes aspirava de forma utópica e que não possui aplicabilidade em nosso Direito atual é o de que dividir o poder possibilita complicações as quais redundam na necessidade de leis e constituições que regulem esses empecilhos, contudo, centralizando o poder nas mãos do soberano as situações indesejáveis e reguladas por aparato jurídico não têm destaque, pois o rei está submetido às leis da natureza, pois tudo que ele fizer será legítimo, já que a sociedade lhe deu plenos poderes.

Eram consideradas ilegais as leis criadas em consenso para beneficiar a sociedade, caracterizando, portanto, crime. Teoria esta que diverge totalmente do Direito atual, que permite a participação popular no auxílio a formulação de projetos de leis. É o caso da Associação de Moradores da Praia do Canto que é citada a seguir no presente trabalho.

Hobbes destinou parte de seus estudos à formulação do Ordenamento Jurídico que deveria ser aplicado. Dizia o autor que entendia por leis civis aquelas leis que os homens são obrigados a respeitar, não por serem membros deste ou daquele Estado em particular, mas por serem membros de um Estado. Porque o conhecimento das leis particulares é da competência dos que as estudam em seus diversos países, mas o conhecimento da lei civil é de caráter geral e diz respeito a todos os homens.

As leis romanas influenciaram várias nações, até mesmo as que não estiveram sob seu jugo, dada a sua natureza e aplicação. Os romanos elaboraram sua lei civil obedecendo aos seus interesses e às particularidades do cidadão romano independente do território onde ele vivesse. Era comum, também, estender o benefício jurídico para seus aliados, com a finalidade prática de mostrar as boas pretensões do dominador sobre os dominados.

A lei civil romana, da expressão *Civitas*, que significa Estado, foi criada para impor ao homem um conjunto de normas sobre o que é o bem e o mal para a coletividade, ou seja, aquilo que é admitido pela maioria, desde que seja espontâneo, mas isso não ocorre desta forma, pois a elite ou os detentores do poder procura elaborar preceitos dentro de seus interesses e impô-los ao conjunto da sociedade a partir do aparelho ideológico de Estado, o que muitas vezes pode ser antagônico.

As leis aplicadas no Brasil visam impor aos homens a função de direção das condutas e de tratamento de conflitos, já que fomos fortemente influenciados pela Lei Civil Romana, onde buscamos com a lei obedecer aos interesses do Estado e também aos dos cidadãos, fazendo com que o benefício jurídico seja mútuo e recíproco.

Entretanto, na ótica de Hobbes, não poderia ocorrer desta forma, já que a elite ou os detentores do poder procura elaborar preceitos dentro de seus interesses e impô-los ao conjunto da sociedade de uma forma inescrupulosa e antagônica. Hobbes defendia que as leis deviam ser elaboradas pelo Estado e por nenhum outro instituto.

A partir desse ideário de sujeição a tal instituição, deduziu-se abaixo conforme Hobbes:

- 1 - Em todos os Estados o legislador é unicamente o soberano, seja ele um homem, como uma monarquia, ou em uma assembléia, como uma democracia ou em uma aristocracia;
- 2 - O soberano de um Estado, quer seja uma assembléia ou um homem, não se encontra sujeito às leis civis;
- 3 - Quando um costume prolongado adquire a autoridade de uma lei, não é a grande duração que lhe dá autoridade, mas a vontade do soberano expressa por seu silêncio;
- 4 - As leis de natureza civil contêm-se umas às outras e são de idêntica extensão;
- 5 - Se o soberano de um Estado subjugar um povo que haja vivido sob outras leis escritas e, posteriormente, os governar através das mesmas leis, pelas quais antes eram governados, essas leis serão, não obstante, as leis civis do Estado vencedor, e não as do Estado vencido;
- 6 - Dado que todas as leis, escritas ou não, recebem toda sua força e autoridade da vontade do Estado, quer dizer, da vontade do representante - que em uma monarquia é o monarca, e nos outros estados, a assembléia soberana -, há lugar para perguntar de onde derivam aquelas opiniões que se encontram nos livros de eminentes juristas de vários Estados, segundo as quais o poder legislativo depende, diretamente, ou por conseqüência, de indivíduos particulares ou juizes subordinados;
- 7 - Que a lei nunca pode ser contrária à razão é coisa com que nossos juristas concordam, assim como não é a letra que é a lei, e sim aquilo que é, conforme a intenção do legislador;
- 8 - Partindo daqui, de que a lei é uma ordem, e de que uma lei consiste na declaração ou manifestação da vontade de quem ordena, oralmente ou por escrito, ou mediante outros suficientes argumentos da mesma vontade, pode-se compreender que a ordem do Estado só é lei para aqueles que têm meios para dela se informarem.

Hobbes alertava para o problema de desconhecimento da lei por parte do homem. Falava que não poderia servir de desculpa para desconhecer ou infringir o legislador ou lei, a ignorância sobre tal assunto. Desta forma, a função social da propriedade

não poder ser mais desconhecida ou ignorada, quer pela sociedade civil, quer pelos nossos Tribunais.

Segundo Hobbes, o homem violava as leis sobre três formas:

- Por presunção de falso princípio;
- Por falsos mestres;
- Por inferências erradas feitas a partir dos princípios verdadeiros.

Hobbes isenta o soberano da legislação em vigor e reforça a autoridade suprema deste, centralizando o poder em suas mãos.

A sociedade burguesa, no tempo de Hobbes, luta para se afirmar e estabelecer a autonomia do proprietário para fazer com seu bem (propriedade) o que melhor lhe aprouver. Hobbes reconhece o fim das velhas limitações feudais à propriedade, como por exemplo: o senhor feudal não pode impedir o pobre de colher frutos, espigas, na proporção necessária para saciar a fome.

Já nos tempos modernos, o proprietário adquire o direito do uso e do abuso do bem, isto é, o direito de aliená-lo, de destruí-lo, vendê-lo ou doá-lo. Entretanto, Hobbes estabelece um limite às ambições burguesas: todas as terras e bens são controlados pelo soberano.

O autor afirma que a propriedade é do poder soberano, e que este deve atribuir a todos os homens uma porção, conforme o que ele considerar compatível com a equidade e com o bem comum.

Porque, como já foi visto, onde não há um poder absoluto, há uma constante guerra entre vizinhos, na qual, portanto cada coisa é de quem a apanha e conserva pela força, o que não é propriedade, nem comunidade, mas sim incerteza.

Importante salientar como acontece modernamente, com enfoque da participação do Estado na solução de litígios, legado esse deixado por Hobbes, onde é vastamente utilizado no caráter público de articulação dos litígios.

Concluindo, para Hobbes o Estado foi criado a partir de um pacto social no qual os homens abrem mão de sua liberdade absoluta em nome de um poder soberano, a fim de atingir a paz e a extinção dos conflitos.

No que tange à propriedade, afirma a impossibilidade de existência da propriedade no estado de natureza, onde todos têm direito sobre todas as coisas. Neste diapasão, HOBBS (1983) leciona na obra “Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil:”

Outra consequência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o meu e o teu; só pertence a cada homem aquilo que ele é capaz de distinguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo. (HOBBS, 1983, p. 77).

Afirma ainda HOBBS (1983), na citada obra:

Onde não há o seu, isto é, não há propriedade, não pode haver injustiça. E onde não foi estabelecido um poder coercitivo, isto é, onde não há Estado, não há propriedade, pois todos os homens têm direito a todas as coisas. Portanto, onde não há Estado nada pode ser injusto. De modo que a natureza da justiça consiste no cumprimento dos pactos válidos, mas a validade dos pactos só começa com a instituição de um poder civil suficiente para obrigar os homens a cumpri-los, e é também só aí que começa a haver propriedade. (HOBBS, 1983, p. 86).

Verifica-se a renúncia aos direitos e liberdades inerentes ao estado de natureza em nome de um poder soberano e a consequente instituição do Estado que dão origem à propriedade e às normas de justiça. A propriedade é vista como fruto da criação do Estado e não um Direito Natural, inerente ao estado da natureza. A propriedade é prerrogativa concedida pelo poder soberano aos súditos através das leis civis estando, portanto, sujeita às limitações que o soberano entender necessárias para a consecução dos fins do Estado e do bem comum. Este é um dos sentidos da função social da propriedade.

2.3.2 John Locke

Já o escritor inglês John Locke (1632-1704) personificou, na Inglaterra do final do século XVII, as tendências liberais opostas às idéias absolutistas de Hobbes.

Partidário dos defensores do Parlamento, seu "Ensaio sobre o Governo Civil" foi publicado em 1690, menos de dois anos depois da Revolução Gloriosa de 1688, que, destronou o rei Jaime II.

A sua teoria, quanto ao estado de natureza, à criação do Estado e à configuração da propriedade, pode ser visualizada como o principal embasamento teórico do Liberalismo e da concepção individualista da propriedade, tendo em vista a defesa como direitos naturais do homem, a liberdade e a propriedade.

O ponto de partida de Locke é mesmo de Hobbes isto é, o "estado de natureza seguido de um 'contrato' entre os homens, que criou a sociedade e o governo civil." Porém, Locke chega a conclusões opostas às de Hobbes, pois sustenta que, mesmo no estado de natureza, o homem é dotado de razão, e deve se guiar pela liberdade, tendo como destino a preservação da paz e o respeito aos direitos dos outros.

Dessa forma, cada indivíduo pode conservar sua liberdade pessoal e gozar do fruto de seu trabalho. Entretanto, nesse estado natural faltam leis estabelecidas e aprovadas por todos e um poder capaz de fazer cumprir essas leis. Os indivíduos então consentem em abrir mão de uma parte de seus direitos individuais, concedendo ao Estado a faculdade de julgar, punir e fazer a defesa externa.

Entretanto, se a autoridade pública, a quem foi confiada a tarefa de a todos proteger, abusar de seu poder, o povo tem o direito de romper o contrato e recuperar a sua soberania original. Assim Locke defendia o direito do povo de se insurgir contra o governo e justificava a derrubada e a substituição de um soberano legítimo por outro.

A passagem do "estado natural" para o "estado social" só pode ser feita pelo consentimento (e não pela conquista) dos homens.

Sendo todos os homens igualmente livres, iguais e independentes, nenhum pode ser tirado desse estado e submetido ao poder político de outrem, sem o seu próprio consentimento, pelo qual pode convir, com outros homens, em agregar-se e unir-se em sociedade, tendo em vista a conservação, a segurança mútua, a tranqüilidade da

vida, o gozo sereno do que lhes cabe na propriedade, e melhor proteção contra os insultos daqueles que desejariam prejudicá-los e fazer-lhes mal.

Entre os direitos que, segundo Locke, o homem possuía quando no estado de natureza, está o da propriedade privada que é fruto de seu trabalho.

Para Hobbes, os direitos, como a propriedade, surgem como conseqüência do Estado, enquanto para Locke estes direitos são inerentes ao homem no estado de natureza, e o Estado civil apenas é instituído com a intenção de protegê-los. O Estado deve, portanto, reconhecer e proteger a propriedade, como também, a sua função social.

A sociedade civil, que veio substituir o estado natural, possui dois poderes essenciais: o legislativo, que determina como o Estado deve agir para a conservação da sociedade e de seus membros; e o executivo, que assegura a execução das leis promulgadas.

O poder legislativo e o executivo devem estar em diferentes mãos, para evitar possíveis abusos.

Em sua obra "Ensaio sobre o Governo Civil", Locke defende os princípios liberais de liberdade individual, direito à propriedade e divisão dos poderes do Estado. Já na "Carta Acerca da Tolerância; Segundo Tratado Sobre o Governo; Ensaio Acerca do Entendimento Humano" LOCKE (1979) dispõe:

O poder supremo não pode tirar a qualquer homem parte de sua propriedade sem o consentimento dele [...]. Tendo, portanto, os homens propriedade quando em sociedade, cabe-lhes tal direito aos bens que, por lei da comunidade, lhes pertencem, que ninguém tem o direito de tirar-lhes esses bens ou qualquer parte deles, sem que dêem assentimento; sem isso, não teriam qualquer propriedade naquilo que outrem pode, por direito, tirar-me quando lhe aprover, contra meu consentimento. Daí ser errôneo pensar que o poder legislativo ou supremo de qualquer comunidade pode fazer o que quer e dispor das propriedades dos súditos arbitrariamente, ou tirar-lhes qualquer parte à vontade. A propriedade de qualquer um não está de modo algum segura, embora existam leis eqüitativas e boas que delimitem entre eles e os outros homens, se quem os governa tem o poder de tirar qualquer pessoa particular a parte que quiser da propriedade desta, usando-a e dela dispendo conforme lhe aprover. (LOCKE, 1979, p. 86).

Assim, para Locke a propriedade se apresentava como um direito natural, de cunho individualista, necessária ao homem como membro da sociedade, criada para a garantia e proteção de tal direito, não sendo passível de limitação ou intervenção pelas leis instituídas pelo Estado, visto que anterior ao próprio aparecimento do Estado.

Atualmente, esta visão não mais se coaduna com a definição moderna de propriedade, que agora possui uma função social a desempenhar na sociedade.

2.3.3 Jean-Jacques Rousseau

Jean-Jacques Rousseau, um autêntico teórico revolucionário como Voltaire e Montesquieu, viveu na França no século XVIII, daí a grande influência iluminista na suas obras “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens” e “Do Contrato Social”.

Na primeira obra citada acima, que é dividida em duas partes, o homem é analisado tanto no seu estado natural como civilizado (primeira parte) e é defendida a idéia de que as desigualdades têm sua origem nesse estado de sociedade (segunda parte).

Primeiramente, o homem é equiparado aos animais quanto aos seus instintos de sobrevivência e formação de idéias.

As principais diferenças residem no fato de que o homem enfrenta inconveniências pelas quais o restante dos animais ou não são afetados ou ao menos não se preocupam antecipadamente com elas: são as enfermidades naturais, infância, velhice e doenças.

Ainda, a capacidade de raciocinar do homem é mais elevada, e mesmo sendo dotados de sentidos como os animais, estes se diferenciam dos homens pela ausência da qualidade de agente livre. Enquanto um animal faz suas escolhas ou rejeita algum sujeito por instinto, o homem assim o faz por um ato de liberdade.

A segunda parte começa com uma explicação sobre para quê os homens reúnem-se em uma sociedade - auto-preservação - é mais fácil resistir e combater animais selvagens quando se ajudam mutuamente. E, com essa convivência, observa-se dado o primeiro passo para a desigualdade: distinção entre o mais belo, o mais forte, o mais destre, o mais eloqüente.

Daí se originam sentimentos de vaidade, desprezo, vergonha e inveja, até então desconhecidos no estado natural, em que a desigualdade podia-se considerar praticamente nula.

Com a conglomeração humana, foi delimitada a propriedade, e, através de sua divisão, foram geradas as primeiras regras de justiça, tendo o trabalho como origem dos direitos sobre os produtos da terra e do próprio terreno. Assim, instituiu-se a práticas da agricultura e metalurgia, e, assim, havia necessidade dessa reunião, posto que essas técnicas eram coletivas, já que não trariam benefícios ao homem individualmente.

Feita a aquisição da propriedade, esta foi repassada aos sucessores, geralmente seus familiares, sob forma de heranças, donde partiram as primeiras idéias de dominação, servidão e, conseqüentemente, violência e rapinas.

E assim deu-se o estado de guerra, que só poderia ser suprimido em se voltando a um estado primitivo, que não o de natureza - sua realização seria inviável -, e recomeçar a evolução da sociedade baseada em regras e princípios a serem respeitados, a fim de obter-se uma sociedade mais justa e suportável.

Na obra "Do Contrato Social", os homens abrem mão de sua liberdade ilimitada em troca das vantagens do convívio em uma sociedade, organizada, na qual dispõem da liberdade civil, limitada em nome do bem comum.

Rousseau partilha do entendimento de Hobbes no que tange que a propriedade se originou a partir da instituição do Estado. A partir do contrato social, a posse do primeiro ocupante adquire feição de propriedade, garantida pelas leis civis e instituída por ato positivo, delimitando-se o que pertence a cada um e repelindo o direito ilimitado sobre as coisas oferecidas em comum pela natureza.

Rousseau apresenta que a instituição da propriedade surge como reflexo do acúmulo de bens e da necessidade de garanti-los, juntamente com o trabalho escravo necessário ao cultivo do excedente de terras acumuladas, desaparecendo, assim, a igualdade. O trabalho feito pelo homem em face da terra é o elemento caracterizador da propriedade.

A função social da propriedade está vindo a proteger aqueles que realizam, em conjunto ou separadamente, obras ou serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (artigo 1.228, § 4º, do CCB). É a evolução do entendimento sobre o conceito de propriedade.

3 O DIREITO BRASILEIRO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

3.1 RECEPÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PELO DIREITO BRASILEIRO COMO PRINCÍPIO

A função social da propriedade, vista como teoria e princípio, não se originou do Direito e da ciência jurídica, mas ao que parece foi inserida no Direito depois de sua elaboração pelos filósofos e doutrinadores da Igreja Católica, durante a Idade Média, quando a Igreja era proprietária e possuidora de grandes extensões de terra. Naquela época, todas as terras pertenciam ou à Igreja ou a algum nobre.

A função social da propriedade está intimamente relacionada e entrelaçada com a doutrina social da Igreja produzida ao longo do tempo pelas autoridades eclesiásticas.

Analisando a propriedade como inerente à natureza humana, como pressuposto de liberdade e de dignidade humana, pensadores da doutrina católica realizaram a gênese da teoria da função social da propriedade, que hodiernamente foi utilizada pelos filósofos que se voltaram contra o absolutismo da propriedade liberal.

Buscando o sentido histórico da expressão, vamos encontrá-lo no conceito de economia rural elaborado pelos fisiocratas. Escrevem os autores OPITIZ e OPITIZ (1983):

A terra e seus produtos fazem viver o homem. Que expressão mais significativa para indicar a finalidade da terra representada pela sua função econômica! De fato, o verdadeiro sentido da expressão função social da propriedade é o de produzir a terra todos os bens que possam satisfazer às necessidades presentes e futuras dos homens. Portanto, admitindo que ela tenha essa função e que se lhe dê o caráter social, o seu sentido não pode ser outro senão o de função econômica, para que atenda aos princípios de justiça social e ao aumento da produtividade. (OPITIZ e OPITIZ, 1983, p. 309-310).

Nesta ótica, a função social da propriedade deve ser vista como um princípio, porque tratada desta forma pela Constituição Federal no artigo 170, III, que dispõe:

“A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: III – função social da propriedade.”

Verifica-se que a referida norma irradia-se diretamente ao sistema jurídico da propriedade e na atividade econômica vigente no ordenamento jurídico. Do mesmo modo, o artigo 5º., XXIII, o qual dirige-se à propriedade dos bens de produção, atividade econômica e às propriedades em geral.

Nesta fase contemporânea do Direito, é de fácil constatação a crise do modelo liberal de propriedade, que não mais se sustenta neste século XXI. O desenvolvimento da sociedade, com a edição de novas leis para garantia e proteção dos direitos básicos do cidadão resulta, na maioria das vezes, em uma diminuição dos poderes do proprietário em favor de outros direitos não reais. É o caso das leis de inquilinato, de arrendamento etc.

A título de ilustração, cito o exemplo de uma ação de despejo por falta de pagamento. Apesar de esta ação ser de natureza pessoal e via de regra não está sujeita ao questionamento da função social da propriedade, poderíamos afirmar que o contrato de locação possui uma função social, visto que existe a finalidade social em garantir habitação às pessoas desprovidas de um imóvel. Não obstante entender que não seria caso de discussão da função social da propriedade em tais casos, poderia acontecer algum magistrado suscitar esta questão em algum processo.

Sobre este tema, o jurista MORAES (1999) aduz:

E para nós tal noção de contraste entre função social do fato social, função social do direito, função social do instituto, função econômica e função social *strictu sensu* resta mais evidente quando se constata que a locação residencial é fonte constante de empobrecimento dos inquilinos devido à especulação econômica decorrente do déficit habitacional, negando até uma possível função social neste último sentido. Mas suponhamos que uma lei qualquer, atendendo aos apelos constitucionais decorrentes das normas que arrolam os valores sociais do trabalho entre os fundamentos da República (art. 1º.), a qual tem por objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º.), que grava a propriedade com uma função social (art. 5º., XXIII), resolva obrigar os proprietários de imóveis urbanos a locarem seus imóveis; aí, então, poderíamos afirmar, embora não tenhamos ainda estudado o conceito de função social tecnicamente, que o contrato de locação residencial satisfaz

uma função social, porque, aí, o interesse social em garantir habitação a todos estaria satisfeito. Este não é o único caso possível, há até alguns consagrados na lei, mas é um que estrema a função social em sentido técnico de qualquer outro possível. (MORAES, 1999, p. 87).

Com efeito, a dificuldade de estabelecer o alcance da função social da propriedade, não permite sua aplicação em toda a sua amplitude, e conseqüentemente, sua efetividade no processo. Porém, cabe ao aplicador usar de sabedoria, aplicando o princípio com razoabilidade e proporcionalidade.

Verifica-se, pois, a dificuldade de aplicação e interpretação da referida norma. Se no plano jurídico positivo a crise da propriedade apresenta uma certa crise no instituto em face da relativização do direito de propriedade, no plano filosófico e doutrinário traduz-se como uma crise conceitual. Não existe dentro do ordenamento jurídico brasileiro um conceito definitivo e acabado de propriedade.

O direito de propriedade está perdendo seu caráter absoluto e de exclusividade, havendo uma relativização cada vez maior deste instituto. Existem até mesmo aqueles que contestam a existência da propriedade privada, por entendê-la apenas como um aparato verbal, e defendem que existe somente a posse.

Nesta linha de raciocínio tem aqueles que defendem até a extinção da propriedade privada. Proudhon nega que a propriedade seja um direito natural do homem. PROUDHON (1997) afirma que a propriedade é um roubo e deveria ser extinta do ordenamento jurídico enquanto direito individual. Em sua obra intitulada “A propriedade é um roubo” aduz:

Sim, todos os homens acreditam e repetem que a igualdade de condições é idêntica à igualdade de direitos; que a propriedade e roubo são termos sinônimos; que toda proeminência social, concedida ou, para melhor dizer, usurpada sob o pretexto de superioridade de talento e de serviço, é iniquidade e pilhagem: todos os homens, eu digo, atestam estas verdades em sua alma. (PROUDHON, 1997, p. 25).

De qualquer modo, sem maiores radicalismos, o mais importante é que devemos ter uma consciência social voltada para o uso racional da propriedade, de modo a garantir a dignidade do homem, mas também sem radicalismos ao número e grau de limitações impostas referentes à propriedade, visto que o malefício não está no

direito de propriedade, e sim no modo do exercício desse reconhecido direito e na forma equivocada de sua utilização. A função social, mais do que limitar ou restringir o direito de propriedade veio ainda mais a legitimá-la e colocá-la em especial relevo no campo dos institutos.

De igual modo, é imperioso não deixar este dispositivo constitucional relativo à função social esquecido e adormecido, mas sim pugnar a sua aplicação pelo Poder Judiciário e, principalmente, pelos nossos representantes legislativos.

Atualmente, verificam-se vários movimentos sociais, como o Movimento dos Sem Terra - MST - e dos Sem Teto. O objetivo maior divulgado pelo MST é a reforma agrária pela flexibilização do acesso à terra, combate ao latifúndio e ocupação de terras sob várias argumentos, dentre os quais, como suscetíveis de desapropriação e morosidade do Governo Federal em efetivar a reforma agrária.

Urge que se utilize a função social da propriedade para abrandar-se as desigualdades sociais e garantir a plena aplicação da norma para efetivação dos direitos e garantias fundamentais, sem o que o texto constitucional tornar-se-á apenas peça decorativa no ordenamento jurídico, ou simplesmente, a tão conhecida expressão “letra morta.”

Para chegarmos ao real sentido da função social da propriedade, é relevante entender os pensamentos de São Tomás de Aquino que demonstrou grande preocupação com a propriedade. Este teólogo e filósofo da igreja foi influenciado por Santo Agostinho, porém aprofundou-se mais neste instituto, evidenciando o embate entre o interesse público e privado.

O jurista BORGES (1983) leciona que: “São Tomás de Aquino admite expressamente o condicionamento da propriedade ao momento histórico de cada povo.” (BORGES, 1983, p. 08).

A função social é tema atualíssimo e está entranhada nos conflitos atuais relativos a terra e que estão tornando cada vez mais freqüentes e violentos. É o caso dos Estados do Pará e do Mato Grosso.

Denota-se, pois, uma confrontação da propriedade aos interesses sociais em jogo. A propriedade necessita configurar sua expressão social, de modo a desaguar sua função social no ordenamento jurídico brasileiro.

Na obra Tomista verifica-se que o delineamento da propriedade de cada povo ao longo da história é dado pelo coletivo e não pelo individual, sendo este o sentido da função social da propriedade.

PETERS (2003) discorre sobre o assunto em comento:

A concepção tomista é a que melhor caracteriza o sentido social da propriedade na doutrina da Igreja, notadamente quando confere ao homem dois tipos de direito: o poder de administrar e de distribuir as coisas, sendo o primeiro de ordem privatística permitindo ao homem cuidar melhor daquilo que está sob sua gestão e evitando o conflito com outros homens, e o segundo de ordem pública, tendo relação com a distribuição e uso das coisas para satisfação de todos (no interesse da sociedade). No sentido tomista, a ninguém é dado o direito de acumular riquezas em proveito próprio, sejam terras ou outros bens, cabendo ao proprietário destinar tudo ao bem comum. (PETERS, 2003, p. 70).

A partir da segunda metade do século XV, a Igreja já buscava firmar um compromisso dos proprietários com a produtividade da terra, sendo condenada a sua ociosidade.

Ao longo da história sempre se buscou afirmar o direito de propriedade como um direito natural do homem, realizando sua institucionalização jurídica.

Entretanto, também se buscou o ponto de equilíbrio entre o uso da propriedade e o atendimento das necessidades humanas, isto é, com o objetivo da aplicabilidade da finalidade social da terra.

Pari passu, verifica-se, felizmente, uma crescente preocupação da sociedade, de um modo geral, no interesse advindo da função social da propriedade que está intimamente ligado ao meio ambiente.

Grandes empresas estão realizando altos investimentos para manutenção e equilíbrio do meio ambiente de modo a não alterar a fauna e flora, inclusive com contratação de profissionais qualificados para defesa desta ordem, como biólogos,

advogados, economistas e administradores que tenham visão e conhecimento nesta área.

E não é para menos, vez que o novo Código Civil (2002) dispõe em seu artigo 1.228, § 1º:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Apreciando o referido dispositivo, não há antecedente na legislação até então vigente, e, muito embora não esteja escrito que a propriedade obriga a um dever positivo de preservação e recuperação do meio ambiente, está implícito este dever, com a tradução e sentido da função social da propriedade elevada a princípio constitucional norteador e garantia fundamental da Constituição Federal de 1988. Assim, passa a integrar o âmbito do Direito Civil a visão da propriedade aliada ao atendimento de uma função social, como também, ambiental, objetivando a preservação dos bens ambientais nela existentes.

Deste modo, passa a integrar o âmbito do Direito Civil a visão da propriedade aliada ao cumprimento de suas funções sociais e ambientais, cujo aproveitamento deverá ser coerente com a preservação dos bens ambientais nela existentes. Com a plena vigência do novo Código Civil espera-se que os operadores do direito incorporem esta concepção da propriedade vinculada à função social e ambiental.

O Estado pode e deve se manifestar diante do uso indiscriminado da propriedade, ou seja, diante da exploração do trabalho humano, como o trabalho escravo em algumas fazendas, o uso exagerado de agrotóxicos, da poluição dos mananciais, do desmatamento predatório por parte de grupos econômicos.

Essa intervenção é necessária para que se possa viver em um ambiente limpo, seguro e abundante, como também, é de suma importância a conscientização da população para que se possa usar a propriedade de forma racional, não esgotando todos os recursos naturais existentes. Neste diapasão, o brilhante jurista de Direito Ambiental LEME MACHADO (2005) ensina:

Os bens que integram o meio ambiente planetário, como água, ar, solo, devem satisfazer as necessidades comuns de todos os habitantes da Terra. As necessidades comuns dos seres humanos podem passar tanto pelo uso como pelo não uso do meio ambiente. Desde que utilizável o meio ambiente, adequado pensar-se em um meio ambiente como bem de uso comum do povo. É necessário alargar-se esse conceito com relação àquele empregado pelo Direito Romano. O Direito Ambiental tem a tarefa de estabelecer normas que indiquem como verificar as necessidades de uso dos recursos ambientais. Não basta a vontade de usar esses bens ou a possibilidade tecnológica de explorá-los. É preciso estabelecer a razoabilidade dessa utilização, devendo-se, quando a utilização não seja razoável ou necessária, negar o uso, mesmo que os bens não sejam altamente escassos. (LEME MACHADO, 2005, p. 55 e 56).

Neste sentido, o texto constitucional referente à função social da propriedade está tentando ficar em perfeita sintonia com o pensamento moderno do conceito de propriedade, matéria em constante evolução.

Ainda LEME MACHADO (2005) discorre sobre a obrigatoriedade do controle do risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente:

A constituição Federal manda que o Poder Público não se omita no exame das técnicas e métodos utilizados nas atividades humanas que ensejem risco para a saúde humana e o meio ambiente. O inciso V do § 1º. necessita ser levado em conta, juntamente com o próprio enunciado do artigo 225 da CF, onde o meio ambiente é considerado essencial à sadia qualidade de vida. Controlar o risco é não aceitar qualquer risco. Há riscos inaceitáveis, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, os processos ecológicos essenciais, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a diversidade e a integridade do patrimônio biológico – incluído o genético – e a função ecológica da fauna e flora. (LEME MACHADO, 2005, p. 73).

Guardada as devidas proporções, nosso Direito deve interferir na vontade do proprietário quanto à destinação que se deseja dar para qualquer propriedade.

Por imposição social, é imperioso cuidar dos rios, permitir o desenvolvimento da vegetação ciliar, realizar todo o pagamento referente aos salários e dos direitos e vantagens dos trabalhadores e ainda dos depósitos e contribuições trabalhistas. Um ponto importante da instituição do Meio Ambiente preservado como direito fundamental é ser esta condição essencial da própria existência do homem e da realização de uma pátria mais democrática e solidária.

Nesta esteira de raciocínio, SILVA (2003), discorrendo sobre a função social e transformação do regime de propriedade, leciona:

O princípio vai além do ensinamento da Igreja, segundo qual sobre toda propriedade particular pesa uma hipoteca social, mas tendente a uma simples vinculação obrigacional. Ele transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la. Condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição. (SILVA, 2003, p. 282-283).

Com essa concepção é que o intérprete tem que compreender as normas constitucionais que fundamentam o regime jurídico da propriedade e sua garantia enquanto atende sua função social, conforme D' ÂNGELO (2001):

Implicando uma transformação destinada a incidir, seja sobre o fundamento mesmo da atribuição dos poderes do proprietário, seja, mais concretamente, sobre o modo em que o contexto do direito vem positivamente determinado; assim, é que a função social mesma acaba por posicionar-se como elemento qualificante da relação jurídica considerada, manifestando-se, conforme as hipóteses, seja como condição de exercício de faculdades atribuídas, seja como obrigação de exercitar determinadas faculdades de acordo com modalidades preestabelecidas. Enfim, a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. (D'ÂNGELO, 2001, p. 96 e 156).

Assevera ainda SILVA (2003):

Mas é certo que, o princípio da função social não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade (dos meios de produção especialmente) não pode mais ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza, pelo que, como já dissemos, deveria ser prevista apenas como instituição de direito econômico. (SILVA, 2003, p. 283-283).

Da socialização e publicização da propriedade, pode-se chegar ao entendimento de que a propriedade privada é concedida ao homem, mas não para usá-la de forma irracional e inadequada. A propriedade imóvel e sua destinação só serão tuteladas pelo Direito, quando, em contrapartida, a mesma atender sua função social. Uma das conclusões, pois, é de que a propriedade só se legitima se cumpre com sua função social, ou seja, um direito individual condicionado ao cumprimento de sua função social.

Quanto aos dispositivos constitucionais referentes ao tema, o estabelecido no artigo 186, inciso I (aproveitamento racional e adequado) envolve a questão da produtividade da terra. A doutrina da Igreja objetiva que os proprietários tenham um compromisso com a produção, não sendo bem vista a terra ociosa.

É inconcebível que o homem mantenha uma área de terra que não tenha um objetivo ou uma finalidade de produção, enquanto muitas pessoas neste país passam fome ou necessitam de uma área de terra para sua subsistência.

Já o inciso II do referido artigo determina que os recursos naturais devem ser utilizados sem grandes perdas e extravios, não estando o proprietário respaldado a esgotar os recursos, pois deve utilizá-los com cautela e parcimônia, voltando seus interesses para a coletividade e para o seu justo sustento e de sua família.

Quanto ao inciso III, o proprietário deve obedecer às leis trabalhistas, fazendo o devido recolhimento dos encargos sociais e pagando todos os direitos dos seus funcionários na forma do contrato de trabalho vigente. O cumprimento dos citados incisos resultará na efetivação do inciso IV que dispõe que a exploração deve favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Desta forma, sendo a Teologia a doutrina que trata das causas finais e o conjunto de especulações que se aplicam à noção de finalidade, a observância destes requisitos faz com que a propriedade seja cumpridora de sua função social, legitimando assim o direito de propriedade, fazendo com que o seu titular tenha direito à tutela do Estado em caso de turbação, esbulho ou ameaça. Ainda, o que se pretende pelo texto do artigo 186 da Constituição Federal é a correta utilização econômica da terra e sua justa distribuição, de modo a atender o bem estar social da coletividade, mediante o aumento da produtividade e da promoção da justiça social.

Nesta linha de pensamento, concorda-se inteiramente com o jurista BERTRAN (2004, p. 126), quando aduz: “O uso da expressão simultaneamente obriga ao cumprimento de todos os requisitos do artigo 186 e não apenas de alguns (ou algum) deles.”

Mais que isso, na esteira de Gustavo TEPEDINO (2004), aceito a tese de que o artigo 186 é meramente exemplificativo, e não taxativo. O rol de exigências se amplia, de acordo com os ideais da República, vistos em capítulo próprio, e que é obrigado a repetir. A começar pelo preâmbulo constitucional, em que o legislador expõe teleologicamente o objetivo da Carta Magna: assegurar [...] “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”

De igual modo, o artigo 3º estabelece os objetivos da República, entre eles construir uma sociedade justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No que tange a propriedade urbana, a função social vem qualificada pela própria Constituição, ao estabelecer, no parágrafo 2º do artigo 182, que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.”

Neste diapasão, o plano diretor obrigatório para cidades com mais de 20 mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e será estabelecido em lei municipal (artigo 182, §§ 1º e 2º).

A enorme competição por empregos e bons salários, a decadência das instituições públicas no que tange à saúde, educação e segurança pública e o aumento exacerbado da violência urbana fazem com que as pessoas se esqueçam totalmente dos ensinamentos cristãos, como compartilhar suas posses. Hoje, ao que me parece, a maioria das pessoas visualiza o próximo desconhecido como um concorrente ou um “marginal”. A função social da propriedade tem como objetivo mais amplo procurar tornar a sociedade mais justa, solidária e fraterna.

Por isso, desde o final do século retrasado, em 1891, que o Papa Leão XIII proferiu a encíclica *Rerum Novarum*, referindo-se claramente ao direito de propriedade, reconhecendo-o como legal e legítimo para o alcance da satisfação de seus interesses. Entretanto, complementava que da mesma forma se torna necessária a observância dos princípios cristãos, refutando o absolutismo da época e o desenfreado capitalismo liberal.

A encíclica *Rerum Novarum* constitui-se em importante marco na história da humanidade e, principalmente hoje, para o estudo da função social da propriedade, pois denotava nítida preocupação com uma nova ordem social e econômica, perseguindo uma melhor e justa distribuição de riquezas entre os homens.

Constata-se nesse documento uma preocupação voltada a equacionar a propriedade privada com o interesse comum, a fim de se buscar um modelo institucional em que o direito de propriedade esteja distante do individualismo. Sob esta ótica, as pessoas devem usar as riquezas para satisfazer suas próprias necessidades, sem esquecerem do interesse social.

Estas idéias espalharam-se pelo mundo. Algumas nações realizaram o direito a impor a propriedade privada às modalidades de aproveitamento dos recursos naturais suscetíveis de apropriação, com objetivo de fazer uma distribuição eqüitativa da riqueza pública com fins de sua conservação. Trata-se, pois, de algumas limitações de ordem pública, com imposições positivas ao proprietário que deixou de possuir a propriedade como um direito inatingível.

No Brasil, o princípio da função social da propriedade só veio a ser inserido no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1967. Mesmo assim, ainda não houve, efetivamente, no plano prático, profundas modificações na ordem jurídica do instituto do direito de propriedade. As pessoas continuam ignorando as disposições constitucionais, principalmente aquelas do artigo 186.

Outro importante registro a se fazer é que não se verificam grandes demandas judiciais com base na função social da propriedade.

Os advogados estão por demais tímidos para fazerem qualquer menção a esta garantia constitucional em seus arrazoados, como também, os magistrados sentem-se inseguros para efetivar a relativização do direito de propriedade.

TARTUCE (2005) ao discorrer sobre a função social dos contratos, cita a função social da propriedade:

Podemos, aqui, arriscar até uma nova classificação da função social da propriedade, constante no art. 5º, XXIII, da CF. Entendemos por tudo o que foi exposto, que esta função social, mencionada no ditame legal constitucional, está transcrita em sentido amplo, englobando a função da propriedade em sentido estrito (art. 1.228, § 1º, do novo CC) – instituto de direito das coisas propriamente dito – e a função social do contrato (art. 421 do novo CC). Isso, interpretando-se a parte final do artigo 2.035, parágrafo único, do novo CC, que coloca as duas funções sociais em um mesmo plano. (TARTUCE, 2005, p. 205).

É indiscutível a analogia da função social do contrato e da propriedade, visto que o artigo 421 do Código Civil aborda a liberdade de contratar em razão da função social e os artigos 1.228, § 1º e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, trata da função social da propriedade, realizando uma conexão e o condicionamento do exercício da propriedade com a preservação do ambiente natural e cultural. A função social do contrato veio complementar e integrar a função social da propriedade.

Neste sentido escreveu MESSINEO (1986):

A instituição jurídica do contrato é um reflexo da instituição jurídica da propriedade privada. Ela é o veículo da circulação de riqueza, enquanto se admita (não interessa em que medida) uma riqueza (isto é, uma propriedade) privada. Se não fosse admitida a riqueza (propriedade) privada, esta não poderia circular e o contrato careceria quase inteiramente de função prática. Com o reconhecimento da propriedade privada se enlaça idealmente o princípio da liberdade contratual, o qual, se bem delimitado em diversas formas, constitui, como se tem dito, a pedra angular da disciplina geral do contrato. (MESSINEO, 1986, p.15).

De igual modo, IHERING (2001) escreveu sobre a correlação entre a propriedade e o contrato:

A noção romana da propriedade se manifesta pela primeira vez no direito de conquista, ao qual se une também seu desenvolvimento pacífico e da contratação. Segundo nossas atuais idéias, o contrato parece um modo tão natural de fundar as relações jurídicas que não titubeamos em atribuir aos romanos nossa maneira de ver; porém nos enganamos radicalmente. Bastará indicar que no direito mais antigo a transferência de propriedade por contrato não tinha força nem valor em si mesma, mas unicamente se acomodava à idéia do direito de butim. A propriedade não é outra coisa em sua origem que o direito sobre o objeto capturado e não nasce, a não ser pela apreensão do butim. (IHERING, 2001, p.86).

Lembra-se, a título de ilustração, que a palavra butim é de origem francesa, que significa despojo do inimigo, saque, roubo, caçada. Em linguagem popular diz-se do proveito, do lucro, da riqueza.

Em sua forma primitiva e original, a propriedade e o contrato, se manifestaram com individualismo exacerbado, arraigados na idéia de absolutismo. Com as noções da doutrina social da Igreja Católica e as Encíclicas vieram, aos poucos, as transformações destes conceitos.

O individualismo foi refutado porque a propriedade não pode ser elevada à condição de direito absoluto e ilimitado, cujo exercício pode se dar de forma abusiva. A propriedade não pode ser vista como um fim em si mesma, mas como um meio para realização de uma finalidade social, ou seja, o desenvolvimento material e espiritual do homem, como também, a satisfação de suas necessidades econômicas, de recreação e bem-estar.

Os ensinamentos da Igreja Católica convergem na direção de que o direito de propriedade não deve ser exercido e efetivado com prejuízo do interesse e da utilidade comum. O Estado-juiz deverá encontrar uma solução, fulcrada na eqüidade, quando houver colisão entre os direitos privados, dentre os quais se sobressai a propriedade e as necessidades da sociedade.

Já de certo modo, adentrando no tópico seguinte, calha a lição de MONTEIRO (2003) quando aduz:

O direito de propriedade não mais se reveste do caráter absoluto e intangível, de que outrora se impregnava. Este, ele sujeito, na atualidade, a numerosas limitações impostas no interesse público e no interesse privado, inclusive nos princípios da justiça e do bem comum. Várias disposições constitucionais, administrativas, militares, penais e civis restringem o seu exercício, de tal modo que se pode afirmar ser totalmente impossível a completa enumeração de todas as restrições. Tanto quanto possível, dentre as mais importantes, podem ser indicadas as seguintes: Restrições constitucionais - A Constituição Federal, como já se viu, garante o direito de propriedade. Contudo, em seguida, impõe a subordinação da propriedade à sua função social, expressão de conteúdo vago, mas que, genericamente, pode ser interpretada como a subordinação do direito individual ao interesse coletivo. (MONTEIRO, 2003, p. 92).

Têm-se assim, várias outras limitações e ingerências do Estado no direito de propriedade, como restrições administrativas, onde se verifica que o direito de construir está sujeito a uma série de requisitos a serem cumpridos pelo proprietário. Ainda tem-se o Código de Florestal, Código de Minas, Código de Caça e Pesca, Código Brasileiro de Aeronáutica e outras Leis e Decretos que produzem importantes limitações ao direito de propriedade.

Observam-se, ainda, limitações de natureza militar, limitações destinadas à proteção da lavoura, do comércio e da indústria, limitações decorrentes de leis eleitorais, limitações da lei penal (desapropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, de qualquer área ou terreno onde se encontrem culturas ilegais de plantas psicotrópicas), limitações da lei civil, como por exemplo, no direito de vizinhança, e no direito de locação, onde a retomada do imóvel locado só é permitida nos casos expressamente previstos em lei.

Atualmente, nos discursos jurídicos, verifica-se um constitucionalismo voltado um pouco mais para os direitos fraternais. Há pouco tempo, ou seja, a partir da Constituição Federal de 1934, que se atentou para os direitos sociais. Na maioria dos países, o capitalismo é a base material da sociedade e a detenção da propriedade privada produtiva indica que o poder econômico estava nas mãos de determinado grupo de pessoas.

Anteriormente, verificou-se a preocupação de alguns países com os direitos sociais e individuais, bem antes da era do presidente Getúlio Vargas no Brasil. Como exemplo, tem-se as Constituições do México em 1917, da Rússia em 1918 e Alemanha em 1919, que dimensionaram a atenção não só ao indivíduo, mas ao ser humano em geral, em toda a sua dimensão social. Deste modo, o individualismo começou a ceder espaço ao socialismo.

Encontramo-nos diante de uma dicotomia, visto que a propriedade como direito individual é de bom alvitre e salutar ao exercício ao direito de proprietário, visto até mesmo como um direito divino do homem, porém o uso indiscriminado da propriedade gera o abuso do poder econômico e, conseqüentemente, a exploração do homem, assim como o abuso do poder político gera a opressão.

São os dois lados de uma moeda, como preconizava o filósofo Heráclito (540 a.C. - 480 a.C.) na filosofia da unidade de opostos: Deus é dia-noite, inverno-verão, guerra-paz, saciedade-fome. É por demais importante encontrar o meio termo, o ponto de equilíbrio entre o direito individual e o coletivo que está revestido de um cunho social.

Neste diapasão, o Direito possui um importante papel a realizar, pois como já procura controlar o poder político, este é o tempo e a hora de também encontrar um meio de controlar o poder econômico para atenuar as desigualdades sociais.

A meu ver, não se vislumbra outra intenção do legislador constitucional ao inserir a função social da propriedade dentro dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º. da Constituição Federal. Devemos, pois construir uma sociedade fraternal e solidária, com os mais altos e nobres ideais. Só assim, o homem continuará a perpetuar a sua existência na Terra.

Futuramente, poder-se-á efetivar novas figuras jurídicas no ordenamento jurídico como *habeas terra* ou *habeas casa*. Estas expressões foram usadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto do Supremo Tribunal Federal em recente palestra passada no canal TV Justiça sobre princípio da dignidade da pessoa humana.

Tudo isso vai depender diretamente do arroubo dos operadores do direito: advogados, defensores públicos, promotores, juízes, desembargadores e ministros e ainda do próprio legislador.

Verifica-se, assim, que o direito de propriedade está passando por uma completa transformação, despindo-se de sua natureza absoluta, eterna, quase sagrada, exclusiva e intangível para ocupar um lugar de extrema importância e destaque, ou seja, aquele que procura alimentar a sociedade, que deve partilhar entre os homens as benesses da natureza, sendo um patrimônio comum entre os povos.

Ainda, no que tange aos limites do direito de propriedade, a mesma apresenta limites para fins de tutelar os direitos daqueles que estejam na situação de não-proprietários do bem que atinge direta ou indiretamente suas vidas. Neste diapasão, leciona RODRIGUES (2002), em nota ao artigo 188:

Talvez se possa dizer que a evolução histórica do direito de propriedade se manifesta, em linhas gerais, no sentido de uma incessante redução dos direitos de proprietário. Realmente, a despeito de haver, acima, afirmado seu caráter absoluto, o domínio sempre sofreu restrições, e a evolução profunda que experimenta em nossos dias se marca de um considerável aumento de restrições. (RODRIGUES, 2002, p. 91).

Ao lado das limitações voluntárias, tais como as servidões, o usufruto ou as cláusulas de inalienabilidade, ou impenhorabilidade, outras existem que, ou decorrem da própria natureza do direito de propriedade, ou são impostas pela lei.

As primeiras, ou seja, as restrições derivadas da própria natureza do direito, se explicam através do recurso à noção de abuso de direito.

O proprietário, no uso de seu direito, não pode ultrapassar determinados limites, pois se deles exorbita, estará abusando ou extrapolando o seu direito e o seu ato deixa de ser lícito (CC, art. 160, n. I, 2ª parte). Porque os direitos são concedidos ao homem para serem utilizados dentro de sua finalidade.

Assim, se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança proteção do ordenamento jurídico que, ao contrário, impõe o ônus de reparar o prejuízo causado. Portanto, o exercício do direito encontra limitação em sua própria finalidade.

Importante salientar, como visto anteriormente, que a função social da propriedade vai além das limitações, que lhe é imposta, em benefício de vizinhos, previstas no Código Civil, posto que ela visa o benefício da comunidade, do bem comum e do interesse social. A função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do direito de propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer valer-se de seus poderes e faculdades visando diretamente o bem comum.

Em relação à função social da propriedade urbana, o artigo 182, § 2º, da Constituição Federal estabelece que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor.”

Os planos diretores municipais, obrigatórios para cidades com mais de 20 mil habitantes, são o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana e será estabelecido em lei municipal. (art. 182, §§ 1º. e 2º.)

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

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

O jurista e professor HORTA adverte para o fato de que a lei municipal, sob a égide do princípio da função social da propriedade, poderá sujeitar o proprietário urbano a retaliações locais, muitas vezes inspiradas no facciosismo político, ao dizer que:

Os capítulos da Política Urbana, da Política Agrícola, Fundiária e da Reforma Agrária estão igualmente impregnados de normas ambíguas e elásticas, sob a aparência de razoabilidade, mas que poderão conduzir a resultados extremos, na medida em que o legislador preferir explorar conteúdo dilatador da norma constitucional federal autorizativa. (HORTA, 1988, p. 392).

Contudo, a meu sentir, tanto o legislador quanto o administrador público devem obedecer, sistematicamente, os princípios básicos da administração pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, visto que o uso do poder pela autoridade é sua prerrogativa, mas o abuso deste poder conferido pelo próprio povo é ilícito, sendo que qualquer ato abusivo é nulo, e como tal deve ser revogado pela própria Administração ou anulado pelo Poder Judiciário.

Assim, a preocupação do jurista Raul Machado Horta é justa e relevante. Porém o princípio da moralidade administrativa serve, justamente, para afastar qualquer possibilidade de parcialidade ou sectarismo por parte do legislador ou do administrador público.

MEIRELLES (2002) leciona de forma irretocável:

A moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput). Não se trata - diz Hariou, o sistematizador de tal conceito - da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração. (MEIRELLES, 2002, p. 83-84).

Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor na referida obra

que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, oportuno e o inoportuno, mas também, entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também a lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *non omne quod licet honestum est*. A moral comum, remata Hariou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o **bem comum**. (MEIRELLES, 2002, p. 83-84).

Retornando ao Plano Diretor Urbano das cidades, podemos citar o exemplo do Bairro Praia do Canto nesta cidade de Vitória, ES, onde a comunidade está sempre realizando reuniões para discussão e revisão do Plano Diretor Urbano - PDU para posterior aprovação pela Câmara dos Vereadores. Incomodados com a saturação imobiliária do referido bairro, os moradores querem frear o crescimento desordenado, realizando um desenvolvimento sustentável do bairro. Esta é uma das finalidades da função social da propriedade urbana, proporcionar uma evolução saudável e inteligente da cidade.

Na reunião promovida pela Associação de Moradores da Praia do Canto - AMPC, no dia 20 de julho de 2004, a comunidade teve a oportunidade de opinar e participar do processo de elaboração do PDU pelos próximos dez anos.

Falta de estacionamento, altura de edifícios residenciais, quantidade de edifícios residenciais e comerciais, saturação de atividades comerciais, principalmente escolas, academias, bares, restaurantes, farmácias e padarias foram os principais problemas apontados pelos moradores.

O presidente da Associação de Moradores da Praia do Canto e vereador deste Município José Carlos Lyrio Rocha destacou no Jornal Praia do Canto (Informativo da Associação de Moradores da Praia do Canto, Ano XI, nº 70, p. 03):

Segurança e trânsito foram os maiores problemas apontados pelos moradores da nossa região em uma pesquisa encomendada pela AMCP ao Instituto Futura. Esses problemas demonstram que a capacidade de crescimento da Praia do Canto está saturada; portanto é necessária a revisão do PDU para tentar resolvê-los e evitar que eles se acentuem.

Assim, a discussão do PDU está inteiramente impregnada do princípio da função da propriedade, que visa justamente proporcionar o crescimento harmônico da cidade, e não como fator inibidor do desenvolvimento.

Neste sentido, REALE (1999) tem lecionado:

Pode-se dizer que, hoje em dia, é por todos reconhecido o legado do socialismo no sentido de colocar-se o problema da propriedade em novos termos, a fim de alcançar-se necessário equilíbrio entre os interesses dos indivíduos e os da coletividade. (REALE, 1999, p. 9).

Por outro lado, seria inocência crer que todo instituto jurídico é sempre forjado, efetivamente, em benefício do interesse coletivo. O instituto da propriedade satisfaz necessidades básicas dos indivíduos em sociedade e sua proteção, atualmente, é garantia desta função social. Porém, ela também implica a não-garantia de quantos estão dela destituídos e a garantia do subjugo destes em relação àqueles que as possuem em excesso.

Nos dias atuais, vive-se em constantes conflitos sociais, quer pela necessidade de novos empregos, de uma propriedade, de um teto e etc. O dispositivo constitucional serve de alento a quem não possui qualquer propriedade, pois se declara que aquele que a possui deve utilizá-la para cumprir uma missão e função social. Como em nosso país a maioria das pessoas não é esclarecida, e não exercem a cidadania, pode-se levar algumas décadas para a devida efetivação da função social da propriedade, ou, pior, cair no esquecimento, pela sua não utilização jurídica, podendo até vir a ser retirada do ordenamento jurídico brasileiro. É aquele velho ditado: “tem algumas leis que pegam e outras não.”

A satisfação da necessidade do valor social referente à habitação não é

necessariamente garantir moradia a todos, pois poder-se-ia chegar ao absurdo de uma pessoa adentrar na residência da outra, dizendo: “estou sem moradia, vim tomar um banho e pernoitar em sua casa. Atenda à função social da propriedade.”

Não se chegou a tal nível de evolução numa ótica jurídica, e não é este o objetivo. A insatisfação social não implica necessariamente descumprimento da função social da propriedade verificado juridicamente, o que também não desonera o operador do direito de tomá-la em consideração na interpretação das normas jurídicas e aplicação do Direito.

Deste modo, procurando melhor atingir a finalidade do legislador ao estabelecer que a propriedade atenderá sua função social, resta, inicialmente, verificar o sentido de função. MIELLE (1970) conceitua função como:

Todo poder exercido não por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por um interesse alheio ou por um interesse objetivo e ainda um complexo de atividades ordenadas e coordenadas a uma determinada destinação ou fim. (MIELLE, 1970, p. 686).

Desta forma, pode-se dizer que função social é a satisfação de necessidades sociais ou da coletividade. São inegáveis e crescentes a relativização e restrições ao direito de propriedade. O Direito não pode não mais olvidar a este clamor.

A função social não se impõe por si mesma, mas é, sem sombras de dúvidas, uma imposição das condições sociais dos tempos atuais em relação ao direito de propriedade e à propriedade privada.

Neste sentido esclarece MORAES (1999, p. 91-92): “Torna-se, assim, a propriedade instrumento das necessidades sociais ou cede ante interesses superiores.”

Aduz ainda o citado autor, citando Fábio Konder COMPARATO:

A propriedade privada sempre foi justificada como modo de proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais, ou seja, como forma de prover à sua subsistência. Acontece que, na civilização contemporânea, a propriedade privada deixou de ser o único, se não o melhor meio de garantia da subsistência individual ou familiar. Em seu lugar aparecem, sempre mais, a garantia de emprego e salário justo e as prestações devidas ou garantidas pelo Estado, como previdência contra os riscos sociais, a educação e a formação profissional, a habitação, o transporte e o lazer. Não se pode, a partir deste fato, concluir que a propriedade torna-se social, que o direito se socializa, uma vez que, como

base estrutural do ordenamento jurídico, a noção de propriedade privada imprime ao direito cunho individualista e a fórmula função social, muito mais do que negá-la, confirma-a. 'Tem' ou 'é' função social a propriedade privada porque é propriedade privada, porque se não o fosse seria propriedade pública ou social e, portanto, função pública ou função social. Motivo pelo qual não se pode negar razão a Eros Grau quando afirma que a propriedade privada é pressuposto necessário do conceito de função social. (COMPARATO, *apud* MORAES, 1999, p. 91-92).

Analisando o texto acima, pode-se verificar que a propriedade que realizará a sua função social é a propriedade privada, pois a propriedade pública já traz, intrínseca, sua função pública ou social. Entretanto, discordo apenas quanto à afirmação de que não se pode concluir que a propriedade torna-se social, e que o Direito se socializa.

A meu sentir, é visível a socialização do Direito. Tem-se, além da função social da propriedade, a função social do contrato previsto no novo Código Civil, os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, os Juizados Especiais ou de Pequenas Causas - tanto em nível estadual e federal - que contribuem sobremaneira para o amplo acesso à Justiça e socialização do Direito.

Observa-se, assim, que a antiga concepção individualista tradicional que permeou o Código Civil de 1916 está sendo substituída por uma concepção de sociabilidade do direito. Não obstante a grandeza do Código Civil preconizado por Bevilacqua, esse não teve qualquer dispositivo concernente à função social; a omissão foi por inteiro. O silêncio, acredito, deve-se ao fato de que o Código foi editado quando em vigor a Constituição de 1891, também omissa a respeito da função social. Entretanto, o novo Código Civil não deixou de enfrentar a matéria relativa à função social da propriedade. Pela C.F. e novo Código Civil a função social se realiza pelos limites que existem no exercício do direito de propriedade como veremos a seguir.

3.2 RESTRIÇÕES E RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O formalismo exacerbado do ordenamento jurídico está adaptando-se a uma nova realidade social. O individualismo está cedendo espaço ao socialismo e ao constitucionalismo fraternal. Se assim, não o fosse, não teria sentido inserir no texto

constitucional a expressão função social.

Ora, se a propriedade torna-se instrumento das necessidades sociais ou cede ante interesses superiores, o proprietário, em tese, pode usar, gozar e dispor de seus bens da forma que lhe aprouver, desde que sua propriedade atenda a função social. Quando se fala em função social da propriedade não se indicam, efetivamente, as restrições ao uso e gozo dos bens próprios, o que é garantido pela lei. Tais restrições seriam limites negativos aos direitos do proprietário.

A noção de função social da propriedade relaciona-se com a capacidade produtiva da propriedade, ou seja, sua função produtiva. Trata-se do poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. Deste modo, o sentido empregado no termo função social significa um poder, mais precisamente, o poder de dar ao objeto da propriedade destino determinado, ou seja, vinculá-lo a certo objetivo.

Esta idéia foi introduzida por Leon Duguit de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir. O proprietário deve ser considerado, quanto à gestão de seus bens, como um funcionário.

Neste diapasão, calha à explicação clássica de LANVERSEIN citado por GOMES (1994) sobre a função social da propriedade:

A propriedade deixou de ser um 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 interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito com contínua mudança que deve modelar sobre suas necessidades sociais às quais deve responder. (LANVERSEIN, *apud* GOMES, 1994, p. 98).

O direito de propriedade não é mais absoluto e eterno. A propriedade está perdendo a visão de incondicional, soberana, única e incontestável. Atualmente, encontra limites no atendimento de sua função social. Caso contrário, não existiria razão de ser do texto constitucional.

As pessoas têm certa dificuldade de entender o sentido socialista da propriedade,

eis que prevaleceu por longos anos a visão individualista da propriedade e do próprio Direito e ainda tivemos a rejeição por idéias socialistas em face do período de ditadura militar recente em viveu o Brasil. Associavam tais idéias ao comunismo, sendo forte a repressão por tais correntes de pensamento e manifestações.

O princípio da função social da propriedade incide sobre o conteúdo do direito de propriedade, compondo a estrutura ou limites internos do direito. O princípio da função social age dentro do conteúdo do direito de propriedade, sendo que deste modo não pode ser confundida com as limitações externas ao direito de propriedade, que são restrições posteriores à constituição do direito de propriedade. Neste sentido afirma Gustavo Ferreira SANTOS na Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 37, n. 147, p. 22, jul./set. 2000:

A exigência de atender à função social não se confunde com as prefaladas limitações já abarcadas no próprio regramento que o direito civil dá ao instituto da propriedade. As limitações à propriedade dizem respeito ao exercício do direito pelo proprietário, pois são externos ao conceito de propriedade, enquanto a função trata da própria estrutura do direito, atingindo, por dentro, a sua definição.

A Constituição Federal de 1988 assegura e respalda o direito de propriedade, porém, não mais de toda e qualquer propriedade, mas tão somente daquela que cumpre sua função social.

Não é concebível que, decorrido mais de 16 anos da promulgação da Carta Maior, este princípio não seja melhor observado, ou ainda, não seja integralmente efetivado.

Nesta cidade de Vitória, verifica-se o crescimento desordenado de alguns bairros. Como já colocado acima, no que tange ao Plano Diretor Urbano, há um total desrespeito à função social da propriedade urbana.

Atualmente, está em fase final de construção na Rua Saturnino de Brito, n. 157, Praia do Canto, um enorme espigão que deverá ser usado como Hotel denominado *Blue Tree Towers*. A referida construção está totalmente desarmônica com os demais prédios, pois bem mais alto.

A meu sentir, o impacto que um edifício como este causa a um bairro já saturado como a Praia do Canto é enorme. O aumento de veículos e pessoas, assim como a saturação das atividades comerciais, causam vários transtornos já descritos pela Associação de Moradores da Praia do Canto anteriormente. As autoridades constituídas são responsáveis por este crescimento desordenado.

Não é possível que o PDU aceite e acolha este tipo de situação. Assim, de certo modo, não está sendo atendido o preceito constitucional.

No Brasil, muitas leis que não interessam às classes dominantes ou àquelas classes que detém o poder econômico ou político, e ficam relegadas a segundo plano ou são praticamente esquecidas e ignoradas. Alguns empresários visam apenas o lucro, querendo enriquecer a qualquer custo. Para alguns, função social da propriedade só existe como mera norma decorativa.

O Ministério Público, em algumas situações relativas à função social da propriedade, não atua da forma devida e esperada, sendo muitas vezes omissos para coibir o abuso do poder econômico e político. De igual modo, o Poder Judiciário.

Outra situação relevante que impõe restrições ao direito de propriedade e que deverá ser enfrentada pelos operadores do Direito diz respeito ao artigo 184 da Constituição Federal que prevê a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária do imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.

Não obstante a Constituição Federal atenuar este dispositivo, estabelecendo logo em seguida, no artigo 185, II, que a propriedade produtiva está eximida deste ônus, a força do referido dispositivo no parágrafo acima não pode ser obstaculada por uma interpretação literal, segundo a qual a propriedade produtiva está isenta, totalmente, de desapropriação.

A propriedade fundiária especulativa, que vise apenas à acumulação e desdenhe os objetivos da República, descumprindo sua função social, não é tutelada pela Constituição Federal de 1988. Neste sentido, levanta a voz abalizada de TEPEDINO

(2004):

Afirmou-se que tal dispositivo constituiria um grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação, em favor dos proprietários rurais e dos latifundiários, da tutela constitucional contra a desapropriação desde que a propriedade se apresentasse acrescida de qualquer forma de produtividade. À luz, todavia dos princípios constitucionais e dos objetivos da República, a objeção não colhe. A produtividade para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve ser também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em consequência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos - constitucionalmente estabelecidos - da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária. (TEPEDINO, 2004, p. 311).

Outra questão relevante a ser observada e que deverá ser objeto de lei complementar é aquela prevista no artigo 190 da Constituição Federal que dispõe que “a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.”

Também neste sentido, TEPEDINO (2004) discorre:

A aquisição, bem como o aluguel de propriedade rural por parte de estrangeiros, vêm regulamentados através de um procedimento específico, e, em certos casos, dependem de autorização do Congresso Nacional (art. 190). A Constituição estabeleceu, portanto, vários estatutos para as diversas situações proprietárias, segundo a destinação do bem - rural ou urbano -; a potencialidade econômica - produtiva ou não produtiva -; e a titularidade, isto é, levando em conta se a aquisição se dá por parte de estrangeiro ou de brasileiro. Objetou-se que o novo texto não enfrentou de forma convincente o capital estrangeiro e o problema da dívida externa, nem se deu conta da hegemonia dos latifundiários e das reservas minerais por parte das companhias multinacionais, em relação às quais o capítulo disciplinador da ordem representaria um verdadeiro retrocesso, cotejado com as Constituições democráticas anteriores, de 34 e 46. (TEPEDINO, 2004, p. 308).

Assim, verifica-se que tanto o legislador como o aplicador do Direito possuem uma tarefa importantíssima a realizar, ou seja, concretizar e efetivar o texto constitucional. É necessário levar sempre em consideração que constituem objetivos

fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, e ainda erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, atentando para prevalência dos direitos humanos.

Essa axiologia é insuscetível de ser esquecida em qualquer processo de hermenêutica constitucional, devendo ser aplicada na análise das questões fundiárias e no direito de propriedade.

Ronald Dworkin, autor da famosa obra *Taking rights seriously*, escreve sobre a vital necessidade do Estado de levar os direitos a sério, respeitando as leis e os princípios democráticos, os direitos civis e a vida em um país livre e com instituições sólidas voltadas e comprometidas com os direitos humanos.

A função social da propriedade necessita ser vista e enfrentada com bastante seriedade por parte do legislador e dos operadores do direito. Caso contrário, estaremos caminhando para o total ceticismo sobre as regras.

Neste sentido, HART (1995), na obra “O Conceito de Direito”, escreveu:

Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controle social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a categoria de pessoas, e a categoria de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares. (HART, 1995, p. 137, 148).

Leciona ainda o referido autor:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Esse facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer, escrita, quer precedente) a um caso concreto. (*Idem, ibidem.*)

Finalizando este tópico, a integral observação das restrições e limites impostos ao direito de propriedade é de vital importância para a efetivação da função social da propriedade, onde se estará criando uma consciência voltada para os interesses sociais e coletivos.

4 O DIREITO AGRÁRIO E A FUNÇÃO SOCIAL NO PODER JUDICIÁRIO

Os conflitos agrários no Brasil, que durante as décadas de 80 e 90 mereceram destaque pela atuação do MST - Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, podem ser compreendidos através da história de ocupação territorial brasileira, iniciada pelos portugueses a partir de 1500. Registrando o primeiro conflito agrário a partir de 1530, com a apropriação das terras indígenas pelo colonizador e passando pelo regime de sesmarias, quando data a formação dos latifúndios brasileiros, até a sua regulamentação com a primeira "Lei das Terras" de 1850.

Posteriormente, sem que houvesse um processo de reforma agrária, a primeira lei a tratar do assunto surgiu em 1964, pelo do Estatuto da Terra, Lei nº 4.504/64 e, mais recentemente, a Lei nº 8.629/93, que regulamenta os artigos da Carta Magna referentes à reforma agrária, recém alterada pela Medida Provisória nº 2.183-56 de 24.08.01; a Lei Complementar nº 88/96 e a Lei nº 9.415/ 96, que determina a presença obrigatória do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse da terra.

Nestes novos tempos, a ciência jurídica é instrumento necessário à manutenção e desenvolvimento da sociedade democrática. Mas, na medida em que se afasta das demandas da sociedade, transforma-se em instrumento político das classes dominantes. Com isso ocorre o surgimento de movimentos sociais de base, que buscam garantir seu espaço pressionando o poder público a buscar estratégias que garantam cidadania para todos, pois são membros da sociedade e sujeitos de direitos sociais e políticos, e ao exercê-los intervêm no governo do país.

A função social da propriedade está amparada pelo poder judiciário, terceiro poder independente do estado democrático de direito, e que garante a manutenção e, principalmente, na efetivação dos direitos conferidos pela cidadania.

As conseqüências das decisões judiciais, no plano da função social da propriedade no direito agrário, estão sendo utilizadas como metodologia e técnicas de pesquisa qualitativa, como a observação de vivência em comunidades rurais, presença em

ocupação promovida pelos movimentos dos trabalhadores sem teto - MTST, em manifestações do movimento dos trabalhadores rurais sem terra - MST, técnicas qualitativas de informações que sustentam a elaboração de manifestação de conhecimentos práticos, de senso comum e representações elaboradas, capazes de formar o convencimento que orienta as ações judiciais e que traduzem a produção de peças adequadas para intervir nos problemas agrários.

Os resultados obtidos até o momento indicam que o Poder Judiciário tem se mostrado pouco hábil na resolução dos conflitos agrários em que é interveniente, na medida em que, as decisões apresentam como forma de resolução a lógica da dogmática positivista. Contudo, as decisões que se propõem a solucionar o conflito social vêm buscando meios alternativos de composição, invocando o pluralismo jurídico, os direitos humanos e a Constituição Federal.

A história das culturas sempre se faz acompanhar da história da produção e do seu modo de organização em cada sociedade. Nesse particular, nossa história se fez acompanhar da aquisição da propriedade pelo mais forte e da acumulação de riqueza. Pode-se afirmar que as lutas populares reivindicando o acesso à propriedade da terra foram muitas, constituindo a base do processo de construção da cidadania. Desde muito cedo a luta pela terra foi o núcleo de ação política do trabalhador rural, como atesta os quilombos e diversas ações coletivas como Canudos, Contestado, Eldorado dos Carajás.

Contudo, a História do Brasil tem abordado essas lutas e movimentos sociais como atos marginais, transferindo às parcelas das camadas médias e altas da sociedade, que estão ou estiveram no poder político dos aparelhos do Estado, todas as honrarias e louvores pelas mudanças sociais ocorridas na História do país.

Um histórico dos movimentos e lutas empreendidos pela sociedade civil, em especial pelas camadas populares que se insurgiram contra injustiças sociais, discriminações ou atentados contra a dignidade humana, constata que as dimensões de resistência e de combatividade das massas geralmente são analisadas de forma a negá-las, abordando as lutas como simples revoltas ou como disfunções à ordem social vigente, denominando as manifestações populares de desobediência civil, tendo como tônica a repressão e a criminalização dos

movimentos sociais, ao passo, que na realidade trata-se de luta por cidadania política, cidadania esta que passa pelo primado do interesse coletivo ou público, influenciando no moderno conceito de propriedade.

Com o direito positivo brasileiro não foi diferente, pois a nossa primeira constituição, a Constituição Federal de 1824, foi elaborada pelo Conselho de Estado sem que fossem convocadas eleições para nova Constituinte, o que suscitou diversos protestos no país, sendo o mais expressivo a Confederação do Equador, que questionava a legitimidade desta citada Constituição, por excluir do texto constitucional a maioria da população brasileira.

A exclusão, de certa forma, das camadas mais baixas da população do texto legal, e sua conseqüente criminalização, justifica-se pelo estreito relacionamento entre a propriedade privada e o poder político e econômico, uma vez que aquelas leis foram elaboradas e discutidas somente no interior da classe política dominante, predominantemente os proprietários de terras.

Ao analisarmos a História do Brasil por meio do processo de construção da cidadania, nos certificamos da distância dos sistemas normativos para com as camadas mais baixas da população que, só a custa de muita luta, obtiveram o reconhecimento jurídico de suas reivindicações, e a função social da propriedade é uma delas.

A situação jurídica dos silvícolas é esclarecedora, pois somente em 1850, com a Lei nº 601, Lei das Terras, tiveram o reconhecimento legal de suas terras ocupadas, porém permanecem até os dias de hoje sem o exercício pleno da cidadania, pois não são considerados cidadãos livres, mas sim tutelados pelo Estado.

E quanto à condição jurídica dos negros, que até 1888 ainda era juridicamente concebido como coisa, portanto desqualificado como pessoa, e por isso apropriável, não tendo acesso à propriedade da terra. Com a Lei Áurea, que aboliu a escravidão no Brasil, houve o reconhecimento jurídico do negro como pessoa, porém sem que houvesse o reconhecimento jurídico como cidadão.

Há de se constatar que a ausência de política de inserção social de milhões de negros livres implicou na primeira grande massa de sem terra.

A Lei das Terras de 1850, Lei nº 601, aliada ao Código Civil de 1916, consolidou o caráter excludente da política vigente.

Sem que houvesse a abolição da escravidão, a Lei das Terras disciplinava as questões relacionadas à posse das sesmarias, uso e trabalho sobre a terra através da política de imigração de mão de obra escrava, estabelecendo ainda, que todas as terras devolutas são de propriedade do Estado e as demais ocupadas pelo regime de posse só poderiam ser adquiridas em hasta pública pelo instituto da compra e venda.

Posteriormente, o Código Civil elevou o direito de propriedade como direito real por excelência, outorgando-lhe um caráter absoluto, ilimitado e inalienável, inclusive atribuindo a faculdade ao proprietário de defender sua propriedade pelo emprego da força, desde que a posse tenha até 01 (um) ano, tornando-se um obstáculo aos excluídos economicamente e socialmente, favorecendo somente os grandes proprietários rurais.

Neste contexto, podemos citar a Revolta de Vassouras, São Paulo, em 1858, na qual agregados dos grandes proprietários rurais se revoltaram por supor que a Lei de Terras de 1850 lhes permitiria a legitimação de suas áreas, enquanto posseiros, e como isto não correspondeu à realidade, os camponeses se rebelaram, havendo dura repressão policial a pedido dos fazendeiros.

O mesmo ocorreu com as comunidades remanescentes de quilombos já consolidadas, duramente reprimidas pelo poder dos coronéis, que apesar da abolição da escravatura e da implementação do Código Civil, não tiveram o direito de regulamentação à posse das terras, o que veio ocorrer somente em 1988, com a Constituição Federal.

A consequência de todo este poder nas mãos de latifundiários é que somos o país a ocupar o segundo maior índice de concentração de terras e um dos de maior nível

de desigualdade social do mundo, conforme os relatórios das Nações Unidas e do Banco Mundial que estigmatizam o Brasil.

Quando nosso Código Civil entrou em vigor, tendo como modelo jurídico o Código de Napoleão, manteve-se apegado à doutrina da autonomia da vontade e ao individualismo liberal positivista. Esta concepção do direito de propriedade já se mostrava excludente e insuficiente para conter as desigualdades sociais produzidas pelo capitalismo na Europa e aqui na América Latina. Principalmente, no que tange a propriedade da terra, que passa a ser considerada como um bem de produção necessário à sustentação e vivência humana, não sendo mais considerada como um bem acumulativo de riqueza.

Surgiu assim, naquela época, no plano jurídico, a Teoria da Função Social da Propriedade, com León Duguit, que entende o direito de propriedade a terra como um direito que deve ser assegurado como meio indispensável para a garantia da subsistência humana, impondo ao proprietário o dever social de dispor da sua propriedade de modo que possa garantir as condições mínimas e adequadas de vida a toda comunidade.

O direito à vida passa a sobrepor-se ao direito de propriedade e, caso a função social da propriedade não seja respeitada pelo seu proprietário, esta é passível de desapropriação. A incorporação da Teoria da Função Social da Propriedade aos textos constitucionais da época desencadeou um processo de reforma agrária por toda Europa e, pioneiramente, na América Latina, e no México em 1910 e em 1917.

No Brasil, a repercussão da Teoria da Função Social da Propriedade e o processo de reforma agrária no México, China e diversos países europeus, suscitou, principalmente entre as décadas de 20 e 40, conflitos violentos em diversas regiões a exemplo do Contestado no sul e do Cangaço no nordeste, provocando a resposta jurídico-legal do governo de incorporação da Teoria aos textos constitucionais de 1934 e 1946, porém sem que fosse atribuída qualquer força executiva à Teoria, tornando-a inócua.

No século XX há uma mudança de paradigma nos conflitos sociais devido a expansão das forças produtivas advindas do café e da indústria. As classes sociais oriundas do processo de industrialização passam a orientar as ações e os conflitos

que ocorrem no meio urbano, propiciando o aparecimento de novas categorias de luta organizada pela consciência de classe, como o sindicalismo e o anarquismo. As lutas sociais passam a se revestir de um novo caráter, já inserido dentro de uma ordem jurídica vigente.

Nesse momento, os trabalhadores passam a exigir o reconhecimento legal de sua situação de classe, a partir da consciência de seus direitos de cidadãos. O campo de luta pela cidadania se amplia, incorporando novos direitos políticos e sociais, como a legislação trabalhista, o voto para o analfabeto, o voto feminino.

Nesse sentido de consciência de classe, a luta pela terra passa a ter outra conotação. Principalmente a partir dos anos 50 e 60, com as Ligas Camponesas, iniciou-se o processo de organização política do campesinato, e com as associações e sindicatos de trabalhadores rurais, que abriram espaço político através das ocupações coletivas em terras improdutivas, fazendo surgir assim, a luta pela reforma agrária.

Esta consciência gerou insatisfação dos fazendeiros e desencadeou, durante a década de 50, vários conflitos agrários violentos entre posseiros e grileiros, como a Revolta de Porecatu, no Paraná, até a implementação de uma comunidade de caráter comunista em Goiás, de 1957 a 1964, denominado de estado livre de Trombas e Formoso.

Nesse contexto de intenso conflito social, o tema da reforma agrária passou a ser constante e se apresentava como solução para as questões nacionais.

A luta pela reforma agrária, com seus fundamentos na raiz da história brasileira, constituiu-se como a mais consistente bandeira do projeto democrático derrotado em 1964 pela aliança empresarial-militar, e ressurgiu depois do golpe, metida e contida no formalismo jurídico-legal da Lei nº 4.504 de 30 de novembro de 1964.

Em 1964 a reivindicação pela reforma agrária passa a ter força de lei através da promulgação da Lei nº 4.504/64, que recebeu o nome de Estatuto da Terra. Todavia, essa lei não resolveu os problemas agrários no país, na medida em que sua execução se limitou a um programa de financiamento rural, criando as empresas

rurais, e não como programa de colonização para assentamentos de trabalhadores sem terra. Por conta disso, a situação dos trabalhadores rurais foi agravada pelo desemprego, pela exclusão social e pela repressão do governo militar acentuando drasticamente o êxodo rural.

Durante o regime militar, a produção legislativa no âmbito agrário limitou-se à edição de legislações ambientais, com exceções da Lei Complementar nº 11 de 25-05-71, que trata da Previdência Social Rural, e da Lei nº 5.889 de 08-07-73, que regula o Trabalho Rural, ambas como legislação complementar, porém nenhuma legislação ou política voltada para a reforma agrária, o que agravou ainda mais o problema social rural e, de conseqüência, o problema urbano.

Nesse patamar, os trabalhadores rurais, cansados de esperar por uma ação do poder público em efetivar a reforma agrária, promovem, em Cascavel no Paraná, em janeiro de 1984, o 1º Encontro Nacional dos Trabalhadores Sem-Terra. Surgiu assim, o MST, que se consolidou como nova força social, passando a usar como palavra de ordem "Terra não se ganha, se conquista."

No 1º Congresso Nacional, em janeiro de 1985, reafirmou sua posição com o lema "Ocupação é a única solução", como instrumento de pressão política, a fim de obrigar o poder público a buscar estratégias para a resolução do problema agrário no país.

Como resposta foram editadas, na década de 90, leis referente ao tema, como a Lei nº 8.629/93, que regulamenta o artigo 184 e seguintes da constituição, referentes à reforma agrária, a Lei Complementar nº 88/96 e a Lei nº 9.415/96, que determina a presença obrigatória do Ministério Público nos litígios coletivos pela posse da terra.

Entretanto, até os dias atuais, nunca foi executada uma política de reforma agrária no Brasil, justificando plenamente a presença no MST no cenário político brasileiro. É inconteste e pacífico o entendimento de que algumas vitórias jurídicas e legais divulgadas pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, em executar desapropriações de terras e assentamentos de trabalhadores rurais pela reforma agrária, só foram possíveis devido a atuação dos movimentos rurais organizados,

especificamente com as ações de ocupações coletivas promovidas pelo MST como forma de pressão política.

Ocorreu aqui o que já foi enfatizado, como sendo a articulação freqüentemente utilizada pelas camadas poderosas da sociedade, então no poder político do Estado, de transferir a eles todas as honrarias e louvores pelas mudanças sociais ocorridas na história do país, o que foi na realidade uma conquista dos Trabalhadores Sem Terra, que utilizam como tática na promoção da democratização da terra, as ocupações coletivas de terras improdutivas.

As reivindicações do MST se delineiam num panorama de mudanças político-sociais de ordem estrutural, acompanhando a tendência dos movimentos sociais da década de 90, enfatizando os valores da ética e da moral, porém sem perder a crença em ideologias políticas, mas desacreditando em ações do Estado.

Inserese, aqui, uma nova concepção de democracia, a democracia participativa, na qual a população busca participar das decisões políticas do Estado, principalmente as de ordem estrutural, dentre elas a promoção do bem estar social visando a melhor distribuição de riqueza e a erradicação da pobreza, que são princípios constitutivos do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

No âmbito jurídico-político temos a redemocratização do país e a elaboração da Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, que está ligada ao surgimento do Estado do Bem Estar Social que, por meio de medidas de proteção aos menos favorecidos economicamente e de mecanismos de universalização dos acessos à educação, saúde e moradia, incorporados como direitos e garantias fundamentais constitucionais, abriria espaço para uma maior inserção do Poder Judiciário na política, pois que os direitos são adquiridos através do Estado.

Dessa forma, a inércia do Poder Executivo em promover e executar políticas sociais, e a ausência de representação parlamentar traduzem na crescente insatisfação social, na emergência dos conflitos coletivos que, em última instância, chegam ao poder Judiciário em busca da efetivação dos direitos sociais, gerando como sustenta fenômenos de massificação da tutela jurídica.

Quanto à questão agrária, a Constituição Federal parece estar mais próxima das camadas populacionais, que não haviam sido beneficiadas pelos institutos jurídicos, como as comunidades quilombolas, que no artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, têm reconhecido o direito adquirido à posse das terras ocupadas. Ainda que 100 anos depois da abolição da escravidão, foi a primeira grande conquista jurídica dos negros ex-escravos.

No que diz respeito ao direito de propriedade, a Constituição Federal, ao incorporar definitivamente a Teoria da Função Social da Propriedade entre o rol dos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, inciso XXIII, introduziu importantes modificações no direito de propriedade, ampliado pelos artigos 1.228 e parágrafos do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de função social da propriedade, atribuindo tal função, também, à propriedade urbana, conforme artigo 182, parágrafo 2º, e os princípios e garantias fundamentais inscritos no artigo 5º, inciso XXIII, e art. 170, inciso III, vieram consolidar a função social da propriedade como um princípio geral da ordem econômica e financeira brasileira.

O art. 184, caput, atribuiu o instituto da desapropriação por interesse social da propriedade rural, que não esteja cumprindo com sua função social, para fins de reforma agrária. Já o art. 186 aponta quais os requisitos da função social da propriedade rural, a fim de estabelecer a justiça social no campo.

A Lei nº 8629/93 regulamentou os artigos constitucionais referentes à reforma agrária. O artigo 2º, da Carta Magna dispõe que a “propriedade rural que não cumprir a sua função social é passível de desapropriação para fins da reforma agrária, cabendo a União a competência para desapropriar por interesse social, importando para tanto a prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária.”

Dessa forma, o direito de propriedade passou a ser limitado pela obrigação social do proprietário para com a sociedade, o dever de dispor adequadamente do bem, não bastando ser proprietário de terras. Acumulá-la como fonte de renda e produzir

pobreza e desigualdade social é contra os preceitos constitucionais e infringe leis infraconstitucionais, cabendo a sanção do instituto da desapropriação para fins da reforma agrária, para melhor distribuir a riqueza e erradicar a pobreza.

Nos litígios referentes ao direito de propriedade, envolvendo a posse coletiva da terra, tendo como pólo da relação o proprietário da terra e o MST, constata-se dois caminhos empregados pelos magistrados para resolução do litígio.

Primeiro, o de optar pela corrente do Direito Civil, de base positivista legalista, que entende o direito de propriedade como direito real por excelência, fundamentando-se exclusivamente no título de propriedade, aplicando ao caso o artigo 1.228 do Código e os arts. 926 e seguintes do Código de Processo Civil.

Segundo, a corrente constitucionalista, de base humanista, que entende que o direito de propriedade é passível de tutela jurídica, a partir do momento que o dever social da propriedade é respeitado pelo proprietário, aplicando os artigos 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o art. 25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o 5º, inciso XIII, os arts. 182, 184 e 186 todos da Constituição Federal, chamando o INCRA ao processo, para que se manifeste quanto à situação legal da propriedade em litígio, assegurando a posse e permanência dos integrantes do movimento dos sem terra até que venha aos autos o laudo de produtividade da propriedade emitido pela vistoria do INCRA, como forma de resolução. Tal forma de resolução do conflito agrário é interpretada no âmbito jurídico como um meio alternativo frente ao dogmatismo positivista. A efetividade da função social da propriedade deve passar por este caminho, se não todo, parte dele.

A corrente de direito alternativo, ou do chamado direitos insurgentes, surge como uma proposta alternativa de resolução dos conflitos sociais, não mais compreendidos dentro do sistema normativo positivista, que no âmbito agrário busca equalizar as inúmeras arbitrariedades cometidas em nome do direito de propriedade.

Anteriormente, registre-se que aqueles que se opuseram às injustiças sociais, discriminações e atentados contra a dignidade humana, buscando sempre o aperfeiçoamento da cidadania, foram punidos severamente pelo poder público,

como os indígenas, os negros e os participantes de Canudos, Contestado e Cangaço.

Mais recentemente temos Eldorado dos Carajás, Corumbiara e Pontal do Paranapanema, nos lembrando que a riqueza brasileira foi acumulada por força dos trabalhadores rurais, índios e negros escravos, apesar da terra sempre mantida pelo direito de propriedade nas mãos de poucos, o que agora embate com a forte oposição do movimento dos sem terra, que retoma questões sociais debatidas há quase 500 anos.

No entanto, suas ações continuam sendo interpretadas pelo poder público e pelas categorias sociais privilegiadas, que ocupam o poder político do Estado, como uma disfunção à ordem social vigente. Exemplo da repressão do poder público às ações promovidas pelo MST é a Medida Provisória nº 2.183-56 de 28-08-01, que acrescentou quatro parágrafos ao art. 2º da Lei nº 8.629/93, prevendo uma série de restrições para a vistoria do INCRA, caso a propriedade seja ocupada coletivamente, e ainda prevê sanções para aqueles que participarem de invasões coletivas ou que se envolverem no conflito agrário.

Longe de qualquer disfunção ou anomalia, ressalta-se que compete à população e, principalmente, aos movimentos sociais, o controle social externo, que é o controle social autêntico, que provém das organizações sociais em oposição ao controle social artificial do Estado, realizado através das leis e dos códigos. As ocupações coletivas de terras improdutivas promovidas pelos trabalhadores rurais vêm nos dizer que essa coletividade não concorda com a ordem social vigente.

Presencia-se então, uma nova figura jurídica coletiva, ainda pouco reconhecida pelo ordenamento jurídico, o MST, que com as ocupações coletivas de terras coloca em questão, para os operadores do direito, o preceito constitucional da função social da propriedade e do exercício dos direitos conferidos pela cidadania. Entretanto, é evidente, que algumas vezes o MST age ao arripio da lei, porém esta dialética é importante para o aperfeiçoamento do instituto da propriedade.

Quanto ao exercício de cidadania, a democracia participativa implica na atuação livre de cidadãos iguais entre si na definição de seus propósitos. No campo

institucional, as deliberações tomadas pelos movimentos sociais traduzem-se em normas jurídicas cogentes e em decisões judiciais para resolução de conflitos.

E no campo político atores diferenciados se debatem pela definição de fins coletivos e pela distribuição de bens comuns. As reivindicações acerca de interpretações de normas tendentes à aplicação são por direitos legítimos e pelo resgate da dignidade de tais agentes, que de fato lutam pelo seu reconhecimento, constituindo na realidade um teste de constitucionalidade das normas e leis vigente na sociedade.

No âmbito jurídico, os conflitos coletivos pela posse da terra engendram, por sua vez, problemas de interpretação e aplicação de normas jurídicas em face das alterações quanto às necessidades e interesses desses mesmos cidadãos, possibilitando a emergência de um direito original e legítimo, voltado para a questão da justiça, uma vez que, as decisões técnicas elaboradas a partir de operação silogística de submissão do fato às leis garantidoras da propriedade civil não resolvem os conflitos sociais agrários, sendo imperioso um meio alternativo de resolução dos conflitos sociais.

Assim, cabe à magistratura, com conhecimento multidisciplinar e poderes decisórios ampliados, a responsabilidade de reformular, a partir das próprias contradições sociais, os conceitos fechados e tipificantes dos sistemas legais vigentes para realizar a devida efetividade da função social da propriedade no processo.

A função social do Poder Judiciário no conflito agrário consiste em reconhecer o direito original e legítimo da população rural sem terra, reconhecendo que o seu direito à vida está prejudicado pelo direito de propriedade do latifundiário, ou menos, daquele latifúndio que não cumpre sua função social.

Além disso, aquela função social tem de garantir o estado de direito no sistema democrático, desmarginalizando as organizações sociais e as manifestações empreendidas pelas camadas mais baixas da sociedade. Torna-se necessário uma "nova política judiciária", uma política judiciária comprometida com o processo de democratização do direito e da sociedade, sob pena da magistratura ver progressivamente esgotado, tanto a operacionalidade, quanto o acatamento de suas decisões, em face da expansão de conflitos coletivos.

Todavia, no tocante ao conflito agrário, observamos que o tratamento conferido ao MST pelo Poder Judiciário é, em inúmeras situações, o de analisar os conflitos dando-lhes um caráter individual e singular, sem reconhecer o sujeito coletivo, separando-o das condições históricas, sociais, políticas e econômicas que os germinam, e de certa forma, criminalizando, as ocupações do MST.

Devemos considerar que o trabalhador rural age movido pelo estado de necessidade, ou mesmo por convicção social e política, não possuindo a intenção, o *animus* de praticar crime, salientando que o comando jurídico não o alcança, é um marginalizado no sentido literal da palavra, mas não por vontade própria. Ao contrário daqueles criminosos comuns que reconhecem o comando jurídico violado. Devemos considerar, igualmente, as condições históricas da ocupação territorial brasileira e as conseqüências sociais por ela gerada e também o direito à vida e o preceito jurídico da função social da propriedade.

Dessa forma, quando o ordenamento penal é utilizado na repressão às manifestações populares, se presta como arma na defesa de uma ordem estatal que se converte em tirania. Na medida em que o Poder Judiciário se posiciona como guardião dos direitos sociais inerentes ao cidadão e protetor da vontade política do Estado, deixa de ser um poder independente, no âmbito do ente estatal, para transformar-se em um servidor desse Estado, não correspondendo aos anseios da sociedade e conseqüentemente deixando também de cumprir sua função social do ordenamento jurídico.

Várias vozes insurgem-se contra a criminalização dos movimentos populares, entendendo as ocupações coletivas de terras improdutivas como forma de pressão popular visando a implementação da reforma agrária, não constituindo uma afronta à ordem jurídica, pois a pressão popular é natural do estado de direito.

Correntes doutrinárias, conscientes do processo de exploração e aquisição da propriedade rural sem qualquer compromisso social, na qual as populações rurais vêm sendo vítimas há séculos, vêm se posicionando em favor da legitimidade das ocupações coletivas de terras improdutivas realizadas pelo MST, apesar do Poder Judiciário se mostrar pouco hábil para lidar com os casos de ocupações coletivas de

terras, com poucas decisões se propondo buscar uma justa resolução para o conflito social.

Vislumbrando que as decisões judiciais implicam na mudança de situação real para indivíduo, seja de lugar ou mesmo de estrutura social, correndo o risco de contribuir de alguma forma para o aumento ou diminuição da desigualdade social, por vezes regulamentada em leis, limitada à ficção jurídica da legislação, porém sem efetividade.

No caso agrário podemos afirmar, de modo geral, que as sentenças são produzidas em função das orientações políticas do magistrado, que geralmente optam por tomar decisões que não o comprometam com o poder instituído, porém descompromissadas com a população, sem qualquer responsabilidade social ou comprometimento com o processo de democratização do direito e da sociedade.

A justiça moderna não pode ser apolítica nesse sentido e hoje mais do nunca se deve reconhecer que o poder judiciário é governo. Neste passo, podemos afirmar que a responsabilidade por tamanhas desigualdades sociais hoje existentes em nossa sociedade, na medida em que assume a opção pela manutenção do *status quo* na interpretação do Direito, segundo conceitos pré-industriais, também pode, infelizmente, ser creditado ao Poder Judiciário. Porém, a responsabilidade maior, sem dúvidas, é do Poder Público.

Na medida em que os operadores jurídicos interpretam o Direito dentro do limite positivista, supondo que a lei é o Estado, insistem em aplicar somente as leis elaboradas pela classe que detém o poder, assumindo desde já um posicionamento político, lembrando que os grandes proprietários rurais sempre estiveram presentes na história política do país.

E o Poder Judiciário, quando assume a opção pela manutenção do *status quo*, opta pela manutenção de uma ordem social conservadora, que vem se mostrando cada vez mais insustentável, ignorando o impacto social em suas decisões e legitimando um sistema normativo político repleto de injustiças.

O distanciamento dos sistemas normativos para com as camadas mais baixas da população e a tendência à interpretação às suas ações coletivas como atos de disfunções sociais ou marginais, aliada ao uso do aparato estatal para reprimi-las, sempre esteve presente nas ações do poder público.

Embora, o problema seja estrutural, oriundo do processo de desenvolvimento brasileiro, para o Poder Judiciário o grande desafio consiste em admitir o redimensionamento de seu poder no Estado Moderno, que comporta ações políticas e grande responsabilidade social.

Ainda que as ações do movimento transitem entre uma aparente ilicitude, como um ato de desobediência civil, as manifestações e, principalmente, as ocupações coletivas de terra, significam na realidade, assim como os Quilombos, Canudos e o Contestado, o questionamento positivo, no sentido de ação, a legitimidade da ordem jurídica e democrática vigente, na qual cabe ao Poder Judiciário discernir entre a legitimidade das ações do poder público e o direito coletivo e difuso dos trabalhadores rurais a fim de que a propriedade possa cumprir com a sua função social.

Nesse sentido é que justifica a imobilidade inerente aos cargos dos magistrados, para o que o terceiro poder estatal, o Judiciário, não fique dependente do poder político do Estado e possa garantir o exercício da cidadania e aplicabilidade e efetividade de direitos fundamentais a todos da comunidade.

Os princípios normativos elencados na Carta Magna são demonstrações de amadurecimento político no aprendizado da democracia, assim como o MST é fruto de um sistema fundiário anacrônico e injusto desenvolvido no nosso país.

A permanência desse sistema fundiário configura uma ofensa aberrante aos princípios constitucionais expressos na Carta Magna, que retiram dos invasores sem terra o caráter de ilegalidade de suas ações. Corresponde, no Direito Penal, à legítima defesa ou ao estado de necessidade, circunstâncias discriminantes.

Apesar do conservadorismo das decisões nos tribunais, diversos magistrados têm se conscientizando da responsabilidade social de suas decisões nos litígios coletivos e do comprometimento do Poder Judiciário, aliado com o Ministério Público, para com a democratização do direito e da sociedade, declarando que as manifestações populares não podem continuar sendo tratadas como simples caso de polícia, e nem a lei pode ser usada como aparelho repressivo do Estado, para que haja o amplo exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

5 EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NO PROCESSO

5.1 APLICABILIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL NAS AÇÕES JUDICIAIS

Para se chegar ao objetivo do presente trabalho é necessário enquadrar a função social da propriedade como princípio constitucional, como conceito jurídico determinado, e ainda não considerá-la como norma constitucional programática. Inicialmente, irei considerar a noção de princípio como prescrição fundamental. De um princípio depende todo o desenvolvimento posterior de um sistema, como é o caso, da função social da propriedade.

Quanto ao conceito e conteúdo dos princípios fundamentais, a lição abalizada de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA apud José Afonso da SILVA (2003) é fundamental:

Os princípios constitucionais fundamentais, pelo visto, são de natureza variada. Não será fácil, pois, fixar-lhes um conceito preciso em um enunciado sintético. Recorreremos, no entanto, mais uma vez, à expressiva lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, segundo a qual os princípios fundamentais visam essencialmente definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais. Revelam a sua importância capital no contexto da constituição e observam os artigos que os consagram constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais que àquelas podem ser diretas ou indiretamente reconduzidas. (CANOTILHO e MOREIRA, *apud* SILVA, 2003, p. 93-94).

Desta forma, como visto, a função social da propriedade é uma opção bastante clara do legislador constitucional e, conseqüentemente, do próprio Estado, devendo este princípio ser integralmente efetivado para a concretização de sua missão. A meu ver, não há outra interpretação a ser colhida.

Dando seguimento ao raciocínio, é pertinente analisar a função social da propriedade como norma constitucional programática. Alguns constitucionalistas e operadores do Direito negam efetividade às algumas leis constitucionais, como foi o caso do artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal - limitação da taxa de juros reais não superiores a doze por cento ao ano -, que atualmente fora revogado pela Emenda Constitucional n. 40 de 29 de maio de 2003. O próprio Supremo Tribunal

Federal, guardião da Constituição, chegou a afirmar que os juros de 12% ao ano não eram auto-aplicáveis. Constata-se uma falta de ação específica e omissão para efetividade das normas programáticas. Embora, a meu ver, a função social da propriedade não está inserida neste contexto, enfrenta tais dificuldades para sua plena aplicação.

O fundamento deste argumento decorre do entendimento de que a função social da propriedade por ser um princípio constitucional e, desse modo, sempre sujeito a indagações e inteleções segundo as quais a sua natureza se equivaleria a uma verdadeira máxima diretiva de um comportamento, porém destituída de força normativa.

Como dito, parte dos doutrinadores tem considerado que o princípio da função social da propriedade seria norma constitucional programática. Entretanto, a meu ver, este não é o melhor entendimento. Os princípios constitucionais e as chamadas normas constitucionais programáticas não podem ser colocados indiscriminadamente na mesma categoria. As diretrizes constitucionais podem estar ligadas tanto a princípios quanto a regras constitucionais, mas um princípio não pode estar restrito a indicar singelamente uma diretriz. Se determinado dispositivo constitucional se limita a estabelecer uma diretriz, sem indicar os meios jurídicos necessários para sua efetivação e realização, a Constituição está, implicitamente, remetendo ao ordenamento jurídico como um todo a tarefa de concretizá-lo.

Neste sentido, assevera GRAU (1997):

Jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito; não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição no seu todo. [...] A hermenêutica jurídico-constitucional necessariamente deve pressupor a idéia de que a Constituição é um sistema aberto: conjunto interligado de princípios e regras que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência, de modo a evitar contradições entre suas disposições. Interpretar é dar sentido concreto à norma jurídica. (GRAU, 1997, p. 181).

Assim, a rigor, nenhuma norma constitucional tem eficácia plena, enquanto não houver a concretização normativa do texto constitucional. A Lei nº. 10.527/2001 (Estatuto da Cidade) ao positivizar o princípio da função social da propriedade também na legislação ordinária, retirou dele o *status* de princípio exclusivamente constitucional. Assim, com o advento da referida Lei nº. 10.527/2001, como também,

do novo Código Civil, a função social da propriedade deixou de ser somente um princípio constitucional para transmutar-se em uma norma jurídica ordinária passível de plena concretização e imposição, porém conservando sua matriz constitucional.

No mais, os princípios constitucionais não precisam de regulamentação infraconstitucional para se fazer valer no ordenamento jurídico. Constituem, pois, os pontos de diretrizes, sistematização e controle do processo de concretização da Constituição, que tornam viáveis a determinação objetiva dos conceitos, fundamentos e diretrizes diante do caso concreto posto à apreciação dos operadores do Direito. Deste modo, na visão deste pesquisador, os princípios constitucionais possuem força normativa. Caso contrário, a Constituição Federal estando repleta de normas programáticas, e não passaria de um “repositório de máximas e conselhos”, em feliz síntese de Fábio Konder Comparato.

Em similar entendimento BONAVIDES (1994) acentua:

O deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. (BONAVIDES, 1994, p. 265).

Reafirmando a força normativa da Constituição como um todo, vale consignar as palavras de CANOTILHO (1990):

O sentido histórico, político e jurídico da constituição escrita continua hoje válido: a constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade. Ela estabelece, em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantia dos direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas. As regras e princípios jurídicos utilizados para prosseguir estes objetivos são, como se viu atrás, de diversa natureza e densidade. Todavia no seu conjunto, regras e princípios constitucionais valem como lei: o direito constitucional é direito positivo. Neste sentido se fala na constituição como norma (Garcia de Enterría) e na força normativa da constituição (K. Hesse). [...] se a constituição vale com lei, então regras e princípios constitucionais devem obter normatividade regulando jurídica e efetivamente as relações da vida, dirigindo as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos. CANOTILHO, 1990, p. 1139-1140).

Pelo exposto acima, a meu ver, todos os dispositivos constitucionais possuem efetividade. Se não efetividade plena, mas relativa e em parte. O inciso LXXVIII, parágrafo primeiro do artigo 5º, da Constituição Federal, encerra de certo modo este

questionamento ao dispor em seu parágrafo 1º., que: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, não há como negar eficácia à função social da propriedade.

Ultrapassado este questionamento, é por demais importante e necessário reconhecer, igualmente, a função social da posse, e não só da propriedade, pois é nas ações possessórias que o instituto da função social fica mais evidente no que diz respeito ao elemento utilidade, quando mais se analisada sob este prisma, ou seja, o aspecto social.

É extremamente salutar, que o intérprete exija a observância e aplicação de todos os mandamentos contidos em nossa Carta Magna. A propriedade sempre foi e continua sendo um elo que une o homem a um bem da vida. O direito à propriedade torna-se fundamental no ordenamento jurídico constitucional, visto que uma vida humana digna demanda uma quantidade mínima de bens.

A efetivação e a concretização dos direitos fundamentais tem como escopo a promoção da dignidade da pessoa humana. Tal dignidade somente será realmente alcançada pela participação democrática do cidadão, isto é, por meio do exercício da cidadania através do exercício do seu direito de ação. Dentro desta vertente e do seu direito de ação, compete ao mesmo questionar judicialmente qualquer situação relativa à função social da propriedade. Ainda, a função social deve ser suscitada como matéria de defesa, seja em contestação ou mesmo reconvenção como dispõe os artigos 297 e 300 do Código de Processo Civil.

Já o novo Código Civil Brasileiro dispõe em seu artigo 1.228 e parágrafos quais são os conteúdos do direito de propriedade. Tais conteúdos revelam o grau de intensidade que se estabelece entre o homem e os bens de existência. Nesses conteúdos, destaca-se o direito de uso.

Deste modo, a função social da propriedade determina que o homem deve atribuir aos bens de existência uma nova forma de uso, conferindo a este direito uma nova estrutura, a fim de dar-lhes uma destinação que atenda não só aos interesses dos

proprietários, como também aos interesses sociais e ambientais de toda a coletividade.

Somente assim, a função social da propriedade poderá ser efetivada e cumprida e o direito de propriedade será assegurado em toda sua plenitude, pois somente a propriedade privada que cumpre sua função social poderá ser protegida por lei. Ouso ainda dizer, a título de ilustração, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta configurados em seu conteúdo através dos modos de aquisição e de utilização.

Aprofundando a questão, quanto à aplicabilidade da função social nas ações judiciais, o já citado autor BERTRAN (2004), na já citada obra “Propriedade Privada & Função Social”, aduz de forma brilhante:

Na sociedade democrática é preciso que todos participem das discussões como queria Rousseau. Portanto, todos deveriam ter legitimidade para participar procedimentalmente das discussões constitucionais, tanto o cidadão como as entidades e associações. Para isso, defende-se um procedimento constitucional mais elástico, dentro do espírito democrático. Igualmente, diante da ausência de dispositivos que estabeleçam certas relações jurídicas, cabe ao magistrado não declinar de sua vocação investigatória, dentro de um espírito da livre pesquisa científica, esta sim, capaz de dar uma resposta digna à provocação jurisdicional. Cremos que durante o procedimento, nas ações possessórias, quer de reintegração, quer de manutenção de posse, é poder-dever do magistrado discutir a questão da função social da propriedade. Deve o magistrado tomar sua decisão após o conhecimento das condições dos proprietários e das condições dos invasores, subjetivamente, dentro do princípio da equidade - Justiça ao caso concreto - que norteia a ação de muitos e bons magistrados e servidores do Judiciário. (BERTRAN, 2004, p. 145).

Este é um dos grandes desafios do Judiciário contemporâneo. O magistrado não pode mais deixar de olvidar-se para algumas celeumas sociais de grande importância e contexto atual, como é o caso da invasão de terras e reforma agrária, que envolve, sem sombra de dúvidas, a questão da função social da propriedade.

Questão relevante, como suscitou o autor acima citado, é saber se a questão da função social da propriedade imóvel pode ser apreciada de ofício pelo magistrado. Por tudo até aqui exposto, acredito que o julgador possa apreciar de ofício a questão relativa à função social, mesmo que as partes nada tenham mencionado neste sentido. Deve o aplicador do direito, pelo menos, manifestar em sua decisão que não verifica ferimento ao princípio da função social da propriedade no processo em

exame. Porém, o que muitas vezes ocorre é que as partes não suscitam a função social nas ações correlatas, seja exercendo o direito de ação ou como matéria de defesa. Igualmente, o juiz nada dispõe a respeito sobre a função social ao efetuar o julgamento.

Salvo melhor juízo, nestes casos, mesmo verificando que o juiz por vezes falha ao não apreciar a questão posta sob a égide da função social, não entendo ser causa de nulidade absoluta a falta de manifestação do julgador quando as partes também se silenciam. Não obstante, um dos objetivos do trabalho seja efetivar a função social no processo, seria temeroso dizer que uma ação padece de nulidade absoluta ou vício insanável pela não menção ao princípio da função social da propriedade quando as partes não o invocam.

Se partimos para a verificação da questão de ordem pública, observamos algumas posições. COELHO (2005) leciona a respeito da supremacia da ordem pública nos contratos agrários:

A autonomia da vontade se encontra restrita nos pactos agraristas, onde as normas cogentes restringem o caráter dispositivo das partes, em que o Estado, nos contratos que tem por objeto o uso ou posse temporária do imóvel rural, procura dar uma conotação de justiça social. Em função da importância alcançada à propriedade agropecuária, de maneira geral, desenvolveu-se uma Política Agrária que elege os princípios norteadores do Direito Agrário: preservação dos recursos naturais renováveis; elevação da produção; bem-estar e condições de progresso socioeconômico; acesso à terra e à propriedade; permanência na terra daqueles que as tornem produtiva; função social; justiça social; extinção de propriedades antieconômicas; eficiência dos agrários, e, proteção jurídica aos arrendatários e parceiros outorgados. Como é possível vislumbrar, procura-se com as normas de Direito Agrário proteger a propriedade como fonte de riqueza e poder para o Estado. (COELHO, 2005, p. 125).

O importante e já citado autor de Direito Ambiental LEME MACHADO (2005) discorre sobre o princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público e função gestora dos Estados:

Deve ser confiada às instituições nacionais e competentes a tarefa de planificar, administrar e controlar a utilização dos recursos ambientais dos Estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente (Declaração de Estocolmo/72). A Declaração do Rio de Janeiro/92, em seu 27 princípios, menciona pelo menos vinte vezes o termo Estados, dizendo no Princípio 11: "Os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente." A gestão do meio ambiente não é matéria que diga respeito somente à sociedade civil, ou uma relação entre poluidores e vítimas da poluição. Os

países, tanto no Direito interno como no Direito internacional, têm de intervir. A inovação está na qualidade e quantidade de medidas de controle. O Poder Público passa a figurar não como proprietário dos bens ambientais – águas, ar e solo, fauna e florestas, patrimônio histórico – mas como um gestor ou gerente, que administra bens que são dele e, por isso, deve explicar convincentemente sua gestão. A aceitação dessa concepção jurídica vai conduzir o Poder Público a ter que prestar contas sobre a utilização dos bens de uso comum do povo. (LEME MACHADO, 2005, p. 96 e 98).

Das lições acima expendidas, podemos extrair a necessidade de instituições mais efetivas e democráticas, e que estejam dispostas a enfrentar o tema em enfoque. Entretanto, no modesto entender deste pesquisador, atualmente, não atingimos um grau de evolução jurídica para dizermos que a não manifestação a respeito da função social da propriedade nas ações correlatas seja causa de nulidade absoluta.

Partindo para o campo da eficácia, sabemos que a mesma consiste na aptidão do ato jurídico para produzir efeitos, para irradiar as conseqüências que lhe são próprias. A eficácia jurídica guarda relação com a qualidade na norma jurídica em produzir seus efeitos e em regular as situações e questões nela indicados.

Desta forma, como estamos tratando da efetividade da função social propriedade, o que se tem por objetivo é fazer emergir a capacidade de o referido princípio ser aplicado no plano fático, ou seja, nos conflitos jurídicos concretos.

O jurista RODOTÁ citado por BULOS (1995) através da análise do termo função social, propôs o seu significado. Elucida que o termo função opõe-se à estrutura, servindo para mostrar a maneira de operacionalizarmos um direito ou instituto, demonstrando seus caracteres particulares e notórios:

No momento em que a ordem jurídica reconhece que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido apenas para satisfação de seu interesse, a função da propriedade passa a ser social. (RODOTÁ, *apud* BULOS, 1995, p. 337).

Nesta linha de raciocínio, BARROSO (2001) conceitua a excelente noção de efetividade para sua aplicação:

A noção de efetividade, ou seja, dessa específica eficácia, correspondente ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na

ordem dos fatos. A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. (BARROSO, 2001, p. 85).

Temos, pois um leque de ações judiciais para realizar a efetivação do princípio em estudo: nas ações reivindicatórias, possessórias, de desapropriação, ações ambientais e nas várias ações de usucapião, previstas tanto na Constituição Federal, como no Código Civil e leis especiais que deverão ser analisadas e apreciadas sob o enfoque da função social da propriedade. E mais, qualquer outra ação que envolva a discussão sobre o direito de propriedade e de posse também, a meu sentir, se deverá analisar o dispositivo constitucional. Cumpre ressaltar, que este pesquisador não possui a intenção de fazer emergir a discussão da função social da propriedade em toda e qualquer ação de domínio, possessória, desapropriação e usucapião.

Assim, dentro da medida do possível, e como dito, sempre que solicitado o magistrado deve pronunciar-se a este respeito, fazendo a análise do princípio constitucional. Sem dúvidas, algumas destas ações citadas são mais freqüentes e rotineiras na praxe forense, e exigirão a aplicação e análise da função social, outras nem tanto, como, por exemplo, uma ação de nunciação de obra nova ou nas ações de divisão e demarcação de terras particulares. Deve-se ter em conta, que o objetivo do trabalho é buscar a efetivação da função social no processo, e não suscitar seu questionamento em vão, ou banalizá-la, como acontece por vezes com o dano moral.

No campo das ações dominiais a função social da propriedade aparece com mais realce e facilidade do que nas demais ações, sendo mais fácil sua apuração e aplicação, até mesmo em face dos dispositivos constitucionais, do Código Civil e Estatuto da Cidade.

Entretanto, é óbvio que a função social também está presente na posse, e não somente no campo do domínio, visto que a posse consiste no poder de fato que se exerce sobre um determinado bem, embora este poder de fato autorize ao seu titular o exercício, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes ao domínio.

Entretanto, também esse poder não é absoluto, tendo em vista encontrar limitações na função social que, segundo a moderna concepção, deve-se exercer a posse a par da propriedade.

FACHIN (1988), na obra “A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea”, observa que:

A exacerbação do individualismo acentuou na propriedade o caráter de inviolabilidade e de absolutismo. Hoje, já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade que não se confunde com a função social da posse. A função social situa-se em dois planos distintos, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. (FACHIN, 1988, p. 17).

A respeito da utilidade da propriedade, na posse, concebe-se esta como sendo o proveito que pode o possuidor retirar do bem, de modo a atingir a melhoria de suas condições de vida, o que não condiz com o caráter exclusivamente econômico que possa advir da exploração da propriedade.

A autonomia da posse, e sua conseqüente função social, direcionam no sentido de que o possuidor deve utilizar a propriedade e tornar efetiva os vários serviços que ela oferece, assumindo um comportamento dinâmico. Já o comportamento do proprietário é um pouco diferente do comportamento do possuidor, pois aquele tem o poder sobre a propriedade, fundado em título, mas o Direito não lhe exige uma postura ativa, aceitando o comportamento de mero especulador.

Como matéria de defesa nas ações possessórias, este instituto será de vital importância para o possuidor de boa-fé, que poderá refutar a pretensão daquele que deseja ser mantido ou reintegrado na posse, não esquecendo ainda, do interdito proibitório.

Ora, se o proprietário não exerce sua posse de forma adequada, e não confere à propriedade uma função social na forma da Constituição, não deverá pois, obter a

proteção jurisdicional. Alguns proprietários e até possuidores deixam suas áreas totalmente abandonadas, sem cerca ou qualquer sinal que identifique o domínio ou a condição de possuidor. O invasor poderá a vir ter êxito em sua defesa sob alegação de que a propriedade em exame não está cumprindo seu relevante papel social.

Muitas vezes, o invasor limpa a área, constrói uma casa ou “barraco” e realiza plantações para o seu sustento e de sua família. Estas ações são comuns em Varas Cíveis. No mínimo, este invasor deve ser indenizado pelas benfeitorias implementadas. É lógico e necessário, que os julgamentos pelo Poder Judiciário devam ser serenos e repletos de bom senso e equidade para uma análise imparcial do problema. Cada ação deverá ser apreciada separadamente sob o enfoque da função social, pois não se pode generalizar tais questões.

A posse e a propriedade, como institutos jurídicos e como elementos fundamentais e essenciais da ordem econômica, devem dirigir-se à conquista de um desenvolvimento que realize a justiça social, de modo que os parâmetros de utilização da propriedade sejam os da justa e igualitária distribuição de riqueza. O “tecido social” está esgarçado pelas desigualdades. Necessário a ação conjunta e esforço de todos no sentido de reconstruirmos uma sociedade mais justa e igualitária. Mister salientar, que não se trata o presente trabalho de discutir eventuais conceitos de posse e propriedade, pois o corte metodológico do estudo é no sentido de aplicação da função social a estes institutos, efetivando-o de forma a fazer-nos compreender o real alcance e sentido da norma.

No mais, a proteção que goza a propriedade deve igualmente se estender à posse, pois ambas possuem o propósito de que o homem atinja um melhor grau em termos de qualidade de vida, indiferentemente que ela seja exercida sobre bem urbano ou rural.

Igualmente, nas várias modalidades de ações de usucapião, o princípio da função social da propriedade deverá ser aplicado em toda sua plenitude, trazendo à baila mais um fundamento para que o possuidor de boa-fé possa requerê-lo. Temos atualmente, um leque de ações de usucapião, previstas na Constituição Federal, Código Civil e ainda na Lei Federal de nº 10.257/2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal e estabelece diretrizes gerais de política urbana e dá

outras providências. O denominado Estatuto da Cidade apresenta uma série de inovações no tratamento das relações do homem com o meio que se desenvolve, numa perspectiva ampla de urbanismo, apresentando novos institutos para o ramo do direito que reúne as normas reguladoras da atividade do Poder Público destinada ordenar os espaços habitáveis.

Na referida Lei, além da hipótese do usucapião especial de imóvel urbano, verifica-se também a possibilidade de ação de usucapião especial coletiva, socializando ainda mais o instituto. É o que se depreende do artigo 10, e parágrafo 2º., da já citada Lei:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. [...] § 2º. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.

Ainda, observa-se dos artigos 11, 13 e 14 da citada Lei, que na pendência da ação de usucapião especial urbana, ficarão sobrestadas quaisquer outras ações, petições ou possessórias que venham a ser propostas relativamente ao imóvel usucapiendo e ainda poderá ser invocada com matéria de defesa, sendo o rito a ser aplicado é o sumário. É o que dispõe a referida Lei.

Desta forma, a Lei nº 10.527/2001, concebida como Estatuto da Cidade, está altamente impregnada do princípio da função da propriedade com ampla aplicação nas ações de usucapião e desapropriação.

É evidente que o legislador ao inserir as referidas ações de usucapião na Lei em comento deseja que o intérprete faça a devida subsunção da norma ao fato concreto. Neste diapasão, o artigo 39 da Lei nº 10.527/2001 dispõe:

A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto

à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º desta Lei.

Estamos, pois, diante de conceitos altamente subjetivos, como qualidade de vida e justiça social. O operador do direito terá que enfrentar estas dificuldades com coragem e criatividade, como já ocorreu com o dano moral, também inserido na CF de 88, que atualmente, permeia várias ações judiciais. Aos poucos, o direito vai sedimentando-se para a sua justa aplicação.

Temos ainda, previsão no texto constitucional a ação de desapropriação. O artigo 5º, inciso XXIV dispõe que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Verifica-se que o Estado, pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, possa despejar compulsoriamente o proprietário de seu bem, atribuindo-lhe uma destinação de interesse social ou público.

Com maestria, o jurista FAGUNDES (1979), na obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, explica:

Existe necessidade pública quando a Administração está diante de um problema inadiável e premente, isto é, que não pode ser removido, nem procrastinado, e para cuja solução é indispensável incorporar no domínio do Estado, o bem particular. Há utilidade pública quando a utilização da propriedade é conveniente e vantajosa ao interesse coletivo, mas não constitui um imperativo irremovível. Ocorre o interesse social quando o Estado esteja diante dos chamados interesses sociais, isto é, daqueles diretamente atinentes às camadas mais pobres da população e à massa do povo em geral, concernentes à melhoria nas condições de vida, à mais eqüitativa distribuição de riqueza, à atenuação das desigualdades em sociedade. (FAGUNDES, 1979, p. 337-339).

No artigo 182, § 3º, da Constituição Federal estabelece que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.” Já o artigo 184 do mesmo diploma legal prevê que:

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

Segundo a classificação utilizada pelo Professor Adilson Abreu DALLARI (1981), na obra “Desapropriações para fins urbanísticos”, constata-se duas formas de desapropriação presentes no ordenamento jurídico brasileiro: a desapropriação ordinária, cuja indenização é prévia, justa e em dinheiro, incidente sobre qualquer propriedade, independente desta estar cumprindo sua função social; e a extraordinária, que atinge tão-somente a propriedade não cumpridora de sua função social.

A meu sentir, mesmo a desapropriação ordinária está altamente inserida dentro do contexto do princípio da função social, visto que os termos “necessidade ou utilidade pública” ou por “interesse social” estão ligados ao fim destinado à propriedade, sendo este a linha de pensamento do já citado autor León DUGUIT (op. cit.) que concebeu a propriedade segundo as limitações da função social: a propriedade deve ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social; e o direito do proprietário, como justo e economicamente limitado pela missão social que se lhe incumbe em virtude de situação particular em que se encontra.

Ainda imperioso ressaltar que o artigo 185 da Constituição Federal dispõe a impossibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária, da propriedade produtiva e a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra. Assim, o que ocorrerá com as propriedades que não cumprem com sua função social, como o do latifúndio produtivo para fins de especulação. Será que os latifúndios produtivos estão incólumes à reforma agrária? À primeira vista, acredito que o objetivo principal é o de possibilitar a reforma agrária por meio de latifúndios improdutivos e de grande porte, porém o latifúndio produtivo também poderá a vir ser atingido, pois não é mais concebível que uma enorme área se concentre apenas nas mãos de uma só pessoa. Esta idéia é totalmente incongruente e oposta à finalidade da função social.

Nesta esteira de pensamento, TEPEDINO (2004) expõe que:

Inexiste, portanto, a ameaça, advertida por alguns, de que uma propriedade destinada à especulação, possa invocar a proteção constitucional, desde que superficialmente produtiva, contra a desapropriação para a reforma agrária. A propriedade fundiária especulativa que vise apenas à

acumulação e desdenhe os objetivos da República, descumprindo sua função social, não é tutelada pela Constituição. Pelo contrário, sua desapropriação é prioritária, como forma de atingir os objetivos da República fixados pelo Texto Constitucional. Outro aspecto merece destaque: o tratamento dado pela Constituição à reforma agrária no âmbito de uma vasta política agrícola, não pode ser considerado retrógrado. Uma vez fixados os parâmetros interpretativos acima expostos, não poderá o legislador ordinário, nem o Executivo, transigir ou titubear na atitude positiva e incisiva de realização de uma reforma agrária que atenda aos objetivos e princípios fundamentais da República, dentre os quais, insista-se à exaustão, encontra-se o objetivo fundamental de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. (TEPEDINO, 2004, p. 311).

O Estado deve tutelar somente as propriedades privadas que cumprem, efetivamente, com sua função social. As demais propriedades por não serem tuteladas pelo Estado, estarão sujeitas a multas e outras medidas punitivas que devem ser impostas pelo Estado.

Observa-se na referida Lei - Estatuto da Cidade - o artigo 8º institui medida punitiva pelo Município no sentido de desapropriação do imóvel com pagamentos de títulos da dívida pública se decorridos 05 (cinco) anos de cobrança de IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização.

Verifica-se assim, nítida preocupação do legislador no aproveitamento econômico dos imóveis existentes, que se reflete em medidas de coerção possíveis ao Município, consoante diretrizes a ser fixadas em lei federal (art. 182, § 4º, CF), que podem chegar até à desapropriação.

SAULE JÚNIOR (1988), na obra “O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana”, aduz que:

A propriedade urbana atenderia sua função social ao respeitar e fazer valer os seguintes requisitos: a) democratizar o uso, ocupação e a posse do solo urbano, de modo a conferir oportunidade de acesso ao solo urbano e à moradia; b) promover a justa distribuição dos ônus e encargos decorrentes das obras e serviços da infra-estrutura urbana; c) recuperar para a coletividade a valorização imobiliária decorrente da ação do Poder Público; d) gerar recursos para o atendimento da demanda de infra-estrutura e de serviços provocada pelo adensamento decorrente da verticalização das edificações e para implantação de infra-estrutura em áreas não servidas; e) promover o adequado aproveitamento dos vazios urbanos ou terrenos subutilizados ou ociosos, sancionando a sua retenção especulativa de modo a coibir o uso especulativo da terras como reserva de valor. (SAULE, 1988, p. 54).

Concordo com o referido autor no que tange à elasticidade dos pressupostos elencados para atendimento da função social da propriedade urbana. Com isso, entendo que o magistrado terá um trabalho árduo pelo frente, ou seja, enfrentar todos estes problemas e questões quando do julgamento de ações que envolvam discussões sobre propriedade e posse, ou seja, nas ações possessórias, dominiais, de usucapião e de desapropriação, como também, em ações que envolvam o meio ambiente.

O atendimento aos referidos requisitos exigirá um esforço maior do aplicador quando da apreciação da área urbana em litígio. A função social não pode ser mais relegada a plano inferior ou simplesmente ignorada.

O julgamento de referidas ações terá, a meu ver, obrigatoriamente, de analisar estes pontos por mais subjetivo que pareça. O magistrado deverá fundamentar a sua sentença apreciando e levando em consideração se a propriedade em comento está atendendo e cumprindo sua função social.

Caso contrário, o possuidor ou proprietário não deverá ser beneficiado ou vitorioso ou ainda, ao menos, sofrer alguma sanção. Imaginemos pois, uma ação reivindicatória em que o proprietário ingressa em juízo solicitando a devolução de sua área urbana que foi invadida por terceiros que construíram uma moradia e fizeram algumas plantações ao redor da casa para sua subsistência. Não sendo caso de usucapião, pois ainda não decorreu o lapso temporal previsto em lei e estando toda a documentação da área devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis, o que restaria ao juiz senão julgar procedente o pedido formulado.

Entretanto, como dito, o princípio da função social não poderá mais passar despercebido. O magistrado deverá analisar a questão sob esta ótica. O magistrado atualizado, não poderá deixar de suscitar alguns questionamentos como: a propriedade estava cercada e com algum sinal de sua utilização, a propriedade estava cumprindo com seu papel social de alguma forma. Estando a área abandonada pelo seu proprietário, e mesmo que o juiz venha a julgar procedente o pedido formulado na ação reivindicatória pela comprovação do domínio, poderá aplicar uma penalidade ao requerente, seja uma multa pelo não uso correto da propriedade e não atendimento de suas finalidades sociais e ainda indenização à

parte requerida pelas benfeitorias de boa-fé realizadas na área e até mesmo ser destituído da coisa mediante indenização como prevê os parágrafos 4º. e 5º. do artigo 1.228 do Código Civil. É lógico, que tais questões por serem, de certo modo, subjetivas, e também feita à luz da colheita de provas para fundamentá-las, exigirá uma maior acuidade do juiz e atenção para o seu julgamento. O julgador deverá usar de toda eqüidade e conhecimento para uma boa aplicação do Direito.

Deste modo, a aplicação da função social da propriedade nas ações judiciais é um importante instrumento de desenvolvimento e justiça social, como também, econômico e ambiental das cidades e do campo no que se refere às propriedades rurais.

Se por qualquer motivo ou modo houver resistência do Estado ou do particular em obedecer ao princípio fundamental da função social da propriedade, deve a parte prejudicada pedir a devida tutela jurisdicional, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, cabendo ao Estado implementar os instrumentos dispostos no ordenamento jurídico (servidões, limitações, desapropriações, etc.) para uma perfeita delimitação da propriedade privada.

Apenas para argumentar, se ainda houver falta de dispositivo regulamentador para o caso concreto, que não é o caso da função social, a parte prejudicada poderá recorrer ao mandado de injunção. O que se pretende com o mandado de injunção é possibilitar à parte autora exercer o direito que lhe foi garantido constitucionalmente e que está sendo violado pela omissão do Poder Público.

A decisão judicial deve produzir efeitos concretos, possibilitando ao impetrante o exercício do seu direito constitucionalmente resguardado. Entretanto, não verifico nenhum argumento capaz e suficiente para caracterização de omissão do Poder Público e, conseqüentemente, do Poder Judiciário em concretizar e efetivar a função social da propriedade imóvel em face dos dispositivos constitucionais. Como dito, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Atuando como magistrado desde abril de 1995, este pesquisador teve apenas uma oportunidade de aplicação do princípio da função social da propriedade em ações

judiciais, no caso, uma ação de servidão de livre passagem. É muito pouco para um instituto de tão alta grandeza e importância.

O Desembargador Azevedo Júnior (1988) declarou com felicidade:

É verdade que, na cabeça do juiz, se o advogado alegou algum princípio é porque não tem razão; se invocou o artigo 5º. da Lei de Introdução, a função social da propriedade, é porque não tem direito, e então começa a apelar para o milagre, para aquele ato desesperador, pois, se tivesse direito, indicaria o específico dispositivo da lei. (AZEVEDO JÚNIOR, 1988, p. 303).

É necessário que esta mentalidade seja revertida e revista pelos aplicadores do direito, afinal, via de regra, a norma advém de um princípio. Talvez seja pela razão exposta acima, que o magistrado sintam-se inibido de fundamentar uma sentença com um princípio de direito. Entretanto, a função social da propriedade é um princípio de matriz constitucional, que já se estendeu para a legislação ordinária e necessita efetivar-se dentro do processo, ou seja, nas ações judiciais correlatas. Analisando o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que dispõe: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, não tenho dúvidas que não há nenhum obstáculo para que o aplicador do direito faça bom uso deste princípio em face do contexto da sociedade atual.

Neste ótica, o jurista TEIXEIRA (1993) leciona:

A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim antes de tudo, real, humana, socialmente útil. Se o juiz não poder tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum. (TEIXEIRA, 1993, p. 31). (grifo original).

É imperioso sempre lembrar, que o princípio constitucional da função social da propriedade deve ser visto como direito e garantia fundamental de todos os cidadãos brasileiros, servindo como preceito basilar, essencial e estabilizador da instituição da propriedade. Como já observado qualquer ação judicial que envolva discussão sobre propriedade ou posse poderá haver aplicação deste princípio, ou quando menos, o magistrado deverá analisá-lo e fundamentar sua decisão, explicitando o porquê de sua aplicação ou não, podendo assim argumentar: “No presente processo, não

verifico ferimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, ou, a propriedade está atendendo sua função social.”

Deste modo, a norma de direito material só tem sentido se efetivada no processo, caso contrário iremos verificar o perecimento desta garantia constitucional tão arduamente conquistada.

Não posso deixar de registrar, que a função social da propriedade não interessa a classe dominante brasileira, pois é esta que detém, via de regra, o direito de propriedade. No caso, se estamos defendendo a relativização e restrições impostas ao direito de propriedade é extenuante de dúvidas que as normas relativas à função social e sua efetividade não são bem vistas pelo grupo de pessoas mais abastadas da sociedade.

A quem aproveita defender que a propriedade imóvel deve ter uma missão social a cumprir? Que o meio ambiente deve ser protegido, e os recursos naturais devam ser usados de forma racional, não havendo sua degradação?

Verificamos empresários inescrupulosos que só objetivam o lucro, não importando a destruição e poluição do meio ambiente, como também, a exploração do trabalho humano. Temos ainda casos no país de regime de semi-escravidão. É óbvio que a função social da propriedade não interessa a estas pessoas. Entretanto, o aplicador do direito, que deve ser isento de qualquer parcialidade, possui o dever de efetivá-la e aplicá-la em toda sua plenitude e intensidade.

É o que se verifica do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo em apreciação de matéria correlata com o tema em enfoque:

Processo: 021990192771 - Apelação Cível. Órgão Julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. Data de Julgamento: 20/08/2002. Data de Leitura: 12/11/2002. Relator Substituto Designado: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR. Vara de Origem: COMARCA DE GUARAPARI. Acórdão: CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. USO DO SOLO URBANO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. MEIO AMBIENTE. INTERESSE DA COLETIVIDADE. 1. O uso do solo urbano submete-se aos princípios constitucionais que informam a função social da propriedade, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem estar comum da sociedade. 2. Segundo precedente do STJ, "a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da

propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer" (RONS 8.766/PR). 3. Incide, no caso, a Lei Federal nº 6.766/79 e a Lei Estadual nº 3.384/80, com a redação do artigo 45 dada pela Lei nº 5.640/98, o que retira a eficácia de qualquer Lei Municipal que contrarie os citados diplomas legais. 4. A citada legislação não impede o parcelamento ou desmembramento do solo em determinadas regiões consideradas Zonas Especiais, dentre elas o Município de Guarapari, mas tão somente normativam a forma como se dará o fracionamento, para evitar abusos ou degradações do solo e do meio ambiente. 5. Recurso desprovido. Conclusão: A unanimidade, negar provimento ao recurso.

Sem dúvidas algumas, o acórdão acima evidencia com exatidão o sentido da função social da propriedade, realizando sua aplicação de forma a beneficiar o interesse coletivo em restrição a interesses particulares, com o devido compromisso com a preservação do meio ambiente e uso do solo urbano de forma adequada.

Entretanto, em contrapartida, analisando outro acórdão, este do Superior Tribunal de Justiça, me permito discordar, em parte, do entendimento esposado. Transcrevo o acórdão:

Processo: EDcl na IF 15/PR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA INTERVENÇÃO FEDERAL. 1992/0032907-1. Relator: Ministro ADHEMAR MACIEL (1099). Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL. Data do Julgamento: 17/12/1993. Data da Publicação/Fonte: DJ 09.05.1994 p.10787. Ementa. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATORIOS. INTERVENÇÃO FEDERAL. PEDIDO. "DUE PROCESS". ORGÃO COMPETENTE PARA JULGAR. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. EMBARGOS REJEITADOS. I- O EMBARGANTE ALEGA OMISSÃO DO ACORDÃO. PONDERA QUE QUEM PEDIU A INTERVENÇÃO FOI O JUIZ MONOCRATICO. A DECISÃO, ADEMAIS, FOI TOMADÁ PELA CORTE ESPECIAL E NÃO PELO PLENO. ELE NÃO FIGUROU NO PROCESSO ORIGINARIO (AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO). HOUVE, POR TUDO ISSO, VIOLAÇÃO DO "DUE PROCESS". POR OUTRO LADO, NÃO SE LEVOU EM CONTA QUE A "PROPRIEDADE TEM FUNÇÃO SOCIAL"; II- O JUIZ SINGULAR NÃO "PEDIU" A INTERVENÇÃO. INSTADO PELOS PROPRIETARIOS DAS TERRAS INVADIDAS, ELE TÃO-SOMENTE A "PROVOCOU", APOS INUMERAS TENTATIVAS FRUSTRADAS NA ESFERA ADMINISTRATIVA. QUEM A PEDIU FORMALMENTE FOI O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. A LEI N. 8.038/90, EM SEUS QUATRO ARTIGOS SOBRE A "INTERVENÇÃO FEDERAL", NÃO DETERMINA SEJA O JULGAMENTO FEITO PELO PLENO. ASSIM, VALENDO-SE DO VAZIO LEGAL, O RISTJ, ESTEADO NO INCISO XI DO ART. 94 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ATRIBUIU A SUA CORTE ESPECIAL O JULGAMENTO DO CASO (ART. 11, INC. VIII). NO PROCESSO ORIGINARIO (AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO), A EVIDENCIA, O EMBARGANTE NÃO PODERIA FIGURAR, POIS NÃO E PARTE. O MESMO, POREM, NÃO SE PODE DIZER QUANTO AO PROCESSO DE INTERVENÇÃO. **NÃO RESTA DUVIDA DE QUE A PROPRIEDADE DEVE TER FUNÇÃO SOCIAL. MAS, DESCABE AO JUDICIARIO EMBRENHAR POR TAIS SEARAS. SOLUCIONAR TAIS CONFLITOS SE ACHA UNICAMENTE NAS MÃOS DOS EXECUTIVOS FEDERAL E ESTADUAL. A QUESTÃO DOS "SEM-TERRAS", QUE E NACIONAL E NÃO LOCAL, E GRAVE E PREOCUPA A TODOS NOS. POR OUTRO LADO, UMA**

DECISÃO JUDICIAL, FORMADA ATRAVES DO REGULAR PROCESSO, DEVE SER CUMPRIDA E PRESTIGIADA, SOB PENA DA INSTALAÇÃO DE UMA VERDADEIRA ANOMIA, ONDE IMPERARIA A FORÇA BRUTA E NÃO A LEI E O DIREITO. III - EMBARGOS DECLARATORIOS REJEITADOS. Acórdão. POR UNANIMIDADE, REJEITAR OS EMBARGOS DECLARATORIOS.

Pela leitura do julgado acima, verificamos um grande receio do Judiciário em adentrar em problemas sociais. Veja a incongruência do entendimento que afirma que não resta dúvida que a propriedade deve ter função social, mas descabe ao Judiciário embrenhar por tais searas. Ora, a missão do Poder Judiciário é exatamente esta, ou seja, embrenhar-se pelas searas da função social, pois apenas afirmar que a propriedade possui função social, é “sino sem badalo”. É necessário que esta questão seja enfrentada com fervor, sem rodeios ou omissões. Sem sombra de dúvidas, que o problema dos sem terra é de competência do Governo Federal. Entretanto, o Judiciário ao apreciar ações relativas à função social, como no caso acima uma ação possessória, não pode relegar esta questão. Com certeza o Judiciário não irá resolver os problemas relativos aos sem terra e sem teto. Porém, a aplicação da função social nas ações judiciais é um importante meio de amenizar os desequilíbrios sociais fazendo-se justiça social como preconizado pelo Estatuto da Cidade em seu artigo 39 já citado acima, e igualmente, na área rural pelo Estatuto da Terra.

Como podemos observar, a função social da propriedade não é tema tão recente. O Supremo Tribunal Federal em 1942 (Pleno, j. 17.06.1942, rel. Min. Castro Nunes, RT 147:785) já havia se manifestado a seu respeito em acórdão brilhante, que me permito transcrever:

A antiga noção de propriedade que não veda ao proprietário senão o uso contrário às leis e regulamentos, completou-se com a da sua utilização posta ao interesse social; a propriedade não é legítima senão quando se traduz por uma realização vantajosa para a sociedade.

Atualmente, verificamos um grande número de ações possessórias, petitorias, de usucapião e desapropriação em tramitação no Judiciário. A hora é agora. Os juízes e promotores tanto de primeiro e segundo grau devem mencionar e analisar em suas decisões e pareceres a função social da propriedade, que não pode mais passar desapercibida. O promotor de justiça como fiscal da lei deve atentar-se para

o princípio em seus pareceres. Os advogados necessitam questionar em suas petições a função social da propriedade, tanto no direito de ação, quanto no direito de defesa para que haja mais e mais acórdãos com esta visão do acima citado do Supremo Tribunal Federal. Caso o magistrado deixe de se pronunciar quanto à questão suscitada da função social, embargos de declaração devem ser interpostos para sanar eventual omissão.

A função social está intrinsecamente relacionada à propriedade privada. É correto afirmar que não mais basta o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade. É imperioso e necessário que o seu titular, ao utilizar o feixe dos poderes delegados e integrantes do direito de propriedade, esteja atento e sensibilizado com o dever imposto pela Constituição Federal. Deste modo, sem o cumprimento da função social que lhe foi imposta pela Carta Magna, a propriedade perde sua legitimidade jurídica, e o magistrado não poderá atribuir a proteção referente ao direito do proprietário, devendo o mesmo se submeter às sanções do ordenamento jurídico para ressocializá-la.

Neste sentido, COMPARATO (1997) explana:

O proprietário que não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (CC de 1916, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos fundamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem atenção às circunstâncias de cada caso que podem envolver o descumprimento de deveres fundamentais. (COMPARATO, 1997, p. 34).

A propriedade só preencherá suas funções essenciais, e que estão devidamente prescritas pelo ordenamento jurídico, quando estiver em total conexão com as instituições jurídicas que lhe são complementares. Não deve, pois o magistrado apreciar isoladamente, mas sim levar em consideração todas as questões e problemas relacionadas com ela, como as desigualdades sociais, os conflitos existentes, o fator histórico, etc. Pode parecer um trabalho extenuante, mas é necessária e imprescindível a análise destes fatores.

Como já exposto acima, por mais subjetivo que possa parecer o julgamento, quis o legislador, a meu ver, conferir ao aplicador do Direito uma certa dose de discricionariedade ao efetivar a função social, pois não estamos tratando de um conceito pronto, definitivo e acabado.

Certo é que, houve sensivelmente, uma redução do conteúdo do direito de propriedade. A regra atual é a conformação da atividade do particular às exigências sociais. O artigo 174 da Constituição Federal atual estabelece que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Desta forma, o Estado deve definir o conteúdo da situação jurídica subjetiva em face do direito de propriedade para controlar a atividade do sujeito titular e conseguir atingir o máximo social desejado da propriedade, efetivando a função social.

A meu sentir, a ausência de efetividade da função social no Processo Civil pode ser amenizada e suprida com aplicação do princípio da proporcionalidade, servindo o referido princípio como um *link* para se chegar a uma total efetividade da função social. A aplicação do princípio da proporcionalidade resultaria na aplicação da justa medida de Justiça, ou seja, um equilíbrio entre o direito de propriedade e sua função social, trazendo uma compatibilização da função social no ordenamento jurídico brasileiro. Igualmente, podemos usar o princípio da igualdade para atenuar as diferenças sociais, não só tratando todos de forma uniforme para aqueles que se encontrem em situação equivalente, mas devendo haver tratamento desigual para partes desiguais que se encontram em situações diferenciadas.

TÁCITO (1997) enfatizou a respeito do princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis:

A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico. A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania. A atribuição do judiciário no controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem

jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade. (TÁCITO, 1997, p. 495).

A função social usaria o suporte constitucional do princípio da proporcionalidade, que apesar de não estar literalmente expresso na Constituição Federal, encontra-se amparo no Estado Democrático de Direito e totalmente inserido dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da proporcionalidade se traduz na aplicação de alguns requisitos como a adequação, a necessidade (o meio mais benigno), a vedação aos excessos e a proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação propriamente dita).

Sem dúvidas, a própria Constituição Federal possui mecanismos e diretrizes para se realizar a efetivação da função social, ocasionando um perfeito equilíbrio entre o direito de propriedade e a sua função social.

O princípio da proporcionalidade é regra de grau superior, servindo para proteger e impor estrita observância aos direitos fundamentais, prescrevendo molde às leis para fins de filtragem de excessos às peculiaridades da situação.

O jurista BONAVIDES (2001), na obra “Curso de Direito Constitucional”, escreveu neste sentido a respeito do referido princípio:

Com efeito, cânone de grau constitucional com que juízes corrigem o defeito da verdade da lei, bem como, em determinadas ocasiões, as insuficiências legislativas provocadas pelo próprio Estado com lesão de espaços jurídicos fundamentais. (BONAVIDES, 2001, p. 359).

Desta forma, o princípio da proporcionalidade se torna um poderoso instrumento para dirimir controvérsias interpretativas ao fornecer subsídios para o esclarecimento de determinada disposição da norma, como no caso, o dispositivo constitucional relativo ao princípio da função social da propriedade. Tanto quanto as leis, e mais que elas, os princípios são fontes primárias do Direito e integrantes do ordenamento jurídico positivo.

Dentro desta vertente, temos o referido plano diretor previsto no Estatuto da Cidade que passa a ser um instrumento legal que, até certo ponto, pode adentrar no direito

de propriedade para tornar efetiva a sua função, impondo obrigações de fazer e de não fazer dentro de certos limites que não extrapolem os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Diante do todo o exposto no presente trabalho, partindo do sentido histórico da função social da propriedade e analisando seus conceitos ao longo de sua existência na filosofia e nos ordenamentos jurídicos, principalmente no Brasil, como também, a verificação de sua efetividade, não encontro motivo de ordem legal ou fundamentação suficiente que elida sua aplicação e efetivação no processo. É necessário que se tenha a função social da propriedade com um princípio constitucional, e não a veja como conceito jurídico indeterminado ou como norma constitucional programática.

Deve-se ainda, utilizar-se da aplicação subsidiária do princípio da proporcionalidade. Assim, não há como mais negar, a efetividade da função social está patente na nossa legislação atual, tanto na Constituição Federal, como no Código Civil e na Lei n. 10.257/2001.

Finalizando, é inconcebível que não haja a devida efetividade da função social no processo e nas ações que envolvam discussão sobre a propriedade, posse, usucapião, desapropriação e o meio ambiente. Tenho absoluta certeza, que os corajosos operadores do direito não se furtarão desta importante missão, o que, sem dúvidas, contribuirá para o aprimoramento da Justiça.

6 CONCLUSÃO

No presente trabalho pretendeu-se demonstrar que a noção de função social da propriedade evoluiu gradativamente no decorrer dos tempos até se incorporar, em definitivo, ao próprio conceito de propriedade, que, igualmente, também se modificou consideravelmente em face de tal transformação. No nosso ordenamento jurídico, não há mais como refutar que a propriedade civilista de 1916 é distinta da propriedade constitucional de 1988 e do atual Código Civil.

A propriedade está passando por uma releitura, adquirindo uma função social com o objetivo de contemplar os interesses coletivos, objetivando a promoção e realização do bem comum. A função social trouxe uma nova ordem ao proprietário, ou seja, além de possuir um poder sobre a propriedade, tem um dever correspondente para com toda a sociedade de usar esta propriedade de modo a dar a melhor finalidade e destinação com os olhos voltados para os interesses sociais.

A visão da propriedade privada, individualista e voltada somente para os interesses do proprietário está sendo ultrapassada pela idéia da propriedade atrelada ao cumprimento de uma função social.

A propriedade somente será efetivamente garantida e protegida por lei se estiver em conformidade com sua função social. Há para todo detentor de riqueza, a obrigação de empregá-la de acordo com uma finalidade social. A função social se opõe ao exercício egoístico do direito de propriedade. As ações do proprietário refletem diretamente na coletividade em que vive. Atualmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo, sendo importante para se ter uma qualidade de vida. Todos estes valores que atingem as gerações atuais e futuras devem incorporar ao exercício do direito de propriedade. A função social da propriedade se preencherá de ações desenvolvidas com base nestes valores sociais.

A Constituição Federal de um país representa um conjunto de valores que prepondera em determinada época, alguns decorrentes da própria realidade social e outros das concepções de uma nova ordem social desejada ou já alcançada por

outros países. Assim, poderemos chegar ao que fora consignado de forma extraordinária na Constituição alemã: “A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral”. Nesta vertente de raciocínio, deve-se buscar na propriedade o máximo de seu aproveitamento e sua maior produtividade, conjugando o lado econômico, fulcrado na utilização do bem, consoante com a sua destinação, com o lado social, que se corporifica no bem comum da sociedade.

A fruição plena dos direitos e garantias fundamentais é condição imprescindível para a construção e realização de uma sociedade justa e igualitária, na qual cada indivíduo deve ser livre para expressar sua vontade e exercer a cidadania de forma plena a fim de que não prevaleçam os interesses de grupos e classes. Nesse ambiente, em que há liberdade e igualdade, como também, respeito aos direitos e garantias fundamentais, que constitui o ponto de partida para a real efetivação da função social da propriedade em nosso ordenamento jurídico.

A função social deve ser entendida como um dever para a satisfação das necessidades e interesses da sociedade, refutando a postura conservadora que insistia em exaltar a propriedade na sua visão individualista, cuja utilização era deixado ao alvitre somente do interesse do proprietário.

De toda a forma, deve-se sempre atentar que o princípio da função social da propriedade, não obstante estar inserida no ordenamento jurídico brasileiro, necessita, urgentemente, passar a integrar a prática jurídica nas múltiplas ações judiciais citadas, como também, nas relações econômicas e sociais. É necessário que o legislador cada vez mais procure realizar a definição dos parâmetros desta função social e os magistrados conferir toda a dimensão relativa a este princípio, rechaçando o uso anti-social da propriedade. Igualmente, no que tange à conduta do proprietário, há atos a serem refutados: todos aqueles que não lhe signifiquem qualquer comodidade ou utilidade e também aqueles que têm a intenção de prejudicar outrem.

Concluindo, não verifico qualquer obstáculo ou impedimento no nosso ordenamento jurídico para justificar a não aplicação da função social da propriedade no processo e, via de consequência, nas ações judiciais, especialmente aquelas citadas no presente trabalho. A efetividade deste princípio no processo só depende da

criatividade e coragem dos operadores do direito para operar os dispositivos constitucionais atinentes, relacionando-os e aplicando-os aos casos concretos. Desta forma, ao final desse estudo, espero ter contribuído para um pequeno avanço na compreensão dos elementos jurídicos envolvidos na difícil tarefa da efetividade da função social da propriedade no processo.

7 REFERÊNCIAS

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. **In Problemas e Reformas : Subsídios para o Debate Constituinte**, OAB, São Paulo, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Hermenêutica e interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editor, 1999.

BERTRAN, José Neure. **Propriedade privada e função social**. Curitiba: Juruá, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BORGES, Tormimn. **Institutos básicos do direito agrário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

BULOS, Vadi Lamêgo. **Função social da propriedade**. São Paulo: Ciência Jurídica, v. 63, 1995.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CHAGAS, Marco Aurélio Bicalho de Abreu. A doutrina da função social da propriedade no direito agrário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1669>>. Acesso em: 06 set. 2005.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de Direito Romano**. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957.

COMPARATO, Fábio Conder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, set./dez 1997.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação**: questões atuais e polêmicas. Curitiba: Juruá, 2005.

COSTA, José Rubens da. **Síntese histórica da propriedade imóvel**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

COSTA, Moacir Lobo da. **A propriedade na doutrina de Duguit**. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A nova proteção possessória. *In*: CHAGAS, Sílvio Donizete (org.). **Lições de direito civil alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

D'ANGELO, Fiorela. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: [s. n], 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. **Desapropriações para fins urbanísticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DESLANDES, Suely Ferreira. **Teoria, método e criatividade**: pesquisa social. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

DUALDE. **La propiedad no es la propiedad**. Barcelona: Bosch, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FILHO, Benjamin de Oliveira. **A teoria do direito objetivo de Leon Duguit**. Rio de Janeiro: Graphico Villani & Barrero, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Discricionariedade e Estado intervencionista - aspectos constitucionais e administrativos**. Natal: Mimeo, 1997.

_____. Função social da propriedade na constituição federal. **Revista Jurídica In Verbis**, Curso de Direito da UFRN, Natal, 1995.

_____. Instituição da propriedade e sua função social. **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco**, Recife, v. 2, p. 457-488, 1997.

_____. Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988. **Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco**, Recife, v. 2, p. 467-495, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Trad. A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

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

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **Ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: RT, 1990.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HART, Hebert L. A. **O conceito de Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaires de droit administraif**. 2. ed. Paris: [s.n.], 1926.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HORTA, Raul Machado. A ordem econômica na nova Constituição: problemas e contradições. In: **A Constituição Brasileira de 1988: interpretações**. São Paulo: Atlas, 1988.

IHERING, Rudolf von. **El espíritu del derecho romano**. Tradução de Enrique y Satorres. México: Oxford University Press, 2001.

LARANJEIRA, Raymundo (Org.) **Direito agrário brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**: segundo tratado sobre o governo; ensaio acerca do entendimento humano. Tradução João da Silva Gama. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Malheiros, 1994.

MESSINEO. **Doctrina general del contrato**. Tradução de R.O. Fontanarrosa, Santiago Sentis Melendo e M. Volterra. Buenos Aires: EJE, 1986.

MIELLE, Giovanni. Funzione pubblica. *In*: **Novíssimo digesto italiano**. Roma: [s.n.], 1970. v. VII.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das coisas. Rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, José Diniz de. **Função social da propriedade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NEGRÃO, Theotônio. **Código civil e legislação civil em vigor**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 1995.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Questões processuais controvertidas**. São Paulo: LEUD, 1993.

OLIVEIRA, Juarez de. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de Outubro de 1988. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, 1948.

OPITIZ, Oswaldo; OPITIZ, Sílvia C.B. **Tratado de direito agrário**. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

PETERS, Edson Luiz. **Meio ambiente & propriedade rural**. Curitiba: Juruá, 2003.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. **Novo Código Civil**: nota ao artigo 188. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem das desigualdades entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

SAULE JUNIOR, Nelson. **O tratamento constitucional do plano diretor como instrumento de política urbana**. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudo e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos**: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Estatuto da Magistratura e Reforma do Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. **A Constituição na visão dos tribunais**. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO. Biblioteca Central. **Normatização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos**: guia para alunos, professores e pesquisadores da UFES. 6. ed. Vitória, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. **Elementos para uma crítica do Estado**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1990.