

FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

IDOVIDE DE FÁTIMA FERNANDES VAZ

**AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES E DEMOCRACIA: A
REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SITUAÇÕES
PROPRIETÁRIAS**

Curitiba

2011

IDOVILDE DE FÁTIMA FERNANDES VAZ

**AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES E DEMOCRACIA: A
REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SITUAÇÕES
PROPRIETÁRIAS**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil.

Orientadora: Professora Dra. Rosalice Figalgo Pinheiro

CURITIBA

2011

Termo de aprovação

À Deus. Obrigada!

À minha família: Edson (esposo amado); Thaís (que apenas com seus dezoito anos de idade, em seu primeiro vestibular para medicina, nos encheu de orgulho ao ser aprovada na Federal) e Thiane (doce criança, inspiração dos meus dias). Obrigada pela incessante compreensão, incondicional apoio e tolerância à minha recorrente ausência.

A Professora Rosalice Fidalgo Pinheiro pelas intervenções necessárias e apoio durante todo processo construtivo desta pesquisa.

Aos professores da UniBrasil, em especial à Professora Ana, cuja interferência e sugestões foram pontuais e de grande valia para a realização deste trabalho.

*“Quando a gente acha que tem todas as respostas,
vem a vida e muda todas as perguntas.”*

Luis Fernando Verissimo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO		08
 Capítulo 1 - O PERCURSO DE AFIRMAÇÃO E MITIGAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA		
1.1	DAS PROPRIEDADES À PROPRIEDADE: A CONCEPÇÃO UNITÁRIA DE PROPRIEDADE NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS.....	11
1.2	O ACESSO À TERRA E À PROPRIEDADE NO BRASIL EM TEMPO DE CODIFICAÇÃO.....	29
1.3	DA PROPRIEDADE ÀS PROPRIEDADES: A FRAGMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL.....	41
 Capítulo 2 – O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: AFIRMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO		
2.1	FUNDAMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	53
2.2	SENTIDOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA PLURALIDADE DE ESTATUTOS JURÍDICOS	64
2.3	O CONTEÚDO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EM FACE DAS TEORIAS INTERNAS E EXTERNAS DE RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	77
2.4	A FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE AOS VALORES EXISTENCIAIS: OS INTERESSES NÃO PROPRIETÁRIOS.....	89
 Capítulo 3 – AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES SOB OS CONTORNOS DA DEMOCRACIA		
3.1	DEMOCRACIA, IGUALDADE E PLURALISMO.....	97
3.2	A PROPRIEDADE EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO E A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA.....	104
3.3	A PROPRIEDADE EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA: A FUNÇÃO SOCIAL DOS ESPAÇOS URBANOS.....	123
3.4	DEMOCRACIA, IGUALDADE E PLURALISMO: A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SITUAÇÕES PROPRIETÁRIAS.....	141
CONCLUSÃO		151

REFERÊNCIAS.....155

RESUMO

Partindo da idéia de Paolo Grossi, presente na “propriedade e as propriedades na oficina do historiador” o propósito deste trabalho é revelar a pluralidade de propriedades tuteladas pela democracia, bem como, revelar as diversas situações proprietárias emergidas da própria relação do homem com a terra, e, integrá-las a um contexto social e democrático. Pretende-se ainda analisar a função social incidente sobre cada uma das propriedades reveladas, para constatar a realização de direitos fundamentais nas situações proprietárias. Diante de casos concretos como das Quebradeiras de Coco de Babaçu, o fundo de pasto da Bahia e do caso indígena da Raposa Serra do Sol, revelam-se outras situações proprietárias, alheias à concepção individualista e unitária de propriedade, desenhada pelas codificações modernas. Do mesmo modo os conflitos de moradia presentes nos espaços urbanos colocam em questão a função social da propriedade urbana em face do direito fundamental à moradia. Tais casos demonstram a existência de um jeito peculiar de viver, fazer e criar em relação à terra. Revelam que além de perfazerem outras situações proprietárias também existem funções sociais da terra e do território, que se dirigem à realização de um direito fundamental ao território. Desta forma, a presente dissertação se propõe a evidenciar as rupturas acarretadas na concepção moderna de propriedade e as diversas espécies de propriedades e suas funções sociais, ancoradas no princípio democrático, visando inserir a propriedade em um contexto de realização de direitos fundamentais. Como forma de viabilizar este trabalho, inicialmente procede-se a uma retrospectiva da concepção proprietária, cujo objetivo é analisar o discurso proprietário e o contexto de influências históricas européias e brasileiras que influenciaram a afirmação do direito de propriedade no Brasil. As Constituições brasileiras foi o cenário eleito para revelar o itinerário da função social da propriedade, seus fundamentos e sua discussão como limites internos e externos à propriedade, no intuito de descobrir seu papel na promoção dos interesses não proprietários e na realização de valores existenciais. Como hipótese de solução e acomodação das diferenças por uma pluralidade de situações proprietárias, respalda-se nas dimensões igualitária e pluralista de democracia, o fundamento capaz de romper com o ciclo de desigualdades promovidas pela concepção unitária da propriedade.

Palavras-chaves: Propriedade; Democracia; Pluralidade de Propriedades; Situações Proprietárias; Funções Sociais; Direitos Fundamentais Existenciais e de Moradia.

ABSTRACT

Starting from the idea of Paolo Grossi, in “Property and the properties in the historian’s workshop”, the purpose of this paper is to reveal the plurality of properties subordinated by democracy, as well as the several proprietary situations emerged by the relation of man with the land and to relate these situations in a social and democratic context. Also, there’s the intent of analyzing the social function of each of the revealed properties, to state the realization of the fundamental rights on the proprietary situations. In face of concrete cases such as “Quebradeiras do Coco de Babaçu”, “o fundo de pasto da Bahia” and the indian case “Raposa Serra do Sol”, another proprietary situations are revealed, not related to the individualistic and unitary conception of property, designed by modern codifications. Likewise the housing conflicts in the urban spaces question the social function of urban property in face of the fundamental right of housing. Such cases show the existence of a peculiar way of living, doing and creating when it comes to land. They reveal that besides making up another property situations, there are also social functions of land and territory that lead to the realization of a fundamental right of territory. In doing so, the present dissertation proposes itself to evidence the ruptures entailed in the conception of modern property and the many species of properties and their social functions, anchored in the democratic principle, in order to insert the property in a context of realization of fundamental rights. In order to enable this work, a retrospective of the proprietary conception was done, with the objective of analyzing the proprietary speech and the context of the European and Brazilian historical influences that influenced the affirmation of the property rights in Brazil. The Brazilian constitutions were the chosen scenario to reveal the itinerary of the social function of property, its fundamentals and its discussion as internal and external limits to property, with the purpose of finding its role in the promotion of interests non proprietary and in the realization of existential values. As a hypothesis of solution and accommodation of differences by a plurality of proprietary situations, endorsed in the pluralistic and egalitarian dimensions of democracy, the fundamental capable of breaking the cycle of inequality promoted by the unitary conception of property.

Keywords: Property; Democracy, Property Plurality; Proprietary situations; Social functions; Existential and housing fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Partindo da idéia de Paolo Grossi, presente na “propriedade e as propriedades na oficina do historiador,”¹ este trabalho tem por objetivo (i) revelar a pluralidade de propriedades tuteladas pela democracia, bem como, as diversas situações proprietárias emergidas da própria relação do homem com a terra, e integrá-las a um contexto social e democrático; (ii) analisar a função social incidente sobre cada uma das propriedades reveladas, para constatar a realização de direitos fundamentais nas situações proprietárias; (iii) investigar se a concepção proprietária individualista ainda tem prevalência, e a forma que está se tutelando interesses e inclusão dos não proprietários no contexto da propriedade e das propriedades; (iv) analisar a dimensão democrática de realização de igualdade, e as constantes reivindicações sociais que surgem a cada dia em maior proporção acarretando a criação ininterrupta de novos direitos.

Diante de casos concretos como das Quebradeiras de Coco de Babaçu, o fundo de pasto da Bahia e do caso da Raposa Serra do Sol revelam-se outras situações proprietárias, alheias à concepção individualista e unitária de propriedade, desenhada pelas codificações modernas. Do mesmo modo, os conflitos de moradia presentes nos espaços urbanos colocam em questão a função social da propriedade urbana em face do direito fundamental à moradia. Tais casos demonstram a existência de um jeito peculiar de viver, fazer e criar em relação à terra. Revelam que além de perfazerem outras situações proprietárias também existem funções sociais da terra e do território, que se dirigem à realização de um direito fundamental ao território. Desta forma, a presente dissertação se propõe a evidenciar as rupturas acarretadas na concepção moderna da propriedade e as diversas espécies de propriedades e suas funções sociais, ancoradas no princípio democrático, visando inserir a propriedade em um contexto de realização de direitos fundamentais.

Conforme Samantha Chantal Dobrowolski,² a democracia é chamada para ajustar e integração as novas demandas sociais, conjugando liberdade e igualdade em relação a propriedade e explicar problemas sociais históricos (antigos), bem

¹ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, pp. 01 a 84.

² DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 209.

como, dar respostas para novos direitos.³ Como forma de dar respostas, a Constituição República revela a pluralidade de propriedades e suas funções sociais imanentes, bem como permite que outras situações proprietárias se manifestem.

Nesta perspectiva a democracia ainda revelaria outras espécies de propriedades de ordem coletiva, e totalmente estranhas a concepção civilista, decorrentes conforme Paolo Grossi da relação do homem com a terra,⁴ ligados a fins existenciais comunitários e coletivos, como por exemplo, as situações proprietárias nas comunidades tradicionais e nos espaços urbanos.

Diante desse contexto, cumpre descobrir se a função social é um princípio que está atrelado à concepção unitária de propriedade, aquela recortada pelas codificações modernas, ou se ela também incide sobre uma pluralidade de outras situações proprietárias, adquirindo contornos mais específicos. É neste momento conforme Carlos Frederico Marés que passa a se falar da função social da terra,⁵ do território conforme Andrea Alves Sá⁶ e dos espaços urbanos.

O trabalho foi dividido em três capítulos. Inicialmente procedeu-se a uma retrospectiva do direito de propriedade, visando localizá-las no contexto social, político e econômico do século XIX. O discurso proprietário inserido nas codificações modernas ocupou este itinerário, destacando-se a evolução jurídica da propriedade e sua construção, em retrospectiva histórica. No primeiro capítulo, ainda se procedeu a um resgate histórico da propriedade privada no Brasil, analisando os reflexos do regime das sesmarias em sua afirmação jurídica no Código Civil de 1916. Ao final deste capítulo, a propriedade ainda foi debatida em face dos valores

³ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 241.

⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, p. 07. O autor menciona a possibilidade de se falar em outras situações proprietárias não individual (excluindo nesta perspectiva propriedades coletivas determinadas pelo civilismo, tais como: condomínio, pessoa jurídica ou de Estado), mas situações proprietárias reveladas da simples relação do homem com a terra.

⁵ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 116. Segundo o autor quem tem uma função social a cumprir não seria a propriedade, mas sim a terra, pois a primeira seria apenas um conceito abstrato, enquanto que a terra independe de qualquer intervenção ou titulação humana para fazer ser social, pois o social estaria ligado ao uso do bem e não ligada a um direito.

⁶ SÁ, Andrea Alves. Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil). 2009, p. 161. A autora menciona que teria sido a própria Constituição de 1988, ao inserir uma diversidade de propriedades, dentre as quais o próprio patrimônio cultural teria reconhecido espaço territorial para as comunidades que fazem uso diferenciado da terra.

recepçionados pelas Constituições brasileiras, ao longo do século XX, resultando no acolhimento do princípio da função social e de uma pluralidade de estatutos proprietários.

O segundo capítulo destaca-se o princípio da função social da propriedade, seus fundamentos e relação com o princípio do solidarismo, bem como, a ancoragem da função social da propriedade nas Constituições brasileiras, encontrando a especificidade do princípio diante da pluralidade de situações proprietárias. Por fim, colocou-se em discussão se a função social constitui-se em um limite interno ou externo à propriedade e o caráter complexo da relação jurídica de pertencimento.

No terceiro demonstrou-se a ruptura com a concepção de propriedade desenhada pelas codificações, sob contornos individualistas, reconhecendo-se a necessidade de inclusão social de situações vivenciadas na relação do homem com a terra ou com os espaços urbanos, nos quais o interesse do titular sucumbe aos interesses dos não proprietários. Como hipótese para viabilizar a ruptura com o individualismo e inclusão social destas outras situações proprietárias o trabalho será ancorado no princípio democrático, principalmente na sua perspectiva igualitária e pluralista. Por fim, buscou-se analisar se a democracia social está presente na Constituição Federal de 1988, e, qual seu efetivo papel na realização de direitos fundamentais tanto nos espaços urbanos como nos não urbanos, bem como a revelação de novas funções sociais emergidas da análise dos casos concretos.

Capítulo 1 - O PERCURSO DE AFIRMAÇÃO E MITIGAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA

1.1 DAS PROPRIEDADES À PROPRIEDADE: A CONCEPÇÃO UNITÁRIA⁷ DE PROPRIEDADE NAS CODIFICAÇÕES MODERNAS

Em um primeiro momento a propriedade aparenta ser um tema esgotado, em face do amplo debate que a cerca na contemporaneidade. Mas tal constatação é falsa. A cada passo que se dá em direção à propriedade, mais evidente fica a necessidade de apuração teórica, pois o tema retrata o percurso histórico⁸ de um sistema jurídico. Daí “a importância capital da análise do direito de propriedade como fator de observação para se apurar a evolução jurídica de nosso tempo.”⁹

Falar de propriedade é falar da terra, de pertencimento e da relação entre homem e objeto. Para Paolo Grossi: “Talvez nenhum discurso jurídico seja talvez tão permeado de bem e de mal, tão temperado por visões maniqueístas quanto o que versa sobre a relação homem-bens.”¹⁰ Isto se dá, segundo o autor, porque são muitos os interesses em jogo, principalmente os econômicos, resultando, “o modesto

⁷ PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietá nel nuovo diritto**. 1954. A propriedade como concepção unitária se perfaz através da forma codificada sob a caracterização individualista, simplificada e direcionada aos poderes proprietários, sem interferências de outros interesses, a exemplo da codificação napoleônica, art. 544 e 1134/1 (neste sentido ver nota 56). Cumpre destacar que as primeiras críticas a concepção unitária de propriedade forma feitas por Salvatore Pugliatti, cuja teoria era no sentido de que não haveria “a” propriedade, mas “as” propriedades, do que se verificaria a necessidade de desintegração conceitual do instituto é resultado da obra clássica de Salvatore Pugliatti na qual propõe as propriedades em contraposição a concepção unitária de propriedade. (ver nota 129)

⁸ Para compreensão do percurso histórico da propriedade será necessário retroceder ao contexto evolutivo da propriedade, ou seja, desde a concepção coletiva da propriedade, sua estreita ligação com religião, família, política e Estado; do feudalismo e o valor político da propriedade; a Revolução Francesa e a divisão histórica proporcionada: da qual se concebe o antes e o depois da propriedade privada; o Estado Moderno; o liberalismo e as codificações, sua concepção no Brasil e conseqüentes codificações e constitucionalizações; e, por fim a derradeira marcha de propriedade com estrutura funcionalizada.

⁹ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 29.

¹⁰ GROSSI, Paolo. História da propriedade e outros ensaios. 2006, p. 10. O autor convida a todos a olhar contra a luz o título: “A propriedade e as propriedades, um singular e um plural estanhamente associados, pelo menos na linguagem habitual da ciência jurídica italiana; se não em oposição, ao menos em função abertamente dialética. Um singular humilhado e depauperado por aquele plural, mas que não desaparece nele; um plural que adquire seu significado mais pleno somente se confrontado com e referindo-se àquele singular. Um instituto, em suma, do qual se deve sublinhar a relatividade, mas que é sempre uma relatividade incompleta, porque aquele plural é sempre obrigado a ajustar as contas com aquele singular, sempre sobre aquelas propriedades grava a sombra ameaçadora da propriedade.”

instituto jurídico que é conveniente tutor de determinados interesses de ordem e de classe, é subtraído à relatividade do devir e conotado de caráter absoluto.”¹¹

O instituto proprietário representa sempre um mínimo de pertencimento, de poderes exclusivos e dispositivos conferidos a um determinado sujeito pela ordem jurídica. Falar somente de propriedade, mesmo que no plural, significa ficar bem fechado no nicho da cultura do pertencimento individual.¹²

É neste ambiente entre o homem e os bens, que se busca entender as razões e a forma com que foi concebido o discurso da propriedade privada imobiliária no Brasil em detrimento de outras espécies de propriedades vigentes à época da institucionalização da propriedade privada quando implantado no Brasil o sistema das sesmarias pela coroa de portuguesa. Dentre as propriedades ignoradas pelo sistema luso, se podem adiantar aquelas chamadas propriedades das comunidades tradicionais, como por exemplo, dos índios, cujo uso e gozo da terra se davam de forma coletiva.¹³

No entanto, antes de aprofundar a concepção da propriedade privada brasileira, será analisada a forma como foi efetivada a propriedade privada no contexto continental europeu, na passagem do século XVIII para o século XIX, para só então analisar possíveis prejuízos acarretados pelo processo de transformação da propriedade coletiva em propriedade individual e seus reflexos na contemporaneidade.

De acordo com a intensidade das forças políticas e econômicas de cada época é possível enxergar uma divisão bem acentuada na curva histórica do direito de propriedade no Ocidente em três períodos distintos: um primeiro, que abraça um longo tempo decorrido desde a Antiguidade Romana mais remota até o Baixo-Império; um segundo, que se inicia com as grandes invasões e se estende por toda

¹¹ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 10. Nesta obra o autor analisa a propriedade como mentalidade jurídica e afirma: : “A propriedade, as propriedades – dissemos acima e repetimos agora como axioma respeitável – antes de ser paisagem são mentalidades.” O autor afirma que o jurista analisará os fatos com base no valores e nas suas experiências, e este é o terreno da mentalidade. (p.30)

¹² GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 06.

¹³ Como será demonstrado mais adiante no capítulo 3, quase três séculos depois foi resgatada a propriedade coletiva em casos concretos como da favela do Pullman e no caso da Raposa Serra do sol, pelo conteúdo da função social vigente no texto constitucional de 1988.

a Idade Média até o século XVIII; um terceiro, que é coetâneo do individualismo liberal até os nossos dias.¹⁴

Portanto, as transmutações do sistema jurídico ligam-se ao direito de propriedade, a tal ponto de se dizer que o germe da transformação histórica está impregnado na propriedade.¹⁵ Assim, diante da premissa da constância de transformações na estrutura proprietária é possível constatar através da evolução histórica da propriedade que antes de ser privada, a propriedade tinha apenas conotação coletiva. Pois, relata a história que nas antigas civilizações, como, Egito, Síria, Mesopotâmia,¹⁶ a propriedade das comunidades gentílicas, compostas pelo clã, grupos familiares e tribos, era essencialmente coletiva.

O individual não tinha relevância, o que contava era sempre o coletivo, pois, a terra pertencia ao grupo social. A ligação da família e o vínculo com seus pertences pode também ser citado como um elo entre propriedade privada e coletiva. Para Caio Mário Pereira:

É através da propriedade familiar, traduzida pela apropriação coletiva dos bens do grupo, sob a direção do chefe, que podemos distinguir a vida jurídica das populações arianas primitivas, antes que penetrassem na bacia mediterrânea e fossem assentar as bases da civilização que seria a romana. É também na impraticabilidade da concentração pessoal do domínio que podemos definir a organização patriarcal do tipo bíblico.¹⁷

Nessa fase, o homem começa a traçar vínculos com seus pertences, pois o que podia ser caracterizado como bem particular eram apenas os utensílios fabricados pelo homem, pelo vínculo místico que mantinha com eles.¹⁸ Sendo desta

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 24.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 24.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 1030.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 25.

¹⁸ Sobre a ligação originário da propriedade privada com a família ver: ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder, 16ª ed. 2002.

realidade primitiva como se verá que a propriedade evolui, por assim dizer,¹⁹ para uma propriedade individualizada.²⁰

A história da terra revela rupturas acarretadas conforme cada período vivenciado pela humanidade em face até mesmo do surgimento de novas necessidades. Cada período histórico é marcado por revoluções e crises em torno da concepção da propriedade, como por exemplo, ainda “na época de Justiniano, unificavam-se vários conceitos de propriedade concentrando, sob todos os aspectos, no *proprietas est jus utendi et abutendi* (...).”²¹ Portanto, a propriedade era concebida de forma absoluta. Paolo Grossi aponta outras crises que levaram a uma modificação na estrutura da propriedade, tais como: “Abandonos e colonizações de terras, crises produtivas, crises demográficas, alternâncias nas situações de força dos cedentes ou os concessionários foram pouco a pouco identificados como motivos subterrâneos do modificar-se das estruturas proprietárias.”²²

O percurso da propriedade privada, inicialmente tornou-se relevante na Idade Moderna. É nesta fase que a propriedade começa a se revelar totalmente individualizada, atraindo um conceito de acordo com aquela época, ou seja: “de propriedade moderna”. Surgindo como “um produto histórico que, por ter se tornado bandeira e conquista de uma classe inteligentíssima, foi inteligentemente camuflado como uma verdade”²³. Acrescenta Paolo Grossi:

Internacionalmente o universo do pertencimento tomou forma no curso da idade moderna – e sobretudo se cristalizou nas reflexões e na práxis do século XIX – um singular arquétipo jurídico, que poderíamos qualificar – por enquanto, bem entendido, salvo um posterior retorno a ele para precisá-lo

¹⁹ Evolução pode ser vista como retrocesso, muito embora não se vise nesta pesquisa negar nem o papel da propriedade individualizada, nem sua legitimidade, apenas visa-se direcionar o olhar para outras formas proprietárias que não só a privada, bem como, o verdadeiro papel da função social e do princípio democrático, e quem sabe permitir um diálogo democrático entre propriedade privada e outras concepções proprietárias e realizar direitos fundamentais.

²⁰ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 2008, p. 1020, destaca ainda: A propriedade sob o enfoque conceitual etimológico, “deriva do latim proprius e significa: “que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (nesse caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu. (...) a etimologia oferece os traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de um universo e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente. O conceito que daí emerge é de “objeto que pertence a alguém de modo exclusivo”, logo seguido de da implicação jurídica: “direito de possuir alguma coisa”, ou seja, “de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites”.”

²¹ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural**. 2000, p. 19.

²² GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 22 e 23.

²³ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 12.

melhor – napoleônico-pandectístico, isto é, uma noção de propriedade não somente resolvida na apropriação individual mas em apropriação de conteúdos particularmente potestativos.²⁴

Dentre os acontecimentos históricos que influenciaram o caminho da concepção coletiva para uma concepção individual de propriedade está o feudalismo medieval,²⁵ vivenciado primeiramente na Europa, entre os séculos VIII e IX, delineando a concepção da propriedade imobiliária agrária, símbolo do poder político, social e econômico da época, despertando o acúmulo de capital e conseqüente interesse do capitalismo.²⁶

Desta forma, o feudalismo é destacado como um marco na concepção da propriedade. Acarretado pelo fim da escravidão, desencadeou a servidão, onde as terras eram fracionadas pelo chamado “*dominium divisum*”, concepção tipicamente feudal, “(...) isto é, de uma propriedade dividida entre vários domina, possuidores de títulos diversos sobre uma mesma coisa.”²⁷ Durante o período do feudalismo a posse era garantida como forma de emprego da força de trabalho e, assim explorar de forma eficaz a terra é dar continuidade à geração de riquezas.²⁸

O sistema feudal definiu com o surgimento da Revolução Francesa ocorrida no ano de 1789. Este acontecimento histórico contribuiu para valorização econômica da propriedade e na sua concepção moderna, para Carlos Frederico Marés: “Marco jurídico fundamental da propriedade moderna é a revolução francesa

²⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 12.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 490. O autor traz uma definição pontual do feudalismo: “O sistema feudal na sua maturidade outra coisa não é senão o produto da tentativa régia, parcialmente conseguida, de substituir uma nova classe dirigente de origem monárquica pelas velhas castas dirigentes, formadas tradicionalmente, pelos diversos grupos étnicos populares germânicos.” O feudalismo representava a crise dos níveis culturais e sociais da Idade Média (sec. VIII-IX).

²⁶ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural**. 2000, p. 19.

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 1032.

²⁸ SANTIAGO, Theo. **Do feudalismo ao capitalismo: Uma discussão histórica**. 3ª ed. 1998, p. 29. O feudalismo se apresentou como uma saída para o fim da escravatura. E, diante da necessidade de explorar a terra, originou-se outra forma de trabalho: a servidão. A propriedade dentro do contexto histórico do feudalismo podia ser resumida em dois objetos: a propriedade sobre as terras e uma propriedade limitada sobre o próprio camponês, sem esta última não realizava a primeira propriedade, pois as terras dependiam da força braçal para produzir. O sistema feudal permitia que o proprietário dividisse suas terras em duas partes, segundo o autor: “A primeira, de ampla extensão, é explorada por ele mesmo ou por seus agentes diretos e abriga, em seu centro, as habitações do dono, umas construções que servem para exploração agrícola e diversas oficinas; (...). A segunda propriedade, “(...) achava-se fracionada em pequenas parcelas (tenures) concedidas a camponeses de condição mais ou menos livre.” Eram mais ou menos livres, pois além de trabalharem nas terras do “dominus directum”, ainda tinham que entregar uma parcela do que produziam nas suas “dominus utile”, ao senhor, representando uma espécie de imposto.

e a elaboração das constituições nacionais. A revolução francesa foi o coroamento de um longo processo de lutas e transformações por que passou a Europa, com a reforma, a revolução inglesa e a holandesa que fez finalmente da burguesia a senhora do poder civil da sociedade.”²⁹

Sobre o acontecimento histórico da Revolução Francesa, segundo Caio Mário Pereira: “(...) foi um acontecimento de raízes profundas, de tão grande alcance social que se chega a dividir a história à vista das transformações que causou. Não passaria da superfície o movimento se deixasse intacto o conceito medieval do domínio, e, disto conscientes, aqueles homens revolucionaram também a noção de propriedade.”³⁰

Como resultado surge uma classe dominante, cujos interesses predominantes eram econômicos e políticos, para Luiz Edson Fachin: “a propriedade alterava suas concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia.”³¹ Desta forma, a propriedade privada imobiliária passa a ter conotação econômica pelas mãos da burguesia, cuja pretensão era de exercer poder absoluto sobre a propriedade imobiliária e poder transferi-la.³² Esta pretensão se tornou realidade com a codificação napoleônica.

No entanto, a Revolução Francesa acentuou ainda mais a desigualdade entre os homens, pois “cada um passou a valer menos pelos títulos de nobreza e mais por seu patrimônio. A propriedade privada passou a ser considerada pilar estrutural dessa nova sociedade.”³³ Assim, no período da Idade Moderna a sociedade “constituiu uma nova idéia de mobiliárquica, e fundou a aristocracia econômica. O homem valendo pelo que tem, cada um procura mais ter, construir a sua fortuna, como forma de influir.”³⁴ Esta ideia de propriedade imobiliária privada totalmente individualizada começa a se difundir universalmente.

Desta forma, a Revolução Francesa foi um marco para a transformação da propriedade imobiliária privada. Para Luiz Edson Fachin “a Revolução Francesa

²⁹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 18.

³⁰ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 27.

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. 1998, p. 16.

³² Deste ideal burguês é que se relaciona propriedade privada e contrato, ver nota 61, 62, 67 e 78.

³³ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural**. 2000, p. 20.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 28.

procurou dar um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos, (...).³⁵ Neste sentido segundo Eroulths Cortiano Júnior: “A Revolução Francesa decretou destruição do feudalismo e a supressão da propriedade parcelada, criando um modelo proprietário de feição liberal-individualista (...).³⁶ Este último acontecimento ensejou uma nova ordem: a do Estado Moderno.³⁷

Assim como a propriedade foi um grande marco da Revolução Francesa e para o feudalismo, a liberdade se torna imprescindível para o direito moderno, pois, somente homens livres da exploração do feudalismo, poderiam ambicionar igualdade quanto aos bens imobiliários, e contratar com os ideais do sistema capitalista, ou seja, manipulados pelo sistema econômico. Desta maneira assevera Carlos Frederico Marés:

(...) o Estado moderno foi teoricamente construído para garantir a igualdade, a liberdade e a propriedade. Dito de outra forma, a função do Estado, no momento de sua constituição, era garantir a propriedade que necessita da liberdade e igualdade para existir. Só homens livres podem ser proprietários, podem adquirir propriedade, porque faz parte da idéia da propriedade a possibilidade de adquiri-la e transferi-la livremente. A igualdade é, por sua vez, essencial para a relação entre homens livres, somente o contrato entre iguais pode ser válido.³⁸

A ligação da propriedade privada imobiliária ao Estado Moderno remete a outra reflexão de Paolo Grossi feita no momento de diferenciar propriedade medieval de propriedade moderna, questionando: “onde está o ‘moderno da propriedade’? E quando poderemos colher a inauguração de uma propriedade ‘moderna’?”³⁹ Acrescentando que a propriedade medieval “consiste na organização da sua complexidade e na valorização de sua natureza composta, já o moderno da

³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. 1998, p. 16.

³⁶ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 93.

³⁷ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 20. O autor menciona vários fatores que contribuíram para a construção do discurso proprietário: O feudalismo, a burguesia, o papel das luzes e da razão, o Estado moderno, o iluminismo, a sociedade atomizada, liberdade e a igualdade entre sujeitos de direito subjetivos, a titularidade, o Estado sistematizado, o código.

³⁸ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 18.

³⁹ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 63.

propriedade está todo no descobrimento da sua simplicidade.”⁴⁰ Portanto, segundo o autor o moderno da propriedade é deixá-la presa a uma estrutura cercada por simplicidade que não refletiria em um dado exterior em quantidade mas, qualidade essencial, desta forma:

A marcada idéia da simplicidade não é de fato inócua, mas tem um supremo relevo teórico: separa o pertencimento do condicionamento a complexidade das coisas, faz dela o espelho não mais da complicada realidade fenomênica mas sim da unicidade do sujeito, desvincula-se da sua projeção objetiva para ligá-la indissolúvelmente a ele. A simplicidade testemunha a escolha de tirar o *dominium* das variações do contingente para torná-lo absoluto no âmbito do sujeito, inserindo-o o mais possível no interior dele.⁴¹

As transformações da propriedade são constatadas nas entrelinhas do processo de transmissão do sistema feudal para a formação do próprio Estado moderno, pois: “A formação do Estado moderno, de cor liberal, e a hegemonia das idéias burguesas assentam numa visão individualista da sociedade, que marca o tempo e o espaço da construção do discurso proprietário.”⁴² Diante da crise estrutural do feudalismo, abre-se caminho para o Estado absolutista que concentra o poder, ensejando uma idéia de soberania e territorialidade, cujo o espaço foi ocupado para preparar terreno para o Estado Liberal, afirmando Eroulths Cortiano Júnior: “Estes fatores serão aproveitados na formação do Estado liberal para permitir a governabilidade, ainda que sob outra visão do poder.”⁴³

O objetivo do liberalismo era limitar a ação do Estado no âmbito das relações privadas, principalmente no que dizia respeito à forma da concepção da propriedade. “*A concepción Del Estado de derecho liberal permite conciliar la positividad del derecho (artificialidade del orden) com la defensa de la propiedad privada y la libertad individual, (...)*,”⁴⁴ Assim, “permitia a realização do espírito da época, o individualismo jurídico próprio do pensamento liberal, (...).”⁴⁵

⁴⁰ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 67.

⁴¹ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 68.

⁴² CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 40.

⁴³ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 41.

⁴⁴ BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. 1996, p. 64.

⁴⁵ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. 1994, p. 72. “*Mais tarde a reflexão gira em torno do papel do Estado de Direito no exercício da autonomia privada, o que resultará na inevitável interferência no subjetivismo, sob o risco do esmagamento da atuação do Estado nas crescentes complexidades*

A concepção de Estado⁴⁶ neste período, denominado de Estado de Direito Liberal, apresentava as seguintes características: submissão ao império da lei, já com idéia de ato delegado pelo povo ao poder legislativo; divisão de poderes; e, garantias expressas de direitos individuais, “(...) essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.”⁴⁷ Na análise de Eliseu Figueira:

O estado de direito liberal é o conceito que sintetiza o regime jurídico-político da sociedade que, com a ruptura dos vínculos feudais, consolida as novas relações econômicas e sociais adequadas ao desenvolvimento das forças produtivas, e cujos postulados fundamentais se resumem nos seguintes princípios: separação de poderes, princípio da legalidade, abstração e generalidade do sistema normativo entre a esfera pública e privada.⁴⁸

A regularização da propriedade privada imobiliária estava dentre os principais objetivos do liberalismo, cujas vantagens na época eram de simplificação e a aplicação do direito em forma de sistema jurídico. Portanto, o liberalismo inspirou a regularização da propriedade privada imobiliária pela Europa, desta forma

sociais, pois, o subjetivismo característicos da conscientização originária do século XIX tende a estrangular as ações estatais em prol do social.”

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3ª ed. 2008, p. 05. O discurso do Estado (cuja abrangência do lapso temporal delimitado nesta discussão é a partir do início do século XIX) é da ocorrência da existência de três fases distintas: “(...) a pré-moderna (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal).” Sendo que em cada uma dessas fases do Estado há um momento de racionalidade jurídica, na fase da pré-modernidade os símbolos de ordem são a lei e a codificação como ideais do liberalismo. Já na fase modernidade a ordem estava a cargo do juiz, e, finalmente na fase do pós-modernismo o paradigma é o caso concreto. Ainda, neste sentido arremata o autor que : “o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.”

⁴⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. 2002, p. 112 e 113.

⁴⁸ FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. 1989, p. 63, 64 e 65. A separação dos poderes permite separar e distanciar as ações monopolísticas do monarca, pois as leis ficariam a cargo do parlamento; ao juiz a função judicial, “para assim garantir que um grupo social não possa sobrepor-se a outro.” O princípio da legalidade representava o Estado de direito, “portanto, para que o Estado possa interferir nos direitos individuais, tem de apoiar-se numa lei geral e abstracta prevendo um número indeterminado de casos: por outro lado, os particulares embora possam auto-regulamentar os seus interesses segundo o princípio da autonomia da vontade, vão encontrar na lei os efeitos jurídicos atribuídos à verificação dos pressupostos aí previstos e cujos tipos eles, particulares, podem clausular nos negócios jurídicos entre si celebrados através do simples consenso.” A abstração e generalidade, é um a condição do próprio princípio da legalidade; o último pressuposto seria a separação entre público e privado, “isto significa que a violação das normas de direito privado não implica um processo de reintegração automática por intervenção dos órgãos estaduais, sendo deixada á iniciativa privada a solução dos conflitos surgidos entre particulares.”

ressalta Francisco Amaral: “Da ligação do jusracionalismo com o iluminismo surge a primeira grande onda de codificações modernas”,⁴⁹ dentre os quais estão: Código prussiano, Código Civil Francês de 1804 e o ABGB de 1812. Nas palavras de Paulo Lôbo:

A codificação, como método racional, teve importante papel no desmoronamento do sistema de valores do velho regime, que ancorava na autoridade e no status social. A maximização do progresso material individual e ilimitado, exigente de normas certas, claras e precisas, para a segurança dos negócios, e a definição das conquistas liberais contra a intervenção do Estado na órbita privada, especialmente a defesa da propriedade individual, redundaram na codificação civil moderna.⁵⁰

O processo de codificação permitiu a separação entre público e privado, este último legítimo para regular as questões de propriedade com igualdade entre todos os proprietários e não-proprietários, nas palavras de Eroulths Cortiano Júnior: “(...) as alterações no regime jurídico da propriedade, vista agora como afirmação da individualidade – portanto, da igualdade – e como direito absoluto.”⁵¹ Mais tarde, salvaguardada como direito fundamental, assim, como a vida e a liberdade. “A evolução jurídica culmina na declaração dos direitos de 1789, que proclama a Propriedade inviolável e sagrada, (...)”⁵²

Assim foi codificada porque saia de uma época de privação do direito à propriedade. A codificação apresentava ainda, na intervenção de Francisco Amaral: “(...) vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e a aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real”, o que explica o triunfo da codificação nos três séculos.⁵³

O Código foi guiado pelo racionalismo, desde o final do século XVIII. No entanto, esta é a realidade da Europa, porque no Brasil o relato histórico é de que o

⁴⁹ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. 1994, p. 67.

⁵⁰ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, 11. O autor ainda menciona que: “A codificação correspondeu, na esfera do direito privado, ao que foi a constituição política e a declaração de direitos na esfera do direito público, todas as expressões do credo liberal burguês. A codificação rejeita o direito natural, que, paradoxalmente serviu de legitimação para seu advento e de substituição do direito tradicional; para ela, o papel do direito natural tinha acabado.”

⁵¹ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 41.

⁵² BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 1034.

⁵³ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 123.

início da codificação do direito privado foi em 1822, sendo concluído em 1916. Portanto, na Europa já estava em vigor o Código Civil Francês de 1804 o Código prussiano e o ABGB de 1812, enquanto entre nós se concretizou apenas em 1916, quase um século depois.

Dentre as codificações do final do século XVIII a que teve grande destaque foi o Código Civil Francês.⁵⁴ A peça chave da codificação Napoleônica era a formalização do contrato e da propriedade, “(...) os grandes pilares substanciais do Código Napoleão residiam nos seus artigos 544 e 1134/1, respectivamente.”⁵⁵ Cujo conteúdo, era referente ao uso e o gozo dos bens.

O Código de Napoleão⁵⁶ traduz os penhores de seu tempo e sintetiza as ideias forças do direito no século XIX. E como este foi o grande lago sereno do individualismo jurídico, aquele foi cognominado com razão do Código da Propriedade, sendo o precursor na codificação unitária da propriedade.⁵⁷

Para Paulo Lôbo o Código de Napoleão também se encaixa dentre os grandes acontecimentos que ensejaram grandes transformações na concepção proprietária, caracterizando-se por ocasionar rupturas na concepção proprietária:

O *Code Civil* de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substitui a variedade o antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano; incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela evolução de 1789 e tentou tomar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e autossuficiente.⁵⁸

⁵⁴ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, p. 24 e 29. “(...) o Código Civil francês realmente repousa nos princípios da liberdade, igualdade de direitos e exclusão de privilégios, os chamados pilares da ordem burguesa, pelos quais se tornou conhecido; mas, ao mesmo tempo, manteve a forma de organização da família segundo o modelo autoritário e patriarcal existente anteriormente.”

⁵⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. 2001, p. 232.

⁵⁶ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. 2006, p. 107 e 108. O autor menciona que o Código de Napoleão solidifica o pensamento político de John Locke, em suas palavras: “O modelo de propriedade acolhido pelo Código Napoleônico é tributário do pensamento político de John Locke, para quem o fundamento da propriedade repousa no trabalho individual.”

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 27.

⁵⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 11. O autor destaca: “Portalis, um dos juristas que integram a comissão que elaborou o Código Civil francês de 1804, disse que a codificação era o espírito do método aplicado à legislação. E o método, no pensamento moderno, inaugurado por Descartes, era a capacidade de conhecer a verdade somente por meio de certos princípios lógicos e o exercício da liberdade diante de todas as opiniões anteriormente recebidas como verdadeiras.”

O percurso da propriedade privada seria ainda marcado pelo predomínio de capital, forçando a uma iniciativa de propriedade imobiliária. Desta forma, “(...) neste período começa a dar-se o fenômeno da chamada acumulação primária do capital, (...)”,⁵⁹ arrancados dos países colonizados, e com o desenvolvimento das indústrias manufatureiras. Ainda ocorre “(...) a formação paralela de uma mão-de-obra carente de tudo leva ao surgimento do moderno CAPITALISMO”.⁶⁰ Portanto, a propriedade dos meios de produção das indústrias também alavancou o surgimento da propriedade privada imobiliária, muito mais pelo interesse do capitalismo, do que da sociedade.

Para melhor compreensão na análise sobre a concepção da propriedade privada imobiliária, é relevante ainda analisar outro importante instrumento de transformação da concepção da propriedade e do manuseio da riqueza pelo capitalismo no Estado moderno: o contrato.

A primeira teoria sobre contrato se deu ainda no século XVII, coincidindo com o capitalismo nascente, sendo codificada pelo Código de Civil francês em 1804.⁶¹ Quando introduzido no Código Civil Francês, o princípio do “*solus consensus obligat*” “(...) era fruto de uma procura de equilíbrio entre a pretensão da classe comerciante, de apropriar-se dos recursos da terra, e as exigências da classe proprietária, em defesa da propriedade.”⁶² Celebrada pela burguesia ávida por autonomia e liberdade negocial, refletindo exatamente as aspirações da sociedade moderna, desta forma ressalta Enzo Roppo:

Uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra de modelo de organização econômica a cada momento prevalecente.⁶³

⁵⁹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 1033.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 1033. Cópia íntegra.

⁶¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1998, p. 25 e 26.

⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 542.

⁶³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1998, p. 24 e 25. O autor acrescenta que: “O contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido. (...) é evidente, por exemplo, que o contrato terá nos ordenamentos de tipo capitalista, uma certa configuração e um certo papel, tendo no ordenamento soviético e nos outros ordenamentos de tipo socialista uma configuração e um papel objectivamente diferentes (...).”

A análise dos efeitos do contrato na propriedade privada imobiliária deve ser comumente a análise da concepção de liberdade,⁶⁴ concedida como forma de vitalidade ao contrato e conseqüentemente a própria propriedade privada imobiliária.

Enzo Roppo entende que:

a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com sua natureza e com suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, e dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar).⁶⁵

Assim, ter liberdade para contratar nesta fase era vital para a própria realização dos objetivos capitalistas e da organização política e econômica do Estado. “Nos ordenamentos jurídicos da época moderna (século XVIII e XIX) propriedade e liberdade são intimamente ligadas.”⁶⁶ Pois era do interesse do capitalismo libertar o sujeito, dando ao trabalhador a impressão de que era proprietário de sua mão-de-obra, ou seja, que era livre para se vincular ou não, transferindo a legitimidade da propriedade de seu trabalho para o empregador (capitalismo). Na intervenção de Carlos Frederico Marés: “Quer dizer, a legitimidade da propriedade moderna está assente no contrato: se for legítimo, legítima será a propriedade. A acumulação de bens e o aumento do patrimônio de uns pelo trabalho

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 2008, p. 708 a 712. O autor traz diferentes formas de liberdade, mencionando que a palavra em si tem uma notável conotação laudatória. “Por esta razão tem sido usada para acobertar qualquer tipo de ação, política ou instituição considerada como portadora de algum valor, desde a obediência ao direito natural ou positivo até a prosperidade econômica” O autor cita o que seria liberdade para John Locke que atrelava a liberdade do homem na sociedade ao vínculo deste com o poder legislativo definido pelo Estado por consenso comum. Neste sistema, os homens são livres porque sua liberdade é limitada unicamente por normas em cuja elaboração puderam livremente participar. O autor cita ainda o que seria liberdade para Rousseau: os homens são livres na medida em que, livremente, cumprem essa obrigação, ou na medida em que foram “forçados a ser livres”. Por fim cita a liberdade de Montesquieu: A liberdade pode consistir somente em poder fazer aquilo que devemos querer. Todas estas definições de liberdade servem para colocar em dúvida qualquer outra definição de liberdade, o que aqui não se vislumbra é criar polêmica em torno do conceito, mas também não se pode deixar de alertar para a diversidade de conceitos. Bobbio citando Epicteto: “*Não adquirimos liberdade satisfazendo o que desejamos, e sim eliminando o nosso desejo.*”

⁶⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1988, p. 42 e 43.

⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. 2003, p. 146.

de outros, apropriando-se do resultado do trabalho alheio ganha status de legitimidade jurídica contratual.”⁶⁷

A liberdade representava obter a propriedade fora da opressão do sistema feudal. Portanto, a propriedade, contrato, liberdade e igualdade estavam ligadas a livre circulação das mercadorias produzidas pelo sistema capitalista idealizavam os objetivos do capitalismo. O contrato representaria abstratamente a soberania individual, “(...) cujas mais evidentes manifestações são o princípio da liberdade, com preferência à pessoa, a propriedade, com referência à relação da pessoa e bens da vida, e o contrato, com referência à atividade livre e discricionária dos indivíduos.”⁶⁸

Desta forma, o contrato foi manipulado pelo capitalismo,⁶⁹ que incitou a autonomia no homem, porque era essencial para a sua sobrevivência “(...) organizada capitalisticamente, não são todos os direitos de liberdade, mas apenas aqueles que são directamente implicados pela organização econômica, isto é, a propriedade e a liberdade contratual.”⁷⁰

A manipulação da liberdade de contratar pode ser sentida ainda na transição do sistema feudal para o capitalismo o que interessava era tornar o homem livre para poder contratar sua mão-de-obra e poder implementar o Estado moderno e dar conta do capitalismo, nas palavras de Ana Prata:

(...) o modo de produção capitalista dependia da disponibilidade de uma grande massa de trabalhadores, que se achavam ligados à terra, ou aos proprietários desta, por vínculos inerentes ao modo de produção feudal. Era, pois, num primeiro momento, preciso libertar os homens desses vínculos, destruindo a nível ideológico e político os seus pressupostos, pela

⁶⁷ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 40. O autor faz duras críticas a forma de disponibilizar liberdade de contratar aos trabalhadores: “O Estado moderno trata a liberdade apenas como a capacidade consciente de contratar e não como a liberdade da busca da felicidade que encontra os prazeres, medita nas crenças, crê nas idéias e luta por convicções. (...) Se a liberdade de escolha entre muitos, só o patrão tinha liberdade porque tinha a sua frente um batalhão de famintos pronto a ser contratado por qualquer preço que mitigasse sua fome diária.”

⁶⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. 2003, p. 148.

⁶⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1988, p. 42 e 43. “Pelo papel que desempenha, o mecanismo da liberdade contratual configura, de facto, um instrumento funcionalizado para operar do modo de produção capitalista, e, neste sentido, realiza institucionalmente o interesse da classe capitalista (que é justamente interesse particular de uma classe, e não interesse geral de toda a sociedade, ainda que as ideologias do capitalismo tentem, interessadamente, fazer crer a sua coincidência).”

⁷⁰ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 81.

afirmação da essencial liberdade humana e do seu caráter natural, eterno e, portanto, pré-jurídico.⁷¹

Com o fim do sistema feudal e, conseqüentemente início do de sistema capitalista e do Estado moderno a liberdade está nas entrelinhas da autonomia de contratar,⁷² que se ressalte condicionada (manipulado) pelo sistema capitalista que propunha uma relação diferenciada entre produtores e meio de produção, uma relação mediata (jurídica) de contrato de trabalho. Este ato de poder contratar deu ao homem recém saído do sistema feudal personalidade jurídica e capacidade negocial.⁷³

A capacidade negocial e a autonomia de poder contratar implicam em um postulado ideológico de valorização da pessoa em condições de total igualdade para Ana Prata: “A justificação ideológica da ruptura com a ideologia feudal e as necessidades de organização da produção em termos capitalistas conduziram, portanto, à formulação de um conceito de liberdade extremamente amplo, porque o seu momento criador é, a um só tempo, um momento negador (da ordem jurídica existente) -, (...).”⁷⁴

A liberdade do homem é ligada então à sua capacidade negocial com o capitalismo, determinando uma nova ordem de liberdade e de acesso à propriedade, neste sentido menciona Eroulths Cortiano Júnior:

O indivíduo é proprietário de sua própria pessoa e tem capacidade de agir independente dos outros. Essa autonomia significa liberdade de agir, e a liberdade confunde-se então com a propriedade. Ser proprietário significa ser livre. Tome-se como exemplo a propriedade da terra: a legitimação dessa propriedade é dada pela capacidade – ainda que abstrata – de o homem nela trabalhar, nela expressar sua força criadora. Justifica-se a propriedade na liberdade, e a liberdade na propriedade.⁷⁵

⁷¹ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 78. A autora faz intercâmbio entre o fim do feudalismo e a passagem para o Estado capitalista como parte da história da autonomia.

⁷² PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 43. A autora destaca que, na concepção de Domat o contrato é o elemento unificante do sistema privado e não a propriedade, porque antes da propriedade já tinham formas contratuais, mesmo, não estando ainda erigida na sua forma unitária e geral. Ressalta ainda, que no século XVIII, a propriedade teve reconhecida sua condição de categoria chave do sistema jusprivatístico pelas mãos de Robert-Joseph.

⁷³ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 79.

⁷⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 79 e 80.

⁷⁵ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 91.

A afirmação de que a liberdade acaba se confundindo com propriedade pode ir um pouco adiante, pois, também é perceptível que se confunde liberdade com autonomia. Esta diferença é apontada por Ana Prata que afirma que autonomia privada e liberdade são conceitos tão diferenciados que chegam a serem antinômicos, exemplificando de forma bem pontual em relação ao contrato, nas palavras da autora:

Na medida em que não exista uma real igualdade econômica ou contratual dos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de liberdades qualitativamente muito diversas. Aquele que se encontra num estado de necessidade por não ter alternativas contratuais ou que se acha numa situação de indiscutibilidade (ou de muito restrita discutibilidade) dos termos contratuais, não exerce a sua liberdade ao contratar. E o prejuízo resultante do contrato, por sua vez – e são duas questões muito diversas -, pode justamente reflectir na esfera da sua liberdade.⁷⁶

O direito subjetivo diante desta nova realidade de liberdade e capacidade de contratar cria mecanismos que garantam um carácter bilateral, ou seja, ao mesmo tempo em que o sujeito pode realizar a sua liberdade, o contraponto desta relação ativa, então, o sujeito passivo tem deveres, obrigações de sujeitar-se aos limites estabelecidos.⁷⁷ Pietro Perlingieri intervém para dizer que: “O direito de gozar” e o “direito de dispor” (art. 832 Cód. Civ.) não são direitos autônomos, mas sim faculdades ou poderes ínsitos na situação proprietária.”⁷⁸

A liberdade de contratar nesta fase da transição do sistema feudal para o sistema capitalista promove uma estrita ligação entre propriedade e contrato. Portanto, o contrato vindouro da propriedade, atualmente ocupa lugar centralizado dentro do direito privado ao lado da propriedade. É um instrumento regulador das relações jurídicas entre sujeitos privados. Na época do feudalismo “a única e

⁷⁶ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 77. (Neste mesmo sentido ver LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 2009, p. 94. Onde o autor menciona: “(...) a autonomia da vontade confundiu-se com a própria noção de liberdade, ou seja, a liberdade como não impedimento e a autonomia como propriedade de ser lei para si mesma. A vontade é que seria diferentemente da causalidade natural (causas estranhas), uma espécie de causalidade humana”.)

⁷⁷ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 81.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 222. A citação do referido artigo se refere a artigo do Código Civil Italiano.

verdadeira riqueza econômica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la.”⁷⁹ Atualmente, distante dos objetivos iniciais do capitalismo o papel do contrato passa para uma nova ordem, nas palavras de Enzo Roppo:

(...) o contrato e o poder de contratar livremente são assim perspectivados, nas enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como instrumentos de circulação da riqueza (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico).⁸⁰

A relação entre contrato e propriedade transformou-se em “(...) profundidade: porque agora o contrato não se limitaria a transferir a propriedade, mas até mesmo a criaria.”⁸¹ Portanto, a propriedade perde seu caráter único de fonte de riqueza, nas palavras conclusivas de Enzo Roppo: “Neste sentido, dentro de um sistema capitalista avançado parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia.”⁸² As modificações na concepção clássica de propriedade como símbolo de riqueza e expressão do individualismo e do subjetivismo, desejado pelos homens livres, não está mais sozinha, mas divide atenção com o contrato criador de riquezas.

Desta forma, a concepção da propriedade privada imobiliária foi cunhada por diversos acontecimentos históricos mundiais, como o feudalismo, Revolução Francesa, o liberalismo, o capitalismo, o contrato e a própria codificação, o que leva a conclusão que a propriedade privada imobiliária foi fruto das necessidades e das lutas humanas, e não seria inerente tão pouco natural ao homem.⁸³

No entanto, adiante-se que a valoração da propriedade privada sobre o cunho econômico, liberal e codificado ao que tudo indica não teve vida longa, pois o século XX já anunciava um desequilíbrio e conseqüentes rupturas na concepção

⁷⁹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1988, p. 64.

⁸⁰ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1988, p. 42.

⁸¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1988, p. 42.

⁸² ROPPO, Enzo. **O contrato**. 1988, p. 66.

⁸³ Esta análise de que a propriedade não é uma coisa natural ou sagrada, ficará melhor esclarecida no próximo subtítulo, quando será esclarecida a forma que foi concebida a propriedade privada no Brasil, na qual fica claro que a propriedade privada foi cunhada pelos costumes lusos da sesmarias, em um processo de concessão de terras, que evoluiu para a forma registral. (Ver também em: MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. 2003, p. 32.

proprietária privada, principalmente após a segunda guerra mundial, que “pende para a socialização moderada.”⁸⁴ Desta forma, completa Caio Mário Pereira: “Apregoa-se a deflagração de um movimento moderno sob a epígrafe um tanto enfática de “socialização do direito”.⁸⁵ Tais rupturas na concepção proprietária será explorada no subtítulo 2.3.

Diante deste percurso das perspectivas individualistas, frise-se que não se almeja nesta pesquisa buscar desconstruir ou negar a propriedade privada, contudo, é necessário perseguir espaços abertos para que a propriedade realize direitos fundamentais e, assim cumpra com sua função social em plenitude. A análise que se seguirá será da formação da concepção da propriedade privada imobiliária no Brasil, e assim, alicerçar o trabalho em prol do reconhecimento democrático de outras espécies de propriedades como as culturais e as coletivas e sua efetividade pela função social específica.

1.2 O ACESSO À TERRA E À PROPRIEDADE NO BRASIL EM TEMPO DE CODIFICAÇÃO

A exploração das terras no Brasil se iniciou em 1530 quando vigia a lei das sesmarias,⁸⁶ costume luso de concessão e exploração de terra implantado aqui pela coroa portuguesa.⁸⁷ Para Carlos Frederico Marés: “O uso das sesmarias foi, portanto, a forma que Portugal encontrou para promover a conquista do território brasileiro.”⁸⁸ O processo de concessão de terras pelo sistema da sesmaria tinha condições impostas, dentre as quais de não conceder tamanho tão grande de terra que não pudesse ser explorada pelo trabalho do beneficiário.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 28.

⁸⁵ PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 29.

⁸⁶ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 60. O autor menciona que; “*Tal era a importância da sesmaria para a conquista das novas terras que ao vir para o Brasil, em 1530, Martim Afonso de Souza recebeu três cartas régias: a primeira para tomar posse das terras em nome D’El Rei; a segunda que lhe dava direito a exercer as funções de capitão-mor e governador das terras descobertas; e a terceira o nomeava Sesmeiro do Rei, que o autorizava entregar terras legitimamente em sesmaria a quem desejasse.*”

⁸⁷ VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade Moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. 2005, p. 27.

⁸⁸ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 59.

Entretanto, esta condição não foi observada, pois foram concedidas grandes extensões de terras, gerando seu mau aproveitamento. E ainda, desconsideraram-se as comunidades que aqui viviam antes da colonização das terras brasileiras pela coroa portuguesa. Desta forma, os sesmeiros concediam terra para si e seus familiares e amigos, gerando uma grande concentração de riqueza e exclusão social, desencadeando a exploração dos sem teto e sem terra, verdadeira fonte de criação de latifúndio.⁸⁹

O objetivo principal do costume das sesmarias consistia em apropriar-se da terra por concessão do rei e nela produzir, cultivar, assim conforme interferência de Carlos Frederico Marés: “A lei de sesmaria assumiu integralmente a idéia da propriedade como o direito de usar a terra e, mais do que isso, a obrigação de nela lavrar. Por isso, antes de ser uma lei de direitos, é uma lei de obrigações.”⁹⁰

Portanto, existia uma espécie de latifúndio “(...) fórmula de obrigatoriedade do cultivo (...).⁹¹ A terra tinha que ser usada, explorada sob pena de expropriação. Desta forma, a terra de uso produtivo obrigatório se tornou independente do poder do Estado, tornando-se legítima a troca da terra por dinheiro, podendo ser reconhecido que “(...) o processo histórico de criação da propriedade privada no mundo contemporâneo e a afirmação certa de que ela é uma intenção recente, construção humana que nada tem de sagrada, nem de natural.”⁹² A propriedade privada brasileira é consequência de concessão, da vontade e da escolha do sesmeiro, ou seja, era proprietário aquele que fosse escolhido e premiado pela vontade do rei, passando por cima dos costumes pré-existentes de exploração de terra.

⁸⁹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 61 e 62.

⁹⁰ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 30 e 31. O autor faz duras críticas ao costume das sesmarias implantados aqui no Brasil, pois anteriormente já havia mencionado que a propriedade privada não tem nada de natural nem de sagrado, mas ao contrário, é tão somente uma criação humana, (p.32). Nesta outra passagem, ao fazer a ligação entre a propriedade e a liberdade, menciona: “*Esta legitimidade da propriedade pelo trabalho, e pelo contrato, adquire contornos dramáticos nas Américas e no Brasil. Aqui a propriedade não é fruto do trabalho livre, é fruto do saque dos bens indígenas, ouro, prata, milho, batata, cacau ou terra e do trabalho escravo. A liberdade formal da propriedade individual perde o véu de pureza e humanidade nas Américas e mostra a cara desnuda e rude da usurpação. Proudhon, por muito menos, afirmou categórico: a propriedade é um roubo!*”, (p.60).

⁹¹ VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade Moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. 2005, p. 19.

⁹² MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 31. Portanto, para o autor, a propriedade não teria nada de natural, tão pouco de inerente a condição humana, é mesmo uma criação do homem.

O costume das sesmarias no Brasil foi implantado no ano de 1530, findando no ano de 1822, concluindo-se que o sistema perdurou por quase três séculos. Portanto, extinguiu-se o primeiro processo de concessão da propriedade privada das terras brasileiras.⁹³ Dentre as causas para o fim do sistema das sesmarias no Brasil estão às mudanças no sistema colonial e a necessidade de regulamentação da propriedade privada imobiliária, pois o sistema de concessão pelas sesmarias não dava conta das transformações que despontavam no ínterim do século XVIII e início do século XIX no Brasil.

Desta capacidade negocial sobre as terras concedidas pelas sesmarias, difundia-se também aqui no Brasil a idéia de contrato como forma de transferência de riquezas, ou seja, a transferência da própria propriedade privada imobiliária nasce do fim da concessão de terras por meio das sesmarias.⁹⁴ Como dito acima, mas precisamente no ano de 1822, portanto, um pouco antes da independência tiveram início as promessas de acabarem com o sistema sesmeiro, mas, foi a Constituição Imperial de 1824⁹⁵ que pôs fim ao costume sesmeiro e garantiu a propriedade imobiliária, na qual se proibiu o sistema de concessão de terra. A partir da Constituição Imperial houve o reconhecimento da qualidade das sesmarias de propriedade privada, conforme Carlos Frederico Marés: “Portanto, o primeiro documento comprobatório de propriedade privada da terra no Brasil é o título de concessão de sesmaria.”⁹⁶ A propriedade que tivesse origem inicial na concessão pelos sesmeiros poderia ser transferida.

No Brasil Colonial o papel conferido ao contrato na organização econômica era de conferir legitimidade à transferência da propriedade privada imobiliária ou da terra. Até que em 1850, através da lei de nº 601, chamada de “Lei das Terras”, substitui a regulação anterior das sesmarias e regulariza a propriedade privada

⁹³ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 65. “As sesmarias eram uma intervenção do Estado no direito de propriedade, intervenção gratuita, sem indenização e com motivação de tornar produtiva a terra que o fora. Esta idéia encontrava uma oposição radical do pensamento liberal capitalista que inspirou as constituições e Estados nascentes na entrada do século XIX. O instituto das sesmarias tinha chegado ao fim.”

⁹⁴ Na Europa o contrato desponta como meio de libertar o homem do sistema feudalista, e torná-lo “livre” para poder contratar com o capitalismo. Ou seja, o contrato foi uma forma de tornar legítima a vinculação laborativa entre capitalismo e “novo” trabalhador. Ainda sobre contrato na Europa ver notas: 74 e 75.

⁹⁵ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 63. Ver sobre o papel das Constituições na esfera da propriedade privada imobiliária, onde será analisado no próximo subtítulo 1.3.

⁹⁶ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 63.

imobiliária, conferindo estatuto jurídico à propriedade privada de acordo com as exigências econômicas da época de fomentar a colonização. “Daqui para frente o título de sesmaria seria apenas prova de legitimidade da origem da propriedade.”⁹⁷

Completa Carlos Frederico Marés:

(...) a modernidade assenta a legitimidade da propriedade da terra no contrato de transferência inclusive cercando-se de proteção e formalidades, como o registro de imóveis. É que a terra começou a ganhar valor de troca e servir de garantia aos empréstimos dos capitais financeiros. Por esta razão os registros de imóveis passam a forma de transferência de propriedade, isto é, a transferência somente operaria como o registro do contrato, do negócio jurídico.” (...). só poderiam ser considerados legítimos os contratos de transmissão de propriedade que tivessem como origem aquele título.⁹⁸

É exatamente aqui que se encontra a origem do direito de propriedade privada imobiliária do Brasil,⁹⁹ os que detivessem títulos das sesmarias tinham legitimidade formal para legitimar as terras concedidas a título das sesmarias como propriedade privada. Assim, houve a criação dos cartórios de imóveis, concedendo o direito de registrar as terras como sua propriedade, de forma individualizada e, conseqüentemente, poder transferir, ou seja, dar um valor econômico às terras que lhe tinham sido concedido gratuitamente.

Portanto, a trajetória da construção do direito de propriedade privada imobiliária no Brasil parte de um processo de uso obrigatório tendo em suas entrelinhas as cores dos costumes lusos das sesmarias de exploração da terra. Sendo legitimada primeiramente pela formalização em cartório de registro de imóveis.

O percurso de transformação da propriedade privada imobiliária brasileira além da formalização por registro em cartório de imóveis teria ainda outras influências que já estavam solidificadas na Europa e que trariam conseqüências e transformações na concepção proprietária do Brasil. Do que se conclui que o sistema de propriedade privada imobiliária no Brasil não podia mais se seguir no

⁹⁷ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 65.

⁹⁸ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 43.

⁹⁹ Conforme item anterior a propriedade privada na Europa teve início com fim do feudalismo, sendo primeira contemplada na França pelo código napoleônico e no Brasil surgiu com o registro de imóveis das terras que tivessem como origem a concessão de terras pelas sesmarias.

sistema latifundiário, tão pouco a simples formalidade registral, pois o progresso e as influências europeias batiam às portas do cenário nacional. Pois, outro fenômeno estruturante da regularização da propriedade privada imobiliária na Europa, viria influenciar a propriedade privada no Brasil: o liberalismo.

Por toda a Europa em fins do século XVIII afirmava-se o postulado: “Um estado, um Código”.¹⁰⁰ Tratava-se de inverter a ordem política vigente, pois em lugar de submeter a lei ao rei, submetia-se o rei à lei.¹⁰¹ Um dos objetivos do liberalismo era tutelar a propriedade individualizada, em face da liberdade individual e da igualdade,¹⁰² de tal modo que a propriedade foi regularizada como garantia independente da intervenção do Estado. A partir de então, a “codificação rejeita o direito natural, que, paradoxalmente, serviu para ela, o papel do direito natural tinha acabado.”¹⁰³

A Codificação no Brasil foi um acontecimento tardio se comparado ao processo europeu. O momento histórico vivenciado no Brasil quando ocorreu a primeira promulgação do Código Civil era de colonização e recém saído do sistema de escravatura. Portanto, além de se questionar as conseqüências do seu atraso e desatualização,¹⁰⁴ tanto na primeira edição quanto na segunda edição, é questionar “(...) quem eram os cidadãos brasileiros na segunda metade do século XIX? Quem podia ser incluído entre os possuidores dos direitos de cidadania brasileira no início do século XX?”¹⁰⁵ Desta indefinição de quem eram os cidadãos daquela época é

¹⁰⁰ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, p. 25. Os países europeus viam na sistematização das leis um caminho para uma sociedade mais bem estruturada, centralizando normas de validade universal em um lugar chamado código.

¹⁰¹ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, p. 24.

¹⁰² Liberdade, igualdade e propriedade são pressupostos do próprio Estado moderno.

¹⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 94.

¹⁰⁴ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, p. 08 e 09. Para a autora o atraso do Código de 1916 decorre de uma concepção do advento do Código Civil Francês de 1804, e por sua demora após independência. A autora menciona ainda, a demora da promulgação do Código civil de 1916, comparando o Código Civil com os códigos civis dos países vizinhos do Brasil, aqui na América Latina: “*Daí que a pergunta não é porque o Código Civil no Brasil demorou tanto para ficar pronto, mas por que ele é tão tardio, mesmo em relação a seus vizinhos continente: Bolívia, Peru, Chile, Equador, Venezuela, Uruguai e Argentina tiveram seu direito civil codificado antes do Brasil.*” Os dois momentos da codificação civilista no Brasil foram e ainda são cenários de grande debate intelectual entre juristas, políticos e acadêmicos. Dentre as discussões os destaques ficam a cargo das conseqüências da demora para elaboração, tramitação e aprovação, nas duas oportunidades, tanto em 1916 e 2002. A demora teria acarretado a promulgação de algo atrasado, completa GRINBERG: “*O que muitos não sabem é que essa demora faz parte da própria história da elaboração do Código civil brasileiro.*”¹⁰⁴

Do que se conclui que as conseqüências do atraso das duas edições do Código Civil, seria a sua desatualização.

¹⁰⁵ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, p. 10.

possível afirmar o seguinte entendimento: “(...) as dificuldades para realização do projeto de codificação do direito civil no Brasil está justamente nas disputas em torno da definição do conceito de cidadania em fins do século XIX e início do XX.”¹⁰⁶ Quem era quem em um sistema pós-independência e recém saído da escravatura era determinante para o êxito do direito privado.

Durante as discussões em torno da elaboração do Código Civil no Brasil, o país passava de escravocrata para sistema livre. Desta forma, não sabiam muito bem quais direitos deveriam conceder ao recém libertados, “(...) escravos só figuravam no Código Civil na parte referente aos bens, às coisas, não às pessoas (...),”¹⁰⁷ tratados como semoventes, ora eram coisa, ora eram pessoa. Este debate em torno da cidadania dos escravos foi de tamanha relevância que chega a ser mencionado que: “Enquanto existiam no Brasil pessoas livres, mas que haviam sido escravas; pessoas escravizadas, mas que trabalhavam em troca de uma remuneração, na maioria das vezes com consentimento de seu senhor, ninguém conseguiu escrever um Código Civil.”¹⁰⁸

Assim, a independência do Brasil, a abolição da escravatura no ano de 1888 e a proclamação da República em 1889, somados ainda e franca expansão da economia cafeeira, contribuíram para a codificação da própria propriedade privada imobiliária. E ainda, a abolição da escravatura, a que se seguiu a proclamação da República, “desencadeou um novo espírito social”, consentâneo com a expansão das forças produtivas. A prosperidade incitava o enriquecimento e o desenvolvimento.¹⁰⁹

Isso porque, desde aproximadamente a década de 1870, a formação de bacharéis em direito estava embebida do espírito positivista e evolucionista que caracterizava o pensamento científico da época. Acreditavam que as sociedades evoluíam positivamente, e que era possível alcançar estágio superior por meio da

¹⁰⁶ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2003, p. 24.

¹⁰⁷ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, 48.

¹⁰⁸ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, 57 e 58. Desta forma o principal entrave para o Código civil era justamente a “(...) regulamentação das relações de trabalho – fosse ainda durante a vigência da escravidão, fosse depois – que estavam situados os principais nós da codificação do direito civil brasileiro.”

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2003, p. 28. Destaca o autor que os esperados progressos no sistema colonial demoram a aparecer no Brasil, pois a mão-de-obra escrava é substituída pelo sistema de imigração, oportunizando a continuidade da colonização.

elaboração de boas leis. Quanto melhor e mais avançadas as leis, melhor e mais avançada a sociedade: um passo adiante no caminho do progresso.¹¹⁰

Por diversos anos os holofotes giraram em torno da elaboração e da aprovação do Código Civil, centralizando as expectativas de sua promulgação. A necessidade do Código Civil no Brasil é delineada por Keila Grinberg:

Sem um Código Civil, era impossível legislar sobre relações de trabalho, sobre questões de herança, sobre doações de bens. Ou seja, sem a organização do direito civil, era impossível organizar e controlar todas as situações e conflitos jurídicos passíveis de ocorrer entre os cidadãos da economia moderna que o Brasil do século XIX pretendia ser.¹¹¹

A promessa de codificação civilista foi feita ainda em 1823, logo após a independência do Brasil. Mas, antes, porém, de se ter no Brasil um Código Civil, no ano de 1850 a força da burguesia mercantil fez com que seus interesses e garantias de negócios fosse representada por um Código Comercial, regulando além das questões comerciais,¹¹² também muitas das situações civilistas.¹¹³ Sendo em 1916 que foi promulgado o primeiro Código Civil, pois “o Código civil de 1916 seria o repositório tardio das aspirações liberais da burguesia brasileira, que lutava pelo predomínio político-econômico, em disputa com a aristocracia rural especialmente a partir do advento da República.”¹¹⁴

O Código Civil brasileiro de 1916 expressava as características individualistas do Código Civil Francês e do Código Civil Alemão, ou seja, “o predomínio de concepções do direito francês e da técnica do código alemão”¹¹⁵ e

¹¹⁰ GRINERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, 33.

¹¹¹ GRINBERG, Keila. **Código Civil e cidadania**. 2001, 08 e 09.

¹¹² AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 136. O autor menciona que o Código Comercial nasce da determinação da classe mercantil, sendo aplicado quando de uma relação jurídica uma das partes fosse comerciante. “E enquanto, o direito civil garantia a segurança e a estabilidade das instituições, das quais a mais importante era a propriedade, e o contrato o seu meio de disposição, o direito comercial separava o contrato da propriedade, atribuindo ao primeiro funções especulativas. O contrato passava a ser o instrumento jurídico de realização do lucro, por meio das relações dos comerciantes com os produtores das mercadorias, com os proprietários dos bens e com os consumidores dos produtos que punha no comércio.”

¹¹³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 07. No entanto, cumpre mencionar que o código comercial regulava as questões de cunho comercial, mas não as questões patrimoniais, sendo que este era um dos grandes interesse maior daquela época de pós escravatura e pós independência.

¹¹⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 08.

¹¹⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 130. Código Civil de 1916 guarda semelhança com o Código Civil alemão, pois precede à ele uma lei de introdução que dispõe sobre regras de aplicação, critérios para solução de conflitos de normas no espaço e regras de direito internacional privado, bem como, na disposição de uma parte geral e uma especial.

assim como a codificação europeia, acabou tendo como objetivo principal a regulação patrimonial da sociedade burguesa, nas palavras de Gustavo Tepedino:

O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário os quais, por sua vez, a ainda aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil de 1916.¹¹⁶

Assim, o Código Civil de 1916, “era um código de sua época, elaborado a partir da realidade típica de uma sociedade colonial, traduzindo uma visão do mundo condicionado pela circunstância histórica e étnica em que se revela.”¹¹⁷ Ou seja, representou o próprio sistema colonial vivenciado naquela época no Brasil.

O Código Civil de 1916 acabou expressando dogmaticamente a estrutura da propriedade privada, preocupando-se somente em estruturar o direito subjetivo proprietário. Para Gustavo Tepedino:

O art. 524 do C. Civ., com efeito, evitando defini-la, dispõe sobre os poderes do titular do domínio, fixando o aspecto interno ou econômico, caracterizador do senhorio, e outro externo, o aspecto propriamente jurídico da estrutura da propriedade. O primeiro aspecto, interno ou econômico, é composto pelas faculdades de usar, fruir e dispor. O segundo o jurídico, traduz-se na faculdade de exclusão das ingerências alheias.¹¹⁸

Cumprindo adiantar, que uma vez influenciado pelo dogmatismo da época, levando em consideração que o próprio conceito de função social é um conceito relativo e historicamente maleável de cada época.¹¹⁹ No que se refere à função social da propriedade na época de promulgação do Código Civil de 1916, “a propriedade cumpriria necessariamente a sua função social pela apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana.”¹²⁰

¹¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. 2008, p. 02.

¹¹⁷ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 131.

¹¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 73.

¹¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74.

¹²⁰ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74.

Portanto, por ser fruto de uma época voltada para o dogmatismo e reformulação da concepção proprietária no Brasil, o Código Civil de 1916 se limitou a expressar apenas a apropriação de bens, não se referindo a qualquer forma de funcionalização do instituto em comento.

No entanto, após certo percurso de vigência do Código Civil de 1916, rondavam críticas de sua desatualização. Os motivos da desatualização teriam estreita ligação com as mudanças na conjuntura social do país, ensejando questionamentos em torno da concepção proprietária, impondo deveres de realização à propriedade privada que passava a ter função central na redistribuição de renda e de realizações existenciais.¹²¹ Abrindo o instituto proprietário para outras formas de regularização como a crescente elaboração de leis especiais e específicas sobre os institutos do direito privado, tais como propriedade, contrato, família, etc.

Desta complexa transformação social, comente em 1961 começam os debates em torno de uma possível atualização do Código Civil. E, na década de sessenta “cresceu entre os civilistas a convicção de que o tempo das grandes codificações tinha passado.”¹²² Isto quer dizer que, a percepção de que o Código Civil de 1916 não daria conta das transformações sociais ocorridas em seu curto percurso de tempo era evidente.

Mas mesmo assim, e, levando em consideração que nas duas décadas seguintes o Brasil passaria ampla por reforma política com o advento da Constituição Federal de 1988, os debates por reformas na codificação civilista iniciaram, sendo promulgada pela Lei 10.406 de 2002.¹²³ Não demorando a ensejar dúvidas quanto a sua atualização, pois em tempo de discussão de promulgação do

¹²¹ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74 e 75.

¹²² LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 13. O autor destaca o trabalho de Natalino Irti, ainda da década de setenta do século XX sobre a descodificação.

¹²³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 07. Dentre as principais modificações está a revogação do Código Comercial de 1850. A exceção quanto a revogação do Código Comercial está na regulação do direito marítimo. No entanto destaca o autor: “*mas a unificação as duas matérias em um único Código não teve o condão de abalar a autonomia disciplinar do direito comercial*”. *Outra inovação com a revogação do Código Comercial diz respeito a nomenclatura, que deixou de ser “direito comercial”, para ser chamado de “direito empresarial”*”.

Código Civil de 2002, já estava vigente a Carta Magna de 1988 há quase vinte anos.

Portanto, o Código Civil de 2002 teria seguido a mesma tendência de desatualização do Código Civil de 1916, e mesmo promulgado depois de quase vinte anos da Constituição Federal de 1988, não conseguiu definir o direito de propriedade e as faculdades do proprietário, limitando-se apenas a explicá-las.¹²⁴ No entendimento de Paulo Lôbo:

O Código civil de 2002 não conseguiu estancar essa linha de tendência, o que deixa no ar a pertinência de sua utilidade, em sociedade com intensas mudanças. Quando muito é uma lei, apesar de mais ampla, ao lado de outras leis com as quais tem de concorrer ou para as quais tem de ceder o espaço, todas demarcadas pelos princípios constitucionais.¹²⁵

A concepção de propriedade subjetivista de 1916, de caráter absoluto, unitário, perpétuo, exclusivo e ilimitado sofreria as primeiras limitações, e que lhe trariam transformações no uso da propriedade, dentre as limitações estaria a teoria do abuso de direito nas palavras de Rosalice Fidalgo Pinheiro: “(...) nesta perspectiva, a teoria do abuso do direito coloca-se em conformidade com as vestes de uma repersonalização do Direito Civil, a qual tem se colocado no centro das atuais reflexões.”¹²⁶

A teoria do abuso de direito teria sido o primeiro passo em limitar o gozo da propriedade, neste sentido entende Ricardo Aronne: “A primeira tentativa de limitar o Direito de Propriedade se expressou na Teoria do Abuso de Direito. Nenhum direito, em especial o de propriedade, poderia ser exercido de forma abusiva.”¹²⁷ Isto gerou reflexões em torno da concepção individualista de propriedade, bem como, na forma de uso e gozo.

Portanto, a concepção de propriedade privada inserida no Código Civil de 1916, era conforme a concepção moderna e liberal, totalmente individualista e subjetiva, mas foi questionada no decorrer do século XX. Pois, diante de uma

¹²⁴ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 105.

¹²⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 14.

¹²⁶ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. 2002, p.67.

¹²⁷ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999, p. 160.

concepção social do direito, não se permite o uso da propriedade privada de forma indiscriminada e que acarretem prejuízos à terceiros, pois na contemporaneidade a propriedade privada é condicionada ao seu uso social. Desta forma acrescenta Francisco Amaral: “A função social e o abuso de direito são construções teóricas, decorrentes da passagem do Estado de Direito, ou liberal, de atividade negativa no sentido de limitar-se a garantir “o livre jogo dos poderes e interesses individuais”, para o Estado Social, de ação positiva no sentido de intervir na ordem econômica e social, tendo em vista os interesses coletivos.”¹²⁸

Mesmo assim, vários são os questionamentos em torno da propriedade regulada pela segunda disciplina civilista, em torno da propriedade:

Passa-se a questionar o direito proprietário como um direito único e verifica-se que a estrutura do direito, fixada pelo Código Civil, é insuficiente para abrigar a multiplicidade de situações proprietárias, distintas, uma das outras em função da destinação do bem e da disciplina aplicável na relação do bem e da disciplina aplicável na relação intersubjetiva em que se inseriam.¹²⁹

Pois, já se difundia a ideia de que haviam diversas situações proprietárias, das mais variadas possíveis as quais originavam diversos estatutos jurídicos, e que portanto, já não poderia mais falar um uma única concepção proprietária era difundida por Salvatore Pugliatti como precursor da teoria das propriedades:

Nosso horizonte nos possibilitou constatar que no quadro daquele instituto (ou complexo de institutos) que se indica com o termo propriedade, juntam-se situações muito diferentes, sob diferentes óticas. Sob o aspecto subjetivo constatou-se que a propriedade individual do tipo romano, ligada ao condomínio do mesmo tipo, cedeu parte de seu campo não somente à comunhão de tipo germânico, mas também à propriedade coletiva. Sob o aspecto objetivo constatou-se que a propriedade dos bens de maior importância social: imóveis e móveis com registro, solo, terreno cultivável, marcou a progressiva e crescente invasão da esfera privada por parte daquela pública. Registrou-se, também, a predominância progressiva do perfil dinâmico sobre aquele estático, na disciplina da propriedade passando

¹²⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 147.

¹²⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74 e 75.

pelos bens de consumo pessoal àqueles que têm como finalidade a produção, e especialmente o solo cultivável. Destes perfis podemos distinguir situações peculiares às quais se adaptam formulas específicas: propriedade funcional, propriedade função, propriedade resolúvel, propriedade formal, propriedade condicionada, propriedade fiduciária, e assim por diante. Até foi detectada alguma hipótese em que a propriedade recaí no interesse legítimo. Todas estas situações são características autônomas, mas ainda mais pela fisionomia que sua presença imprime no quadro geral da propriedade.¹³⁰

No Brasil a ideia de concepção múltipla das propriedades começam a tomar relevo em face da Carta Magna democrática de 1988,¹³¹ onde a propriedade se encontra pluralizada.¹³² A concepção de propriedade constitucional o que interessa é a sua atividade social e não mais a sua titularidade.

Portanto, conclui-se que o percurso da propriedade no Brasil e sua regulação pela promulgação do Código Civil de 1916 ocorreram em meio às transformações sociais do século XIX, mencionadas no decorrer do trabalho. Dentre quais: o descobrimento do Brasil; do costume das sesmarias; da independência do Brasil e o fim da concessão de terras pelo costume das sesmarias; da Lei das Terras de 1850; da concepção de contrato como meio de transferência da propriedade; da codificação; e, por fim o percurso proprietário enfrentou ainda transformações geradas pela teoria do abuso do direito e função social, e pelas críticas da

¹³⁰ Tradução livre: *“Il nostro giro di orizzonte ci ha consentito di constatare che entro la cornice di quell’istituto (o complesso di istituti) che si indica col termine proprietà, si raccolgono situazioni assai differenti, sotto diversi punti di vista. Dal profilo soggettivo si è visto che la proprietà solitaria di tipo romanistico, alla quale si accompagnava il condominio del medesimo tipo, ha ceduto parte del suo territorio non solo alla comunione di tipo germanico, ma addirittura alla proprietà collettiva. Dal profilo oggettivo si è visto che la proprietà dei beni di maggiore importanza sociale: immobili e mobili registrati, suolo, terra coltivabile, ha segnato la progressiva e crescente invasione della sfera privatistica da parte di quella quello statico, nella disciplina della proprietà passando dai beni di consumo personale a quelli destinati alla produzione, e specialmente al suolo coltivabile. E si è avuto di codesti profili ci ha permesso di censire particolari situazioni alle quali si adattano formule particolari: proprietà funzionale, proprietà funzione, proprietà risolubile, proprietà formale, proprietà condizionata, proprietà fiduciaria, e così via dicendo. Si è persino riscontrata qualche ipotesi in cui la proprietà degrada a interesse legittimo. Tutte queste situazioni sono caratteristiche per sé, ma ancora più per la fisionomia che la loro presenza imprime al panorama generale della proprietà”* (PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. 1954, p. 298).

¹³¹ Ver subtítulo 1.3.

¹³² AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 147. “A propriedade contemporânea apresenta-se, assim, caracterizada pelo pluralismo de seus objetos, tendo mais significado a atividade do que a titularidade do sujeito proprietário, em função do interesse social. De sentido inicialmente estático, como previsto no Código Civil, é hoje um instrumento de que se utiliza a dinâmica iniciativa econômica.”

desatualização e reforma do Código Civil de 1916, resultando na codificação civilista de 2002.

O próximo passo será pelo papel das constituições de Weimar, Mexicana e Brasil na concepção da propriedade privada imobiliária, a fim de completar o percurso histórico da propriedade privada e poder analisar as influências na construção social da propriedade privada imobiliária, e a pluralidade de propriedades ensejadas pela Constituição Federal de 1988, e suas correspondentes funções sociais.

1.3 DA PROPRIEDADE ÀS PROPRIEDADES: A FRAGMENTAÇÃO DA PROPRIEDADE NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL

Desde a independência do Brasil foram promulgadas oito Constituições Federais. Podendo ser divididas em populares (democráticas), onde há a participação do povo; e outorgadas, sem a participação popular impostas pelo governante, rei, imperador ou ditador. As Constituições de 1824, 1937, 1967 e 1969 foram outorgadas, enquanto que as dos anos de 1891, 1934, 1946 e 1988 foram promulgadas sobre a égide popular.¹³³

Dentre as Constituições aqui mencionadas algumas tiveram importante destaque na concepção da propriedade privada imobiliária principalmente as Constituições populares (democráticas). Uma vez que as outorgadas se preocupavam-se única e exclusivamente em garantir a propriedade individualizada.

A Constituição de 1824 embora não sendo democrática, tem uma forte influência no percurso da propriedade privada no Brasil. Pois, determinou, em primeiro lugar, que somente as terras que tivessem como título originário, a concessão de terras pelas sesmarias, seriam reconhecidas como sendo terras privadas; em segundo lugar, previu a necessidade e determinou a criação de uma lei disciplinadora de aquisição de terras. Desta necessidade de lei disciplinadora surgiu

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 41 e 42. As constituições têm como objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização se seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

em 1850 a Lei de Terras. Dentre suas primeiras providências estava o de conceituar terras devolutas, considerado-se devoluta qualquer terra que não tivesse sido pré-estabelecida (concedidas) pelas sesmarias, ainda que ocupadas por índios ou quilombolas. Isto criou mais empecilhos para os índios, quilombolas e comunidades tradicionais, pois os mesmos ficavam sem terra à medida que Estado fizesse cumprir a simples conceituação de terras devolutas.¹³⁴

Além de determinar quais terras eram devolutas, a Lei de Terras estabelecia como seria feita a aquisição de terras a partir de sua vigência: “Art. 1º Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.”¹³⁵ Mas, para que pudessem comprar necessitava-se da vontade da outra parte em vender, com isso diminuía-se as chances de um não-proprietário vir a se tornar proprietário. O sistema encurralava os excluídos da propriedade, forçando-os a ceder sua mão-de-obra aos proprietários, para que estes pudessem explorar suas terras.¹³⁶ Deste modo, a Constituição de 1824 “manteve as idéias da revolução francesa que defendiam o direito da propriedade para os burgueses em detrimento dos nobres derrotados.”¹³⁷

A seguinte fase, que acarretaria novas transformações no instituto proprietário, era a da Proclamação da República, seguida da segunda Constituição do Brasil a de 1891, que se ressalta não inovou o bastante no que diz respeito a forma de aquisição proprietária a ponto de torná-la acessível. As maiores transformações provocadas pelo Constituição de 1891 foram em relação a forma de organização dos entes federativos, transformando províncias em Estados, conforme

¹³⁴ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 70. O autor explica que a primeira providência legal foi a conceituação e diferenciação do que seriam terra devolutas e devolvidas pela coroa portuguesa. O autor critica a conceituação de terras devolutas e devolvidas, pois o Estado considerava devolutas todas as terras não desocupadas, mas ocupadas ilegalmente, ou seja, as que não tivessem a chancela do Estado época. E não tinham a chancela do Estado as terras ocupadas por índios, quilombolas, pescadores, ribeirinhos, etc., gerando uma profunda desigualdade e desamparo para os que aqui estavam antes da ocupação portuguesa.

¹³⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm. consulta realizada dia 10.09.2010.

¹³⁶ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 71. O autor critica a imposição constitucional do Estado de estabelecer a compra como forma de aquisição da propriedade, pois vigia na época o espírito de se por um preço suficiente na terra, suficiente para desestimular os trabalhadores e escravos recém libertos de serem camponeses, ou de exigirem um salário muito alto para trabalharem, cuja consequência seria o encarecimento a produção.

¹³⁷ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para as terras, no Brasil contemporâneo**. 2000, p. 14.

preceito Constitucional que segue: Art. 2º - “Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, (...).”¹³⁸

As constituições que se seguiram ora inovaram, ora retrocederam no sentido de limitar o direito de propriedade, nas palavras de Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães Tanajura:

Só a Constituição de 1934 inovou, acompanhando um pouco a Constituição alemã de Weimar, introduzindo o conceito de função social. A carta de 1937 ensaiou uma tímida limitação ao direito de propriedade. A carta de 1946 foi que na realidade, respirando já outros ares de redemocratização, restaurou a necessidade de cumprimento da função social da propriedade, incluindo-a entre os princípios regentes da ordem econômica e social.¹³⁹

A Constituição Federal de 1934 foi à terceira Constituição e a segunda democrática. Neste mesmo período da Constituição de 1934, vigorava a Constituição de Weimar e a Mexicana.¹⁴⁰ A Constituição de Weimar é precisamente a mais festejada dentre as constituições democráticas do século XX, para Maurizio Fioravanti: “la Constitución alemana de Weimar de 1919 representa em cierto sentido el comienzo de las constituciones democráticas del siglo XX.”¹⁴¹ A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, continha inúmeras inovações.¹⁴² Daí se poder afirmar que as Constituições de 1934, 1946 e

¹³⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm. Consulta realizada dia 10.09.2010.

¹³⁹ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para as terras, no Brasil contemporâneo**. 2000, p. 14. Neste sentido ver Afonso da Silva: “A carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo. Vinte e uma emendas sofreu essa Constituição, através de leis constitucionais, que alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe do governo.” (SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 21ª ed. 2002, p. 83)

¹⁴⁰ Para MARÉS a constituição mexicana é mais completa e mais profunda que a Constituição de Weimar, “porque não apenas condiciona a propriedade privada, mas a reconceitua. Além disso, ademais de ser anterior à alemã em dois anos, até hoje está vigente, enquanto a República de Weimar e sua Constituição tiveram vida curta.” Muito embora em nota nº 78 o autor mencione que recentemente a Constituição mexicana sofreu alterações por influências neoliberais, golpeando seriamente os direitos indígenas. (MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 93)

¹⁴¹ FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución, de la antigüedad a nuestros días**. 2001, p. 149.

¹⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª ed. 2009, p. 20.

1988 trouxeram consigo um pouco da Constituição Alemã. A importância da Constituição alemã na propriedade privada é mencionada por Carlos Frederico Marés: “Somente em 1919, em ato constitucional, a Europa capitalista estabelecia uma restrição à propriedade privada, em Weimar, criando a idéia da obrigação do proprietário, que ficou conhecida como função social da propriedade. Enquanto isso, em 1916, o Brasil promulgava o Código Civil, marcadamente oitocentista e defensor da propriedade absoluta.”¹⁴³

A Constituição de Weimar inaugurou o chamado “Estado pluriclassista, uma vez que tratava tanto de economia como da própria sociedade, ao lado também de direitos individuais e coletivos.”¹⁴⁴ Conclui-se que a Constituição de Weimar influenciou na esfera das Constituições brasileiras, repetindo a segunda constituição democrática de 1934, que inseriu em seu núcleo direito e garantias individuais, um título sobre ordem econômica e social, família, educação e cultura, “fora enfim, um documento e compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”.¹⁴⁵

E finalmente, a Constituição Federal de 1988 que conforme Gustavo Tepedino: “A prescindir das pressões exercidas sobre a Assembléia Constituinte e das possíveis intenções dos grupos sociais correspondentes, o texto inovou de forma provavelmente sem precedentes, quase quinze anos antes do codificador de 2002, no sentido de funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais.”¹⁴⁶

Determinando que a propriedade privada teria compromisso com a redução das desigualdades sociais e regionais. E uma vez que priorizou garantir direitos coletivos, a Constituição brasileira de 1988 é sem dúvida um marco do

¹⁴³ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 95. No entanto, não exerceu influências imediatas na esfera da propriedade privada, exercendo influências na Constituição de 1934.

¹⁴⁴ MOREIRA, Vital. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. 1ª ed. 2ª tiragem. 2003, 315.

¹⁴⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 82 e 85. A Constituição democrática: “Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes dos formais do passado, que nem sempre estiveram conforme a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro saudosamente os regimes anteriores, que provaram o mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, propiciando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.”

¹⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição revisada e atualizada. 2008, p. 328.

constitucionalismo contemporâneo, que em sua maioria são chamadas para dar conta das demandas sociais.¹⁴⁷

Outra importante mudança ocorrida no Brasil após o advento Constitucional de 1988 foi em relação à tutela da pessoa humana, nas palavras de Maria Celina Bodin de Moraes: “O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico Kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes.”¹⁴⁸

Para Ana Paula Barcellos o século XXI trouxe consigo uma característica típica deste século: grandes transformações sociais e culturais, aumentando o grau de complexidade das relações humanas:

Além do aspecto compromissório, e associado a ele, as Constituições contemporâneas são generosas na previsão de valores materiais de conteúdo bastante difuso (como justiça social e dignidade humana), cuja definição detalhada pode variar em certa medida no tempo, no espaço e em função das circunstâncias do caso concreto.¹⁴⁹

A dignidade da pessoa humana culminou em transformar todos os cidadãos em iguais, pois a dignidade se manifesta primeiramente no princípio da igualdade, no qual o tratamento que deve ser despendido à pessoa humana deve estar livre de qualquer discriminação de forma mais igualitária possível.¹⁵⁰

¹⁴⁷ MOREIRA, Vital. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. 1ª ed. 2ª tiragem. 2003, 318 à 330. O autor apresenta dez problemas que a Constituição Federal contemporânea deve dar conta: (i) da unidade e indivisibilidade do Estado ao pluralismo territorial; (ii) as sociedades multiculturais, multi-étnicas e multinacionais; (iii) a cidadania dos não-nacionais; (iv) o alargamento dos direitos fundamentais e dos seus mecanismos de tutela; (v) crise da democracia representativa, neocorporativismo e poderes fácticos; (vi) as dicotomias políticas tradicionais e os sistemas mistos; (vii) o futuro do Estado Social e dos direitos sociais; (viii) a abertura das gerações vindouras; (ix) as limitações da soberania constituinte e o Constitucionalismo global; (x) e por fim a soberania nacional partilhada e o espaço político supranacional.

¹⁴⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2009, p. 82 e 83. “O término da segunda guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazifascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, (...) A Constituição italiana de 1947, entre outros princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. A constituição portuguesa de 1976, (...). Igualmente a Constituição espanhola de 1978. (...) No Direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”.

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**/ Luiz Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. 2008, p. 51.

¹⁵⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2009, p. 86.

Mas, considerar os homens iguais perante a lei, ou seja, em uma igualdade formal, acarretaria uma série de injustiças sociais, pois há uma diversidade cultural entre os homens o que os torna desiguais. As suas desigualdades merecem ser tuteladas na medida de suas desigualdades:

Essa espécie de igualdade, apenas formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com sua desigualdade (...).¹⁵¹

Assim, com a devida consideração à igualdade substancial, o discurso reivindicatório é de aceitação das diferenças, ou do “direito à diferença”, sendo impossível contemplar uma identidade comum a todos os homens, pois:

Os homens não são iguais entre si, e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias facilmente visualizáveis, como ricos e pobres, sadios e deficientes, homens e mulheres. A humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade.¹⁵²

Na Constituição Federal de 1988 impera a democracia. Desta forma, o Estado Democrático de Direito deve realizar a democracia, permitindo uma convivência social e plural, livre, justa e solidária. A Constituição tem a incumbência de construir uma democracia representativa, participativa e pluralista de forma a garantir direitos fundamentais. A incumbência pluralista da Constituição segundo José Afonso da Silva se justifica: “(...) porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes a sociedade (...).”¹⁵³

¹⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2009, p. 86.

¹⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2009, p. 88.

¹⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 122.

Ao optar por um Estado Social e Democrático, a Constituição de 1988 optou por conjugar valores de liberdade e igualdade com o valor pluralismo.¹⁵⁴ Assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro tem o dever de realização do homem, uma vez que o homem é totalmente indissociável da coletividade, concretizando a justiça social através de práticas sociais e da cidadania. Há um dever de incluir àqueles que estavam inclusos antes da chegada de exploradores das riquezas, como por exemplo, os índios que aqui habitavam antes da ocupação das terras brasileiras pela coroa luso européia e da efetividade dos costumes das sesmarias, bem como, outras concepções proprietárias que não somente a civilista.

A Constituição Democrática permite um diálogo entre as propriedades provocando rupturas com o direito absolutista, ou seja, a Constituição Federal de 1988 revelou que há compromisso do Estado com o plural com uma coletividade nacional pontuada pela diversidade cultural e normativa, amplia as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os povos formadores da tradição brasileira no processo de construção de uma nova mentalidade jurídica estatal na proteção dos direitos coletivos, exatamente porque permite a discussão sobre a titularidade da defesa desses direitos.¹⁵⁵

Ao permitir o reconhecimento da diversidade, há um reconhecimento das diferenças, bem como, de que a propriedade deve ser plural para servir aos diferentes e jamais servir o individualismo cegamente, comentando Francisco Amaral:

Constata-se o declínio da noção unitária da propriedade, desenvolvendo-se a idéia de um instituto plural. Não mais a propriedade mas as propriedades, dada a diversidade do objeto (propriedade mobiliária e imobiliária, propriedade urbana e rural ou agrária, propriedade de águas, de minas, propriedade intelectual, industrial, patentes, marcas, propriedade literária, artística e científica, etc.)¹⁵⁶

A propriedade privada imobiliária está consagrada na Constituição Federal em momentos distintos, assim, no Título II, Capítulo I - Dos Direitos e Garantias

¹⁵⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 46.

¹⁵⁵ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 162.

¹⁵⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 2003, p. 146.

Fundamentais no art. 5º, Inciso XXII; e no Título VII, Capítulo I – Da Ordem Econômica no art. 170, Inciso II arrola a propriedade privada dentre os Princípios da Ordem Econômica. Ainda neste título, agora no Capítulo II – Da Política Urbana, o art. 182, traz definida a destinação do solo urbano, “que deverá ser executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” No Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, art. 184, 185 e 186 preceitua a forma de exercício da propriedade rural, determinando os requisitos que deverão ser cumpridos para que haja o atendimento da função social. A terra transformada em propriedade privada urbana ou rural é propriedade com função social.

Portanto, o texto Constitucional democrático garante uma pluralidade de propriedades, “(...) de onde se cabível falar não em propriedade, mas em propriedades.”¹⁵⁷ Eis a constatação de que outras propriedades além das imobiliárias privadas, também são consagradas pelo texto constitucional: a propriedade dos índios (art. 231) e dos quilombolas (art. 68, do ADCT) definidas como terras públicas; propriedade cultural (arts. 215 e 216), e outras espécies de propriedade como as não-urbanas e as coletivas, reveladas pelo Estado Democrático de Direito.

Muito embora a pesquisa esteja limitada a constatação das pluralidades de propriedades imobiliárias e suas funções sociais reveladas pela democracia, cumpre mencionar que conforme será analisado, a concepção de propriedade nos moldes civilistas, não é reconhecida por alguns grupos como índios, ribeirinhos, pois para eles o que importa não é a propriedade em si, mas o seu vínculo coletivo e sua forma peculiar de explorar a terra. Neste momento, para melhor compreensão da incidência da função social sobre todos estes bens, cumpre analisar a definição do objeto do direito de propriedade.

Preteritamente era pacífico na doutrina tradicional a exigência de que a propriedade deveria somente incidir sobre os bens corpóreos, no entanto, contra essa doutrina, se opôs a corrente doutrinária que estende ao direito de propriedade aos bens incorpóreos. Desta forma, entre os partidários desta última corrente está

¹⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 273.

Orlando Gomes que afirma a propriedade literária, artística, científica e até direitos como objetos de propriedade:¹⁵⁸ Nas palavras do autor:

Recentemente, o conceito de propriedade alarga-se abrangendo certos valores, como o fundo de comércio, a clientela, o nome comercial, as patentes de invenção e tantos outros. Fala-se, constantemente, em propriedade industrial para significar o direito dos inventores e o que se assegura aos industriais e comerciantes sobre as marcas de fábricas, desenhos e modelos. Chega-se até a admitir a propriedade de cargos e empregos.¹⁵⁹

Conforme mencionado a Constituição dispõe sobre uma pluralidade de propriedades, rompendo com a concepção unitária de propriedade, e seguindo o entendimento de Pietro Perlingieri, o reconhecimento da propriedade não pode ficar adstrito somente a bens corpóreos, pois também é propriedade bens incorpóreos.¹⁶⁰

Mesmo sendo tema do próximo capítulo, cumpre adiantar que em qualquer espécie de propriedade revelada pelo ordenamento maior de 1988, exige-se o cumprimento de sua função social. Este é o entendimento de Paulo Lôbo:

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. As riquezas são transferidas de bolsas de valores, transitando de país, em investimento voláteis. Todas essas dimensões de propriedades estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.¹⁶¹

Haverá a incidência da função social sobre bens individuais, coletivos, comunitários, culturais, tradicionais e outras propriedades que venham a ser reveladas pelo Estado Democrático de Direito, como por exemplo, as propriedades imobiliárias decorrentes de novos fatos sociais dos grandes centros urbanos e das

¹⁵⁸ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 106.

¹⁵⁹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 106.

¹⁶⁰ É importante destacar que nem todas as formas de propriedade se encaixam nos parâmetros civilistas, como por exemplo a dos índios, o vínculo que os mesmo tem com a propriedade é espiritual, e não registral, com metragem definida, ou seja, largura e cumprimento precisos. Pois o que chamamos de propriedade eles chamam simplesmente “mãe terra”.

¹⁶¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 57.

propriedades não-rurais, paralelas ao conceito unitário de propriedade. Haveria desta forma, não só pluralidade de propriedades, mas também de funções sociais.

A constatação das inúmeras espécies de propriedades reveladas pela Constituição Federal de 1988 permite mencionar que o Texto Constitucional insere a propriedade privada como um dos princípios da ordem econômica (art. 170), atrelada à função social (art. 170, incisos II e III), mas, o que derradeiramente a torna mais ampla que as Constituições pretéritas conforme Gustavo Tepedino é que:

O Texto vigente incluiu a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, no inciso XXIII do art. 5º, o qual dispõe (ao lado da proteção à propriedade privada, art. 5º, XXII), que a propriedade atenderá a sua função social. (...) Pelo texto atual, na técnica adotada pelo Constituinte, está inserida no rol dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.¹⁶²

Ao alicerçar todo tecido Constitucional com princípios fundamentais na parte introdutória, o constituinte direcionou a interpretação para o que ele considera mais importante, tornando estas realizações fundamentais parâmetros interpretativos para todo ordenamento, incluído a propriedade privada. Portanto, “a tutela social dos incisos XXII e XXIII do art. 5º, colocados, como visto, dentre os direitos e garantias individuais, a impregnar toda a Constituição e o Ordenamento vigente, garante a propriedade desde que vinculada à sua função social.”¹⁶³

A realização dos direitos fundamentais e existenciais pela propriedade privada somente será viabilizada se houver uma abertura interpretativa para as propriedades fragmentadas pela Constituição Federal de 1988, permitindo desapegar da concepção unitária de propriedade¹⁶⁴ conforme observa Ana Prata: “O conceito unitário de propriedade, descalcado sobre a noção de propriedade fundiária, tem, a pouco e pouco, cedido lugar à idéia de que não existe uma única propriedade, mas múltiplas propriedades, isto é, múltiplos regimes de propriedade em cada ordenamento jurídico.”¹⁶⁵

¹⁶² TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74 e 75.

¹⁶³ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 75.

¹⁶⁴ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 186.

¹⁶⁵ PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. 1982, p. 186. A autora destaca a importância da criação de condições formais e substanciais no exercício do estatuto proprietário dentro do Estado Democrático conforme objetivos da Constituição Portuguesa: “*Sem uma pretensão hierarquizadora, não pode, porém, deixar*

É importante destacar conforme mencionado que a Constituição Federal de 1988, através da democracia, priorizou a dignidade da pessoa humana e a igualdade como meios de realizar os direitos fundamentais. Desta forma, ao tutelar a propriedade como direito fundamental,¹⁶⁶ fez de forma a diferenciar de vez com a tutela despendida à propriedade no final do século XIX, fase em que a propriedade também tinha conotação fundamental, mas, bem distante da concepção atual. A propriedade era fundamental na medida em que tutelava o interesse do proprietário, resguardando para ele o domínio e a apropriação da coisa.

Enquanto que, na atual concepção, a propriedade é considerada fundamental desde que inserida nos objetivos da democracia e comprometida com a realização da dignidade da pessoa humana, revelando até mesmo um novo conceito à propriedade agora mais qualitativo, compreendendo interesses não proprietários.¹⁶⁷ Ou seja, tanto a democracia como a dignidade da pessoa humana contribuem para romper de vez com qualquer vestígio da propriedade individualista e acarreta a fragmentação da propriedade, permitindo se falar em as propriedades.

Assim, “o conteúdo da propriedade, contemporaneamente, não pode ser extraído apenas do Código Civil, exigindo uma investigação a partir da Constituição Federal de 1988.”¹⁶⁸ Pois, a propriedade deve ser compatibilizada com os interesses sociais, e ao atendimento dos direitos fundamentais, sendo a única forma de manter o próprio instituto da propriedade privada, pois, do contrário, querer manter a propriedade apegada a um conceito unitário civilista é permitir uma possível extinção.

A realização dos princípios fundamentais pela abertura interpretativa da propriedade privada ficará mais cristalizada na próxima análise que será feita em torno do conteúdo da função social, na qual há dignidade da pessoa humana e os

de se sublinhar a fundamental importância que, num Estado democrático que tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático de poder pelas classes trabalhadoras (art. 2º), em que os direitos dos trabalhadores têm um estatuto de direitos fundamentais (art. 17º), encontrando-se excluídos da revisão constitucional (art. 290º), e, a fundamental importância, dizia-se, que assume no estatuto da propriedade (e, directamente, da iniciativa económica privada) a salvaguarda desses direitos e a criação de condições do seu formal e substancial exercício.” Ou seja, a Constituição portuguesa prevê um socialismo que reflete no instituto proprietário.

¹⁶⁶ Ver notas 161.

¹⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª edição revisada e atualizada. 2008, p. 343.

¹⁶⁸ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 108.

objetivos fundamentais do Estado Democrático (art. 3º, da CF/88) estão sobrepostos a qualquer forma de concepção proprietária. É o que será feito infra.

Capítulo 2 – O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: AFIRMAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 FUNDAMENTOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Na atual conjuntura político social do Estado democrático de Direito é intenso o debate sobre o conceito individualista da propriedade. O interesse na contemporaneidade pela propriedade privada é quanto a sua funcionalização e modificações estruturais, não podendo se esquivar das influências históricas que iniciaram ainda no século XVIII na França, com o surgimento da concepção individualista. Na ancoragem do século XIX as doutrinas socializantes impregnaram a propriedade com um sentido social. Transpassando o anseio de socialização da propriedade destes séculos para os séculos XX e agora XXI, o aumento populacional e as demandas sociais exigem uma reflexão para além da concepção unitária de propriedade.

Neste trabalho a funcionalização da propriedade é cotejada dentro do Estado Democrático de Direito como meio de acolher e viabilizar propriedades esquecidas pelo individualismo, capitalismo e a codificação e colonização, cuja complexidade o Direito Civil ainda não conseguiu enfrentar.¹⁶⁹

O Estado Democrático de Direito é meio para viabilizar as propriedades reveladas pelo Texto constitucional, interferindo na concepção estática da propriedade, apresentando também diversas espécies de funções sociais. Pois como se verá mais adiante cada espécie de propriedade terá uma função social específica. Não há mais espaços para concepções fechadas, singulares e absolutistas.

Por isso, o estudo terá início no fundamento da função social, sua ancoragem no Brasil e seu caráter limitador ao direito de propriedade, a fim de entender precipuamente função social e poder analisar sua incidência na propriedade. Analisando o alcance da função social não apenas na propriedade privada como comumente se tem feito, mas nas diversas espécies de propriedades

¹⁶⁹ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 159.

privadas imobiliárias que emergem nos centros urbanos ante o aumento populacional e as reivindicações coletivas, bem como nas propriedades não urbanas, cujo sentido de apropriação é totalmente diferenciado da propriedade formal (cartorária e registral).

Nesse contexto é importante destacar o que se quer dizer quando é designado que determinado instituto tem uma função social. Uma possível resposta encontra-se nas palavras de Luciano Penteadó:

Quando se afirma que um determinado instituto jurídico apresenta ou tem uma função, objetiva-se, com a assertiva, designar o papel desempenhado, a finalidade própria, a razão justificadora segundo a qual está configurado. Função seria, então, nesta acepção, sinônimo de papel. Segundo este ponto de vista, a bem da verdade, toda realidade jurídica apresenta um papel e também um papel a desempenhar. Deste modo todo instituto tem uma função social.¹⁷⁰

A função social¹⁷¹ da forma como está inserida no texto Constitucional protege a propriedade na sua forma individual e coletiva desde que apresente

¹⁷⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 180.

¹⁷¹ É quase que natural mencionar função social como princípio, no entanto, não se pode deixar de mencionar que há divergência sobre a natureza jurídica da função social. O debate é aberto por LOUREIRO, quando questiona se a Constituição Federal ao dispor; "*a propriedade atenderá a sua função social*", *consagra um princípio ou uma cláusula geral?*" (LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. 2003 p. 114) para alguns autores a função social seria princípio e para outros cláusula geral. A opção de Eduardo Francisco Loureiro é admitir a função social como cláusula geral, dependente de valoração e ponderação do juiz diante do caso concreto. Também como cláusula geral teria uma gama de titulares (juiz, proprietários, não-proprietários, titulares de contra-direitos, o legislador, etc...); para outros um princípio, e, neste caso é regra de ouro quando se fala de princípio abordar a estrutura das normas, voltando a atenção para dois autores estrangeiros: Robert Alexy e Ronald Dworkin. Para eles o sistema normativo é composto por regras e por princípios, ou seja, a estrutura da norma de direito fundamental ou é de regra ou é de princípio. No entanto, a definição do que seriam regras e o que seriam princípios, pressupõe a extensão, o alcance e a forma de interpretação e aplicação de cada um dos elementos da norma, cujos critérios são definidos teoricamente. Antes de concluir a natureza jurídica da função social, por regra ou por princípio é necessário algumas considerações referente o que seria determinante para diferenciar regra ou princípio, mas, somente a ponto de poder concluir a natureza jurídica da função social, sem muito aprofundamento. Alexy aponta três teses que indicariam a existência de distinção entre regras e princípios. A primeira que desconsidera a existência de qualquer diferenciação acha que não há sentido, porque os que o fazem, fazem da maneira que desejam, ou seja, vêem princípio ou regra onde querem ver; para a segunda tese a diferenciação estaria no grau, mas especificamente no grau de generalidade; a terceira tese aponta que normas "*(...) podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas diferença gradual, mas diferença qualitativa.*" Esta tese é aceita por Alexy como sendo a correta, em que pese ser comumente usada a tese da generalidade. (p. 87) (Sobre as diversas formas de distinção entre regras e princípios ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2008, p. 90. p. 86 a 179). Para este autor, princípios seriam mandamentos de otimização que seriam aplicados segundo possibilidades fáticas e jurídicas, ou seja, de caráter *prima facie*. Regras seriam normas aplicadas ou não, assim, "*Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. (...).*" (p.91) Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma

relação de equilíbrio com interesses sociais, sob pena de erosão protetiva. A função social é um elo entre a propriedade e os fins sociais, permitindo resgatar valores culturais. Por conseguinte, o conceito de função social sofre influências de aspectos extra-sistemáticos, supondo a abertura do sistema jurídico, eis que passa “a depender de critérios e valores da comunidade em que se insere, podem sofrer, tanto ele quanto a sua relação (função social), variações sociais e históricas de relevo.”¹⁷²

A concepção da função social se apresentará conforme a titularidade da finalidade social, como no exemplo mencionado por Luciano Penteadado:

A função, como visto, aponta para um “porto” que deve ser visado pela navegação dos titulares de direito. O desvio de rota (disfunção) é coibido. Existem fins que representam interesses de pessoas certas. Isto ocorre, por exemplo, na tutela, em que o poder familiar tem função individual predominante, pautado no interesse do menor. Existem também fins que representam interesses de pessoas incertas, ou melhor, indeterminadas, ou de todas. Ocorre isto, claramente, além de no campo proprietário, na atuação de direitos que possam interferir sobre bens difusos (meio ambiente, concorrência, cultura).¹⁷³

No campo concreto do direito privado a função social ganha dimensão diversa, pois: “Existem tantas funções em direito quanto os entes ou as realidades às quais podem estar referidas as diferentes situações jurídicas. Há titularidade da situação e um fim externo a ela.”¹⁷⁴ Portanto, cada uma das propriedades do Estado Democrático de Direito desencadeará uma função social:

Evidentemente, cada uma delas pode apresentar múltiplas funções, desde as mais estritamente individuais, até tipicamente coletivas, passando pelas sociais. Em matéria de propriedade, o CC 1.228 § 1º traz um modo específico do exercício do direito que deve levar em consideração diferentes

distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Pois, “(...) *toda norma é ou é uma regra ou um princípio*”. (p.91) A regra também pode ser aplicada diferentemente dos princípios pelo critério do tudo-o-nada. (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. 2007’ p. 139). Regras e princípios são normas que determinam certa direção ou juízo para casos concretos, determinando um dever-ser, mas, de forma distinta. Portanto, a natureza jurídica da função social dentro do sistema normativo ou é de regra ou é de princípio. Suzana Toledo de Barros, citada por Eduardo Francisco Loureiro (LOUREIRO, Francisco Eduardo.

¹⁷² PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 173.

¹⁷³ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 175.

¹⁷⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 174.

valores, desde ecológicos e culturais, passando por valores tipicamente econômicos.¹⁷⁵

A origem da função social estaria ligada ao pensamento de Tomás de Aquino.¹⁷⁶ No sistema contemporâneo algumas causas teriam dado origem a função social, dentre as quais estariam os movimentos sociais, objetivando corrigir os ideais do liberalismo. Por sua vez, estes movimentos sociais teriam sua origem em um ideal cristão, pois “os movimentos sociais, quer de inspiração cristã, quer de inspiração materialista, entretanto, apontaram para as deformações de um sistema econômico liberal, base de um direito privado protetor da propriedade de modo incondicional.”¹⁷⁷

E, ainda, seria possível identificar a concepção contemporânea da função social na passagem do Estado de Direito Liberal¹⁷⁸ para o Estado Social de Direito, inserindo a realização da sociedade entre os objetivos do Estado, ou seja, a sociedade é protagonista das ações do Estado, como forma de corrigir “(...) o

¹⁷⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 174.

¹⁷⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74. Quando se propõe a analisar a função social Gustavo Tepedino menciona que o tema não é novo, nem revolucionário, como pensam e querem alguns, pois o tema já se fazia presente na doutrina cristã da Idade Média através da influência de Tomás de Aquino. Para ele os bens disponíveis na terra pertencem a todos, de forma a impor o uso comum da propriedade. Ver também: MOTA, Mauricio. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. 20 anos da constituição brasileira. 2009, p. 141. Sobre a propriedade como causa natural, menciona o autor: “*Nesse sentido, a lei nada mais é do que o exercício participativo da criatura racional na lei eterna, mediante certos princípios comuns. É natural porque não procede de fatores culturais, mas da estrutura psicológico-moral do ser humano.*” (p.142) e acrescenta: “*A propriedade se seus regimes podem variar muito devido à pluralidade das circunstâncias e condições humanas.*” (p.143) Desta forma, “*a discussão da propriedade em Tomás de Aquino se dá nos quadros da lei natural, na qual tem a sua referência mais expressiva.*” (p.144) Assim, as indagações de Tomás de Aquino levaram inicialmente a um repensar sobre a propriedade privada, pois dizia em primeiro lugar à Deus pertenceria o domínio das coisas, e que Deus destinaria ao homem o domínio sobre as coisas, para sua utilidade. Ver ainda: MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional. *Revistas dos tribunais*. Ano 96, vol. 860, junho de 2007, p. 95. Para o autor, a concepção de proprietário em São Tomás de Aquino é comparado ao gestor de um bem, que o administra em prol da coletividade, principalmente naquilo que exceder ao seu próprio sustento.

¹⁷⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 181 e 182.

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. 2002, p. 113 e 114. José Afonso da Silva faz diversas críticas ao Estado de Direito concebido na fase do liberalismo: “*Houve, porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão “Estado de Direito” pode ter tantos significados distintos como a própria palavra “Direito” e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra “Estado”. Disso deriva a ambigüidade da expressão Estado de Direito, sem mais qualificativo que indique conteúdo material. (...) A concepção jurídica de Kelsen também contribui para deformar o conceito de Estado de Direito. Para ele Estado e Direito são conceitos idênticos. Na medida em que ele confunde Estado e ordem jurídica, todo Estado, para ele, há de ser Estado de Direito.*”

individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social.”¹⁷⁹

O Estado Social de Direito provoca rupturas na estrutura formal e material do Estado de Direito, cujos requisitos giravam em torno da aplicação das leis a cargo de juízes, estrutura material de livre concorrência ao mercado capitalista, estrutura social do sistema jurídico, com garantia de integração da classe trabalhadora e estrutura política do sistema jurídico com conseqüente separação do poder.¹⁸⁰ Estes requisitos são combatidos pelos objetivos do Estado Social de Direito¹⁸¹ cuja promessa é de “(...) situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana.”¹⁸² A pessoa passa a ser o alicerce desta concepção de Estado. “O Estado Social está empenhado conscientemente na formação e reconstrução da sociedade (...)”.¹⁸³

Em um contexto social a função social da propriedade seria uma criação do Estado socializado, “(...) de ação positiva no sentido de intervir na ordem econômica e social, tendo em vista os interesses coletivos.”¹⁸⁴ Neste sentido, como será analisado, a origem do princípio da função social na contemporaneidade está ligado ao princípio da solidariedade.¹⁸⁵ Daí a importância, neste primeiro momento analisar a origem da própria solidariedade, para entender os fundamentos da função social.

A solidariedade seria pressuposto da função social, assim é necessário um retorno as origens da solidariedade¹⁸⁶ mesmo que de forma breve para melhor

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. 2002, p. 115.

¹⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 13ª ed. 2008, p. 401

¹⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. 1987, p. 208 e 209. O autor menciona algumas críticas ao Estado Social de Direito, mencionando que: “(...) o único valor jurídico da expressão Estado Social de Direito só pode ser o de cânone de interpretação da Constituição do qual deriva um vínculo social de liberdade, ou seja, e nas palavras de FORSTHOFF o Estado Social de Direito não passa de fórmula vazia e completa banalidade.” Também atrela a existência do Estado Social a pré-existência do Estado de Direito: “A Constituição do Estado de Direito possibilita a existência do Estado Social e fornece-lhe os meios jurídicos necessários à prossecução da sua actividade como Estado fiscal, sob uma única condição: a distinção rigorosa entre o poder de tributação fiscal e a tutela do sistema de repartição dos bens imposto pela garantia de propriedade; diluída que fosse esta distinção, o Estado Social perderia o seu fundamento constitucional, na medida em que a repartição do produto nacional por ele operada pressupõe a manutenção do pré-existente sistema de repartição de bens garantido pela Constituição do Estado de Direito.”

¹⁸² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. 2002, p. 115.

¹⁸³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. 1987, p. 205.

¹⁸⁴ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. 2003, p. 146 e 147.

¹⁸⁵ Este é o entendimento de Paulo LÔBO e Pietro Barcellona.

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (O seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 74 e 75. O autor atrela a origem da função social ao mesmo percurso

compreensão do alcance do princípio, ou seja, no momento histórico em que se alavancou a solidariedade. Nas palavras de Paulo Lobo:

Desde os antigos se utilizava a locução latina *in solidum*, com significado de soma do todo. Mas, tem sido afirmado que o termo “solidariedade” apenas aparece na linguagem jurídica no início do século XVII, daí passando para linguagem comum. Esse sentido estrito não é o mesmo do princípio fundamental da solidariedade no mundo contemporâneo, como dever geral de conduta, que se consolidou nas Constituições sociais do século XX, e cuja elaboração na doutrina jurídica é relativamente recente.¹⁸⁷

Ainda, segundo relatos teóricos, a solidariedade ensaiou seus primeiros passos no final do século XIX, precisamente no início do século XX. No momento que se aqueciam as discussões em torno do formalismo sistêmico. “Para os autores engajados na construção do direito de solidariedade, a ruptura com o formalismo jurídico implica a reformulação das técnicas jurídicas, (...)”,¹⁸⁸ quando se visava ir além das técnicas jurídicas existentes e viabilizar a própria gestão social, pois eram crescentes as problemáticas decorrentes de novos fatos sociais, cuja consequência era a transformação do espaço social, que na maioria das vezes totalmente ausentes de respostas.

Nesta fase, o Estado estava assumindo uma nova postura¹⁸⁹, a de Estado Social de Direito, voltando-se para as questões da pessoa humana.

O processo sistêmico também vinha sofrendo influências da sociologia,¹⁹⁰ que desferia a acusação em face do direito codificado, questionando porque não encontravam juristas socialistas: “É porque o direito está em mãos dos burgueses que dominam, com seus códigos e seus juízes, a sociedade individualista que

originário da solidariedade. Aos movimentos sociais, a experiência da Constituição de Weimar, intervenção econômica e assistencialismo que como consequência resultou na função social e na justiça distributiva. Reforçando esta pesquisa no que se refere a solidariedade ser pressuposto da função social.

¹⁸⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 82.

¹⁸⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. 1998, p. 131.

¹⁸⁹ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. 1998, p. 196. O autor atribui a origem do direito de solidariedade a mudança dos paradigmas do início do século XX, quando o discurso do liberalismo não se fazia mais suficiente para dar conta das crescentes demandas sociais. “O liberalismo não podia mais salvar as aparências e a ideologia liberal era desmascarada como ilusão.” Uma vez que o discurso solidarista deste início do século XX, “(...) nasceu de uma crítica à democracia burguesa, ele é ao mesmo tempo o mais poderoso agente do reconhecimento e ampliação do sufrágio universal, das liberdades políticas, dos direitos sociais e da democracia representativa.”

¹⁹⁰ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. 1991, p. 35. Arnaud aborda de forma breve a distinção entre sociologia e socialismo: Apesar de tudo, a sociologia, como dizem os sábios, e o socialismo, como diz simplesmente o povo, trará a felicidade para todos.

estabeleceram no início do século.”¹⁹¹ O termo socialismo era temido por muitos, e até os dias atuais há aqueles que ligam o socialismo como forma de tudo pertencer a todos, no entanto, o termo solidariedade não pode ser confundido com o socialismo.¹⁹²

O fundamento do solidarismo se propõe a reconstruir a sociedade para dar respostas às aspirações de justiça social, mas, não empregando meios brutais que o socialismo chegava a impor, dentre estes meios impostos pelo socialismo estava a absorção do direito privado pelo público.¹⁹³ Para alguns o solidarismo seria uma conseqüência do socialismo jurídico, ou seja: “Seguindo o caminho traçado pelos solidaristas, o socialismo jurídico fará surgir pouco a pouco um novo direito.”¹⁹⁴

O assistencialismo também pode ter dado origem a solidariedade, pois o dever de assistencialismo tomou conta dos integrantes pertencentes ao mesmo grupo social, ou seja, surge o “(...) dever moral de assistência entre os membros de uma mesma sociedade, na medida em que eles se consideram parte de um todo.”¹⁹⁵ Para Paulo Lôbo: “A solidariedade cresce de importância na medida em que permite a tomada de consciência da interdependência social.”¹⁹⁶ Portanto, a solidariedade também está associada a um vínculo de sentimento que seria inerente as relações sociais, ensejando um dever de assistência e amparo para com os outros. “O princípio jurídico da solidariedade recebe esses sentimentos como valores e os verte em direitos e deveres exigíveis nas relações interindividuais.”¹⁹⁷

¹⁹¹ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. 1991, p. 32.

¹⁹² ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. 1991, p. 32.

¹⁹³ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. 1991, p. 42 e 62. A idéia do socialismo em absorver o direito privado pelo direito público era liderada segundo ARNAUD por ANDRÉ MATER, para melhorar a eficácia da transformação do Direito herança do direito burguês: “*O interesse de privatização do direito público resulta essencialmente do fato de que o socialismo jurídico – favorável à coletivização, e, portanto ao desaparecimento da propriedade, e ao aumento de poderes do Estado – pretendia absorver a integralidade do direito privado no direito público. O solidarismo queria contrapor-se a essa tese. Assim, os solidaristas utilizaram a noção de solidariedade, e a teoria do quase-contrato dos civilistas, negando o valor da distinção entre direito privado e direito público, e determinando com precisão a função do Estado e dos limites de sua intervenção.*”

¹⁹⁴ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. 1991, p. 54.

¹⁹⁵ ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. 1991, p. 58.

¹⁹⁶ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 81.

¹⁹⁷ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 81. A afirmar que haveria uma obrigação, “um dever” de solidariedade nas relações interindividuais é pretender impor a solidariedade, e imposição seria autoritarismo, e não valor. Frise-se que não se busca nesta pesquisa impor a solidariedade, mas sim refleti-la na função social, como reforço a este último princípio, viabilizando a realização e o reconhecimento de outras propriedades que não só a privada.

Outro fenômeno que contribuiu para a era do desenvolvimento da solidariedade é o fenômeno da industrialização amplamente discutido no universo dialético, tendo em vista, seu raio de transformações, gerando reflexos na esfera social, pois, o fenômeno em questão leva ao resultado da transformação de uma sociedade totalmente primária em uma sociedade, cujas atividades são predominantemente secundárias e terciárias, desta forma, é intrínseca a ligação entre o fenômeno da industrialização e o crescimento econômico e social.¹⁹⁸ Na era da industrialização ocorreu a fase da autopropulsão, “período que é caracterizado por mudanças drásticas e decisivas na configuração política e social do país em questão (Revolução Industrial).”¹⁹⁹

A denominação desta fase em Estado Bem-estar é assim caracterizada, porque muitos definem o intervencionismo como sendo Estado assistencial. Portanto, o cenário interno do Estado do Bem-estar era de forte conflito,²⁰⁰ cujas aparências eram de assentamento das relações complexas entre Estado, necessitados e poder econômico. Somente no começo do século XX, antes mesmo da primeira guerra mundial, é que se pode “(...) encontrar medidas assistenciais que não só não estão em contradição com os direitos civis e políticos das classes desfavorecidas, mas constituem, de algum modo, seu desenvolvimento.”²⁰¹

É possível, retirar da própria história o desdobramento da evolução das necessidades apresentadas ao longo da execução do processo de industrialização e do poder econômico que muito embora não tivessem tal intenção, acabaram mesmo que de forma indireta, por fazer brotar a semente da solidariedade através do

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 13ª ed. 2008, p. 626. “O conceito de industrialização não dever ser confundido com o conceito de modernização. Quer seja considerada como momento econômico de um maior e geral processo de modernização, quer seja considerada como fenômeno heterogêneo e independente, (...). Que a unidade nacional – que é uma fase do processo de modernização – seja o pressuposto para a industrialização, é historicamente comprovado, Isto não quer dizer que o processo de modernização termine com o nascimento do Estado nacional e com o começo da industrialização. Todavia, após a unidade, os dois processos prosseguem de modo assíncrono e podem também entrar em conflito.”

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 13ª ed. 2008, p. 626.

²⁰⁰ O assistencialismo já foi alvo de muitas críticas, gerando verdadeira crise de Estado, pois, para muitos o assistencialismo representava o desvio do princípio “dar a cada um o que é de seu merecimento”, portanto, o assistencialismo representava uma promoção, um prêmio os preguiçosos que não aproveitavam a livre concorrência para auferir seu próprio sustento e condições de vida, uma verdadeira lei dos pobres, já que garantiam tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político, gerando por vezes oposição entre direitos civis e políticos.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 13ª ed. 2008, p. 416.

assistencialismo. Inserindo certa dose de responsabilidade “(...) não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros da sociedade.”²⁰² Na conclusão de Paulo Lôbo:

A função social é princípio autônomo que deriva originariamente do macroprincípio da solidariedade. Significa que o exercício de qualquer direito deve estar em conformidade com o interesse social da comunidade onde se insere. Em outras palavras, o interesse individual não pode prevalecer sobre o interesse social.²⁰³

Neste mesmo sentido, Pietro Barcellona afirma que a solidariedade é pressuposto da função social, uma vez que este princípio é originário daquele, neste sentido: “A função social vem considerada como cláusula geral, uma especificação do princípio da solidariedade com o compromisso de atuar em conflitos.”²⁰⁴ Completa Paulo Lôbo:

A imposição da solidariedade levou ao desenvolvimento da função social dos direitos subjetivos, inclusive a propriedade e o contrato, que se tornou lugar-comum neste início de século XXI. Sem a solidariedade, a subjetividade jurídica convencional estão fadadas a constituir mera forma de conexão de indivíduos que permanecem juntos, mas isolados.²⁰⁵

A função social atuará principalmente no direito proprietário questionando a realização e a relação entre objeto e sujeito, ou seja, o proprietário e a coisa permitindo refletir sobre o verdadeiro papel da propriedade.

Com a propriedade funcionalizada há exigência de deveres dos proprietários, dos não-proprietários, que não poderão usar, gozar, dispor sem perceber o universo coletivo em que está inserido. “A concepção de que a propriedade deve ser utilizada de forma solidarística, (...)”²⁰⁶

A estreita relação entre solidariedade e função social sinaliza para deveres recíprocos entre proprietários e não-proprietários, no entanto, cumpre analisar a obrigatoriedade de ser solidário. Pois, muito embora o desenrolar da solidariedade

²⁰² LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 81.

²⁰³ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo. 2009, p. 96.

²⁰⁴ Tradução livre: “*La funzione sociale viene considerata così una calusola generale, una specificazione del principio di solidarietà sociale, dell’esigenza di attuare un compromesso tra vari interessi in conflitto.*” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. 1996, p. 302.)

²⁰⁵ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo. 2009, p. 84.

²⁰⁶ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 141.

tenha sido através do fenômeno da industrialização, do assistencialismo e da luta das classes trabalhadoras, não há como afirmá-lo como um dever.

Deve ser levado em consideração que a solidariedade foi esculpida também como direito fundamental, pois, está assentada dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que preconiza a obrigação de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, Inc. I, da CF/88). Mas, obrigatória ou não, o que não se permite é a desvalorização da personalidade individual das partes envolvidas, sob pena de comprometimento do próprio Estado Democrático. Uma vez que, se isto ocorresse, não seria um Estado democrático, mas sim um Estado autoritário.²⁰⁷

A solidariedade pode ser questionada quanto ao seu conteúdo obrigatório, no entanto, fez emergir, como mencionado, a função social da propriedade, com caráter obrigacional, interferindo no conteúdo da propriedade que atualmente é vista “(...) com toda sua implicação sobre o direito comum – deve ser vista como uma via de mão dupla, pela qual trafegam simultaneamente – sem colisão – direitos e deveres.”²⁰⁸ O alcance do dever imposto pela função social é de inclusão dos desfavorecidos, no entendimento de Eroulths Cortiano Júnior: “Se antes a função social da propriedade era exercida à medida que refletia a autonomia e liberdade humanas, impõe-se agora compreender sua função em face dos desprivilegiados, dos não proprietários; daqueles cuja autonomia e liberdade inexistiam por não serem proprietários.”²⁰⁹

A função social acarretou deveres e limites no exercício da propriedade, trazendo uma espécie de equilíbrio entre o individualismo e assistencialismo, pois, ao contrário do Estado do Bem-estar Social, onde a visão era de obrigação do Estado de ser solidário, pois com a função social já não se pode olvidar de que as exigências se estendam a propriedade. Resta saber quando e como a função social foi ancorada no Direito brasileiro.

²⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. 1987, p. 221.

²⁰⁸ LOUREIRO. Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. 2003, p. 50 e 51. O autor atribui a esta via de mão-dupla de direitos e deveres a inserção na relação proprietária individualista a figura dos não-proprietários, transformando a relação proprietária em complexa.

²⁰⁹ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 142 e 143.

2.2 SENTIDOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA PLURALIDADE DE ESTATUTOS JURÍDICOS

A recepção da função social no Brasil tem estreita relação com as transformações no contexto social brasileiro, com as mudanças na concepção proprietárias, e com o Estado Democrático de Direito. A Constituição Democrática Alemã de Weimar de 1919 foi precursora na introdução do conceito de função social, portanto, responsável por modificar a concepção de propriedade, inspirando muitas das Constituições Democráticas, inclusive a brasileira.

No Brasil, após o advento da Constituição Alemã foram promulgadas seis Constituições, destas, três foram outorgadas e três democraticamente promulgadas. As outorgadas reduziam o alcance da função social, tutelando demasiadamente a propriedade privada. As Constituições Federais brasileiras de 1934, 1946 e 1988 foram promulgadas posteriormente a Constituição Alemã, e todas condicionaram a propriedade privada a um dever social. E como será demonstrado é perceptível o papel e os efeitos das Constituições democráticas no contexto social e na esfera da propriedade privada.

Há divergência na doutrina quanto ao surgimento inicial da função social nas Constituições brasileiras, pois para Gustavo Tepedino a primeira Constituição Federal que ensaiou os primeiros passos em direção de uma intervenção assistencialista no cunho proprietário foi a de 1946,²¹⁰ desta forma intervém o autor:

A função social da propriedade apresenta-se, portanto, no direito brasileiro, estranha ao Código Civil. A norma constitucional de 1946 introduziu, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade, na esteira

²¹⁰ A Constituição Federal de 1946, retomou a função social que fora limitada pela Constituição Federal de 1937, da seguinte forma: Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm. Consulta realizada dia 24.09.2010). A nosso ver a Constituição Federal de 1934 era bem mais ampla e clara quanto à função social. (ver nota 201). O texto Constitucional de 1969 por ser também outorgada em nada se diferenciou da Constituição de 1967.

de copiosa legislação intervencionista que caracterizou os primeiros passos do Estado assistencialista e da socialização do direito civil.²¹¹

Contudo, antes da Constituição Federal de 1946 mencionar a função social, a Constituição de 1934²¹² já ousava dispor democraticamente sobre um conceito de função social da propriedade criando certa reflexão social em torno da então concepção vigente no Código Civil de 1916, neste o Código Civil de 1916, menciona que a Constituição, porém, fixou a verdadeira doutrina social da propriedade, estatuidando: “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.”²¹³

A Constituição de 1934 impôs um dever social e coletivo à terra. Sendo ignorado pelas Constituições que se seguiram. A Constituição de 1937, 1967 e 1969. As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a função social, mas de forma pálida, por conta da própria natureza despótica e sem fins sociais.²¹⁴

Das quatro Constituições populares,²¹⁵ a Constituição de 1988 foi a que mais interferiu objetivamente na concepção da propriedade privada, rompendo com sua concepção individualista e tecendo-a sob uma perspectiva plural,²¹⁶ inserindo limite

²¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed..1999, p. 269.

²¹² (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm. Consulta realizada dia 24.09.2010): Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

²¹³ BEVILAQUA, Clóvis. **Escritos esparsos. A Constituição e o Código Civil**. (conferência apresentada em Fortaleza, na Casa Juvenal Galeno, em 15 de janeiro de 1935. 1995, p. 78.

²¹⁴ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para as terras, no Brasil contemporâneo**. 2000, p. 26. O texto Constitucional de 1967 outorgado garantia a propriedade no Capítulo IV – Dos Direitos e Garantias Individuais da seguinte forma: Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm. Consulta realizada dia 24.09.2010).

²¹⁵ Ver subtítulo 1.3, onde foram democraticamente promulgadas as seguintes Constituições: 1881, 1934, 1946 e 1988.

²¹⁶ Ver nota 155 e 156.

imane a propriedade. Neste sentido intervém novamente Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães Tanajura:

Nesse espírito, a Constituição de 1988 inova, avança e esculpe a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais e coletivas (art. 5º, XXIII), conferindo-lhe status de Cláusula Pétrea (art. 60, § 4º). Além disso, mantém a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica (art. 170, III) e prevê os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis, urbanos ou rural, cumpre sua função social.²¹⁷

Conforme foi mencionado no Subtítulo 1.3, a Constituição Federal de 1988 reconhece a função social da propriedade para cada situação distinta. Reconhece o direito de propriedade como direito e garantia fundamental no art. 5º, XXII e a propriedade com função social, art. 5º, XXIII, repetindo o instrumento ainda da época do liberalismo no que se refere a desapropriação, art. 5º, XXIV. Confirmando a propriedade como princípio da ordem econômica nos incisos II e III do artigo 170.

Para Paulo Lôbo a Constituição Federal ainda deixou margem para antinomias no que se refere à propriedade e a função social, nas palavras do autor:

A propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes individualistas e solidaristas. O direito de propriedade, no Estado democrático e social de direito, como o da Constituição brasileira de 1988, termina por refletir esse conflito. No art. 5º, dois incisos estabelecem regras que constituem uma antinomia se lidos isoladamente: o XXII (“é garantido o direito de propriedade”) é a clássica garantia a propriedade privada, do Estado liberal; o XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”) é a dimensão solidária e intervencionista, própria do Estado social. A antinomia é reproduzida no art. 170, que trata da atividade econômica. Em um, dominante é o interesse individual; em outro, é o interesse social. Mais que uma solução de compromisso, houve uma acomodação do conflito.²¹⁸

No entanto, outros compromissos assumidos pela Carta Magna de 1988 levam a extinção das antinomias existentes no texto constitucional, envolvendo a propriedade em seus objetivos, impondo deveres à de redução das desigualdades. Como observa Gustavo Tepedino:

²¹⁷ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães Tanajura. **Função social da propriedade rural: com destaque para as terras, no Brasil contemporâneo**. 2000, p. 26.

²¹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. 2009, p. 55.

No artigo 3º, inciso III, o constituinte inseriu entre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza, introduzindo no sistema o princípio da igualdade substancial, pelo qual o Estado se compromete a reduzir as desigualdades sociais e redistribuir a riqueza – impondo, portanto, ao lado do princípio da isonomia formal, o princípio da isonomia substancial; e ao lado do princípio da justiça retributiva, o princípio da justiça distributiva.²¹⁹

Para Orlando Gomes, dentre as Constituições democráticas ocidentais, a que melhor dispõe sobre função social é a Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, no art. 14, alínea 2, “a propriedade obriga. O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade.”²²⁰ Ou seja, para o autor não basta mencionar que a função social impõe deveres a propriedade de atender aos interesses sociais, mas sim de condicioná-las diretamente a coletividade.

No Texto Constitucional de 1988 “a noção de função social nasceu ligada à idéia de distribuição mais equitativa de riqueza e melhoria das condições de vida da população em geral, relacionando-se diretamente com a reforma agrária.”²²¹ O compromisso de erradicação de pobreza obrigou de certa forma a interferência premente na concepção proprietária, incluindo a propriedade como meio eficaz para redução das desigualdades, ensejando outras, como: de realização da pessoa humana, conforme menciona Gustavo Tepedino: “(...) a dignidade da pessoa humana está também incluída nos objetivos da República, pelo artigo 1º. Tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinando, a guiar o intérprete nos conflitos de interesse.”²²²

Diante do caso concreto, a julgador deverá ficar atento a potencialidade da função social da propriedade e da satisfação da dignidade da pessoa humana, este também é o entendimento de Eroulths Cortiano Júnior:

Note-se que essas normas enfrentam o problema da função social de forma direta e não de forma indireta, como pode parecer ao intérprete menos

²¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista e atualizada. 1999, p. 15.

²²⁰ GOMES, Orlando. **Direito reais**. 14ª ed. 1999, p. 111.

²²¹ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional**. 2007, p. 95.

²²² TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista e atualizada. 1999, p. 15.

atento, já que a proteção da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade forma o núcleo essencial da Carta constitucional. Nesse sentido, todas as normas que tratam especificamente da função social da propriedade devem ser lidas como complementares à proteção que a Constituição oferta à pessoa humana, e instrumentalizadoras dessa mesma proteção.²²³

A Constituição Federal de 1988 além de atrelar a função social e a dignidade, também revela toda sua importância social e democrática, pois garante as propriedades funcionalizadas e coletivas.

Somando-se a imposição de uma propriedade funcionalizada, o Texto constitucional através do Estado Democrático de Direito revela as propriedades, desta forma “não constitui uma instituição, mas várias instituições diferenciadas”.²²⁴ Portanto, há uma diversidade de espécies de propriedades²²⁵ sendo relevante entender que cada um dos regimes jurídicos das espécies de propriedades “não é uma função do Direito Civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.”²²⁶ Portanto, cada espécie de propriedade terá função social própria: “Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.”²²⁷

Anderson Schreiber entende que o instituto da propriedade é “múltiplo, é plural, porque, dependendo do interesse tutelado pelo ordenamento, poderá atrair disciplinas normativas inteiramente diversas. As diferentes funções a serem exercidas pela propriedade, conforme as características de seu sujeito ou objeto, fazem incidir sobre ela regras particulares.”²²⁸

²²³ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 184.

²²⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2002, p. 273.

²²⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2002, p. 273. O autor menciona que há tipos diferenciados de propriedade, e que optamos em chamar de espécie.

²²⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2002, p. 273.

²²⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 2002, p. 273.

²²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: WWW.2dbd,puc-rio.br. p. 07.

No que refere as espécies de propriedades imobiliárias tuteladas pelo ordenamento maior brasileiro,²²⁹ levando em consideração que o presente trabalho está limitado a análise de outras concepções proprietárias imobiliárias permitidas pelo Estado Democrático de Direito, a pluralidade de propriedade expressa no Texto constitucional, não será esgotado, importando analisar as propriedades urbanas, rurais e não urbanas,²³⁰ e a especificidade do princípio da funcionalização em face das propriedades.

Inicialmente cumpre dizer que “pela primeira vez, na história constitucional do país, uma constituição trata da política urbana.”²³¹ Assim, solo urbano conforme Orlando Gomes “sofre nos dias de hoje limitações que atingem o direito de propriedade e se inspiram no seu novo conceito.”²³² Um conceito estruturado pela função social, onde obrigatoriamente a propriedade urbana se sujeitará a políticas públicas sempre visando atender aos interesses sociais.

Por ser obrigatória a aplicabilidade da função social no cenário urbano, toda vez que forem detectadas práticas nocivas e especulativas ao interesse coletivo haverá desapropriação.²³³

A Constituição Federal de 1988 determinou que para o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e como meio de garantir o bem-estar de seus habitantes o solo urbano deverá se submeter a políticas urbanas executadas pelo Poder Público Municipal, cujas diretrizes estão no § 1º do art. 182 da Constituição Federal de 1988, que prevê: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei

²²⁹ Para MARÉS existem duas espécies de propriedade na Constituição Federal de 1988: coletiva e privada. Assim, no que tange a propriedade coletiva, o sistema reconhece diferentes situações que podem se encontrar a terra: terras públicas; as indígenas; a das comunidades quilombolas; as afetadas pelo uso coletivo: extrativistas e florestas nacionais; de outro lado estão as terras chamadas de privadas. “(...) as terras chamadas de privadas cujo destino ou afetação estão ligados a um patrimônio individual, podem ser comercializadas, trocadas, vendidas, hipotecadas. Sobre a função social que teriam estas terras o autor acrescenta: “são destinadas à produção agrícola, ou moradia urbana, devendo cumprir, num e noutro caso, a função social estabelecida na Constituição.” (MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 122)

²³⁰ Esta é a expressão adotada por Andrea Alves de Sá ao mencionar as regras urbanas e não urbanas como sendo o Estatuto da Cidade e o Estatuto da Terra, advindas da racionalidade civilista. (SÁ, Andrea Alves de. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 169).

²³¹ GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2009, p. 416.

²³² GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 111.

²³³ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 111.

têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” No § 2º, do artigo 182 determina a forma que será cumprida a função social da propriedade urbana, “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”²³⁴ Ou seja, o solo urbano passa a ser regido pelo seguinte quadro normativo: a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor do Município.²³⁵ E ainda: “A propriedade privada teria que ser desenhada como uma consequência dos novos direitos coletivos à vida, ao fim das desigualdades e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, introduzindo nela uma razão humana de existência, vinculando-a em todos os lugares que a reconheçam como direito à função social, especialmente em relação à terra.”²³⁶

No entanto, o quadro normativo aplicado a espécie de propriedade em questão não coibiu que dentre todas as outras propriedades, seja a propriedade urbana a que mais evidencia um cenário polêmico e na sua maioria de exclusão social, onde é corriqueira manutenção das desigualdades, talvez pela própria tutela demasiada da propriedade privada imobiliária, dificultando o acesso e aumentando a escassez de moradia. Essas mazelas envolvendo a propriedade urbana ficam ainda

²³⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Estatuto da cidade e a função social da propriedade**. Revista do Tribunais. 2008, p. 56. Sobre as exigências do §1º do art. 182, onde há obrigatoriedade de existência de um plano diretor em cidades com mais de vinte mil habitantes, remete-nos a uma reflexão evidente de que as cidades que tiverem menos de vinte mil habitantes não estariam obrigadas a ter um plano diretor. A este respeito menciona a autora: “(...) a obrigatoriedade da existência de Plano Diretor só para as cidades com mais de vinte mil habitantes. É lógico que a ampliação desta exigência é inconstitucional, porém não fere a Lei Fundamental e nada impede que as cidades com menos de vinte mil habitantes tenham um Plano Diretor. Uma coisa é não estar obrigada; outra é estar vedada a sua existência.” Entretanto, é importante mencionar que só o Estatuto da Cidade considera obrigatória a existência constitucional de um Plano Diretor em seu art. 41, Inciso I em cidades com mais de vinte mil habitantes. Ou seja, não seria obrigatório para uma cidade com dezenove mil novecentos e noventa e nove habitantes terem um Plano Diretor. A autora ainda menciona que: “Não obstante, é importante reconhecer, neste momento, que o art. 182, §2º, da CF/88, faz referência expressa à função social da propriedade, ou seja, da propriedade como um todo, sem estabelecer qualquer tipo de restrição ou vinculação. Assim, é possível concluir que a obrigação de atendimento da função social da propriedade é um princípio constitucional, que afeta a toda e qualquer propriedade urbana.” No entanto, O §2º do art. 182, da CF/88 menciona que qualquer propriedade urbana cumpre a função social quando atende as exigências do Plano Diretor. O que leva a reflexão feita a pouco, e se não existir um Plano Diretor por ter a cidade menos habitantes do previsto para tornar obrigatória a existência de um? Ao nosso ver, a obrigatoriedade de qualquer propriedade cumprir com uma função social seria por conta do contido art. 5º, Incisos XXII e XXIII. Por este último viés, com Plano ou sem Plano Diretor a propriedade urbana deverá cumprir uma função social.

²³⁵ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 204.

²³⁶ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 115 e 116.

mais acentuadas, quando se forma um juízo crítico acerca do tema em debate em tono de casos concretos, o que será feito no próximo capítulo.

A propriedade rural é contextualizada por Ricardo Aronne dentro do cenário colonial. Com a saída de grande parte dos agricultores do campo, as grandes propriedades rurais são substituídas por pequenas e médias propriedades, aniquilando o antigo sistema agrário do Brasil. “Mesmo no campo, inicia-se um acesso mais popular à propriedade pelo início da pequena propriedade no Brasil.”²³⁷

Já no contexto contemporâneo e social da Constituição Federal de 1988, a propriedade rural vem regulada nos artigos 184, 185 e 186, sendo que neste último artigo exige o cumprimento de determinados requisitos: “Art. 186, “*caput*”: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” Para que o proprietário rural não se sujeite a desapropriação a sanção deve observar os quatro requisitos de forma simultânea.²³⁸

Além destes requisitos do art. 186 da Constituição Federal, a propriedade rural estará sujeita a desapropriação para reforma agrária, conforme ainda determina o art. 185 da Constituição Federal, não será desapropriada a propriedade rural: I. a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II. A propriedade produtiva.

Quanto a este último requisito, surgem críticas, pois segundo a doutrina “andou mal o constituinte de 1988 ao estabelecer que insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva.”²³⁹ Primeiro porque determina o § único do artigo 185 que o requisito produtividade será definido por lei.²⁴⁰ Para Carlos

²³⁷ ARONNE, Ricardo. **Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados**. 2001, p. 350 e 352.

²³⁸ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 200.

²³⁹ GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. 2009, p. 414.

²⁴⁰ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 119 e 120. Sobre o requisito de produtividade o autor acrescenta: “Assim, quando a ideologia determina que a única razão jurídica possível é a defesa da propriedade privada absoluta, passa a ser aceitável a leitura literal do artigo 185 que conclui que uma propriedade rural que produza riqueza e dê lucro, seja insuscetível de desapropriação e de qualquer outra restrição legal, independentemente de exercer sua função social. Nessa ideologia de realidades torcidas, a

Frederico Marés: “Ao submeter a função social à produtividade, esta interpretação desconsidera toda a doutrina e a evolução da teoria da função social e reduz o artigo 186 da Constituição a uma retórica cínica.”²⁴¹ E completa:

Se esta interpretação fosse verdadeira, que sentido teria o artigo 186 que define os critérios da função social? E que sentido teriam os artigos 5º, incisos XXII e XXIII e título VII, artigo 170, incisos I e II, que indicam uma clara vinculação ente propriedade privada e a função social? Esta exegese ligeira acaba por comprometer todos estes dispositivos constitucionais, como se tivessem sido escritos apenas para ludibriar o povo.²⁴²

A polêmica em torno do requisito da produtividade talvez se deva a ausência de critérios objetivos ou de definição legal, pois na atualidade não há uma definição do que seria produtividade. Ao mencionar o requisito produtividade a Constituição certamente não propôs uma análise egoísta de lucro e patrimonialista, no sentido enriquecedor, mas sim num sentido oposto a isso, de preservação da terra e da natureza, “isto é, o respeito ao que a Constituição chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado garantindo-o para as presentes e futuras gerações (artigo 225).”²⁴³ Novamente Carlos Frederico Marés intervém para dizer que:

Neste sentido, a interpretação do capítulo relativo à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, especialmente dos artigos 185 e 186, combinados com o caráter emancipatório e pluralista de toda a Constituição a propriedade que faz a terra cumprir sua função social, porque a ocupação que não a cumpre, por mais rentável que seja, incorre em ilegalidade.²⁴⁴

O requisito da produtividade também é usado como critério para concessão de direito proprietário sobre a terra em usucapião especial rural, como a exemplo da decisão do TJRS, que teve a oportunidade de analisar em recurso de Apelação civil nº 70010152015, publicada no diário oficial, dia 25/09/2006. O pedido se referia à usucapião especial rural fundamentado no art. 191 da Constituição Federal de 1988, proferindo-se a seguinte decisão:

acumulação de riqueza na mão de poucos gerará possibilidade de distribuição que só não acontecerá pela maldade do coração dos homens. Tratar-se-ia, então, de melhorar o coração dos ricos e não de distribuir, socialmente, a própria terra.”

²⁴¹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 120.

²⁴² MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 120.

²⁴³ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 121.

²⁴⁴ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 122.

A aquisição do domínio de área rural, amparado na norma do art. 191 da Constituição Federal exige, entre outros requisitos, a demonstração de que os requerentes tenham tornado a área produtiva com seu trabalho. A norma constitucional, que diminuiu o lapso temporal exigido para a aquisição do domínio, visa a proteção da função social da propriedade rural, a qual depende de prova de sua produtividade, observado o art. 186 da Carta Magna. A ausência desse requisito impede a procedência da ação e a declaração de propriedade dos autores.²⁴⁵

A referida decisão exigiu, além dos requisitos do artigo 191 da Constituição Federal, também a vinculação da função social da propriedade à produtividade, como que se uma terra fosse produtiva por si só bastaria para cumprir com a função social. Volta-se novamente para polêmica da produtividade, e a exigência de uso da terra. “Uma terra privada que não está em uso, certamente não está cumprindo sua função social, porque toda terra privada é destinada ao uso.”²⁴⁶ No caso analisado pelo TJRS, não foi caracterizado o uso adequado, mas somente caracterizado um possível não uso ante improdutividade do local, ignorando o intérprete qualquer abertura interpretativa em relação a aplicabilidade da função social, cujo objetivo maior é a realização dos interesses sociais.

Devendo ser levado em consideração que na contemporaneidade a observância de uso adequado e produtividade, não estão atreladas ao cumprimento da função social, conforme alerta Carlos Frederico Marés:

O fato de estar em uso, porém, não significa que está cumprindo sua função. O uso da terra pode ser intenso, gerando grande renda a seu proprietário, às vezes pode ser até muito rentável ao mesmo tempo em que não cumpre a função social. Aliás, algumas vezes o uso intenso e altamente rentável é sinal de descumprimento da função social.²⁴⁷

Porque pode ser retirada toda fonte de riqueza desta terra, a ponto de esterilizá-la, sem resguardar o mínimo de sustentabilidade da terra de renovar a biodiversidade para vida das próximas gerações, como rios, florestas, animais, etc.

²⁴⁵ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL. AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL À AQUISIÇÃO DO DOMÍNIO. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70010152015, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 31/08/2006. (Disponível em: www.tjrs.jus.br. Consulta dia 20.07.2010)

²⁴⁶ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 125.

²⁴⁷ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 125.

Assim, tem-se ainda uma grande batalha interpretativa sobre uso adequado da terra, produtividade e função social.

Portanto, a propriedade imobiliária privada pode ser urbana e rural cuja destinação é para produção agrícola ou moradia urbana. Cada qual com função social específica definida pela Constituição, ora devendo cumprir com o Plano Diretor, ora com requisitos de produtividade, normas trabalhistas e utilização adequada dos recursos naturais. E ainda, haverá incidência genérica da função social, ou seja, sobre a propriedade rural ou urbana incidirá o conteúdo da função social, que importa dizer o dever de observar os objetivos da Constituição Federal: solidariedade, dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades e erradicação da pobreza.

Diante da pluralidade de propriedades expressas no texto constitucional, cumpre analisar se a função social da propriedade recairia sobre todas essas espécies de bens.²⁴⁸ Cumpre destacar que há controvérsia doutrinária²⁴⁹ sobre tal incidência: “Enquanto alguns autores defendem que a função social da propriedade incide sobre todas as espécies de bens, outros, mediante a utilização de critérios econômicos, restringem a incidência somente aos bens produtivos.”²⁵⁰

²⁴⁸ Neste sentido ver: GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2009, p. 426 à 429.

²⁴⁹ André Osório Gondinho cita o entendimento de Eros Grau, para este autor existiria diferenciação da propriedade em espécies, “tudo de acordo com critérios de fundamentação que a justificariam. Nesta ordem de idéia, existiria uma propriedade dotada de função individual e outra dotada de função social. A propriedade dotada de função individual se justifica na dignidade da pessoa humana (embora não deva necessariamente concorrer para a mesma), pois a propriedade como direito individual cumpriria uma função também meramente individual. A essa propriedade não seria imputável o princípio da função social, uma vez que a sua função se resume na subsistência individual e/ou familiar, sem maiores conseqüências sociais, restando ao Poder Público apenas coibir os abusos cometidos no exercício do domínio através do poder de polícia.” No entendimento do autor: “Em que pese a autoridade dos ilustres doutrinadores, não podemos concordar com a restrição imposta à incidência do princípios da função social da propriedade dos bens de consumo. O fato de um bem ser utilizado para a subsistência individual não lhe exclui do campo de incidência do princípio da função social. Isso porque a função social da propriedade não se justifica apenas pela destinação econômica de determinado bem. Assim, se determinado bem, dada a sua natureza, se destina apenas a utilização individual ou familiar, mas é efetivamente assim utilizado, este bem não representa um desperdício de potencialidade para a sociedade. Desta forma, este bem cumpre a sua função social pois torna a sociedade mais rica, apesar de, quantitativamente, a sua contribuição para a riqueza nacional se pequena ou mesmo insignificante.” (GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2009, p. 427.)

²⁵⁰ Neste sentido ver: GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2009, p. 426.

Desta corrente é Orlando Gomes: “Quando tem por objeto bens de produção, sua finalidade social determina a modificação conceitual do próprio direito, que não se confunde com a política das limitações específicas ao seu uso.”²⁵¹ Pois, para o autor a função social não teria o condão de intervir entre sujeitos no direito real. As políticas intervencionistas atuariam apenas na tutela dos direitos difusos, como o meio ambiente. Esta corrente é criticada por Pietro Perlingieri, que assevera:

A afirmação pela qual somente os bens produtivos têm uma função social é desmentida pela própria letra da disposição constitucional que não prevê exceções à regra da função social da propriedade privada. Do contrário, seria obrigatório reservar à função social uma interpretação pela qual o social se contrapõe ao pessoal-individual, prevalecendo assim uma postura econômica e produtivista, ainda que atenuada, relativamente àquela codicista, pela referência à atuação das equânimes relações sociais e à noção de solidariedade social.²⁵²

Assim, teriam função social todos os bens de propriedade da empresa, da casa, habitação e dos “bens móveis que ela contém, a da oficina artesã e da propriedade do pequeno produtor (*diritta coltivatrice*), a dos utensílios profissionais e dos animais e dos instrumentos de trabalho da empresa.”²⁵³ Portanto, a propriedade individual teria para Pietro Perlingieri função social,

cada uma com uma diversa intensidade de utilidade geral e individual, sem que entre elas devam encontrar-se lacerantes contrastes, com a consciência de que pode-se realizar a função social, como em todas as hipóteses de propriedades ditas pessoais, ao satisfazer exigências

²⁵¹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 14ª ed. atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 1999, p. 111. Segundo o autor, por ser somente bens de produção que teriam a incidência da função social é que: “A concepção finalista apanha a propriedade rural, em primeiro lugar, porque a terra era até poucos tempos atrás o bem de produção por excelência e a empresa, que é o seu objeto na propriedade produtiva da sociedade industrial, bem como, embora sem a mesma eficácia, os valores mobiliários. Não se trata de posição apriorística, mas sim de uma posição de rigor lógico com o “conceito de função social que polariza a propriedade para a realização de finalidades ou objetos sociais”.” O autor ainda discorda do entendimento de Barcellona: “Não me apreço, com efeito, como entende Barcellona, que a função social da propriedade se resolva em uma atribuição de competência ao legislador para intervir na relação entre sujeito e o objeto do direito real e na qualificação das causas que justificam a intervenção. Essa política intervencionista compreende técnicas que encontram apoio na necessidade de defender os chamados interesses difusos, como é o caso da proteção do ambiente, ou de restringir certas faculdades do domínio até o ponto de desagrega-las, como já aconteceu, em algumas legislações, com o direito de construir. Essas técnicas também são aspectos da modernização do direito de propriedade, mas aspectos distintos de sua concepção finalística, limitações, vículos, ônus comprimem a propriedade porque outros interesses mais altos se alevantam, jamais porque o proprietário tenha deveres sem situação passiva característica.”

²⁵² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 230.

²⁵³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 230.

merecedoras de tutela, não necessariamente e exclusivamente do mercado e da produção, mas também somente pessoais e existenciais, individuais ou comunitárias.²⁵⁴

Cumprindo ainda mencionar que o Código Civil de 2002 mesmo promulgado quase vinte anos após o advento constitucional, se limitou a disposição do artigo 1228, que em seu “*caput*”, dispõe: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha: § 1º, O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como, evitada a poluição do ar e das águas. Por fim, o § 2º, traz a figura do abuso de direito.

Conforme analisado no subtítulo 1.2 do Capítulo 1, à época do Código Civil de 1916 não existiam discussões em torno da funcionalização da propriedade, justificando de certa forma a concepção de propriedade codificada pautada no individualismo e na colonização, sem qualquer vínculo com a função social. No entanto, o que dizer do Código Civil de 2002, inserido em um contexto atual é social e democrático imposto pela Constituição Federal de 1988, vigente há quase vinte anos quando da promulgação do Código Civil de 2002, e, mesmo assim, os civilistas se limitaram a continuar apegados a uma única concepção proprietária e a esboçar que a propriedade deve ser exercida de acordo com finalidades econômicas e sociais. Sem definir a propriedade ou função social, ou esboçar qualquer sintonia com as propriedades reveladas pela Constituição.

Por imposição constitucional cada espécie de propriedade seja, propriedade rural, propriedade urbana, propriedade dos índios, propriedade dos quilombolas, ribeirinhas, de consumo e/ou individual terão que cumprir com determinada função, e por estarem inseridas no contexto plural e democrático deverão ter sua função social específica de acordo com os interesses envolvidos, e, mesmo que não estejam expressas no texto constitucional, serão constatadas diante cada caso

²⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 230.

como será visto no capítulo III onde serão analisados alguns casos concretos, para constatar a aplicabilidade da função social.

2.3 O CONTEÚDO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE EM FACE DAS TEORIAS INTERNAS E EXTERNAS DE RESTRIÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A função social é um princípio que decorre do princípio da solidariedade, ambos inseridos no contexto contemporâneo comprometidos com os valores democráticos da Constituição Federal de 1988. Daí o interesse em descobrir o que compõe o conteúdo da função social, e assim, entender a forma pela qual a função social limita a propriedade privada imobiliária.

Na intervenção de Pietro Perlingieri não se pode conceber a função social apenas como um conjunto de limites à propriedade, pois assim se estaria adotando uma perspectiva tradicional: “A função social construída apenas como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem limites, ficariam íntegros e livres.”²⁵⁵

Analisar a função social apenas como limite seria restringir o próprio alcance da função social. Gustavo Tepedino intervém para mencionar os objetivos da Constituição como limites à propriedade:

A própria Constituição, nos princípios e objetivos fundamentais da República, a determinar que a função social seja conceito vinculado à busca da dignidade humana e à redistribuição de rendas, através da igualdade substancial de todos. Redução de desigualdade significa que a isonomia constitucional, antes apenas formal – todos são iguais perante a lei -, hoje passou a ser substancial -, ou seja, o tratamento legal será desigual sempre que esteja em jogo o objetivo central da República, de remoção das desigualdades de fato.²⁵⁶

Assim, o conteúdo da função social seria informado segundo Gustavo Tepedino: “pelo próprio texto constitucional, que tem na dignidade da pessoa

²⁵⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 226.

²⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (O seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 75.

humana regra basilar e estabelece como objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.”²⁵⁷

A função social tem em seu conteúdo os objetivos da Constituição Federal, ou seja, construção de uma sociedade livre justa e solidária, o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais, (art. 3º, Incisos I, II, III). Portanto, o conteúdo da função social é preenchido pelos objetivos sociais da Constituição, dentre os objetivos mencionados estariam ainda na dignidade da pessoa.²⁵⁸

Levando em consideração que a função social é um princípio decorrente da solidariedade, inserido em um sistema social, o conteúdo da função social está impregnado ao pleno desenvolvimento da pessoa, como intervém Pietro Perlingieri:

O conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação a normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e de atividades do titular.²⁵⁹

Diante do caso concreto, o julgador deverá ficar atento ao alcance da função social da propriedade e satisfação da dignidade da pessoa humana, pois a pessoa humana deve ser amparada pela propriedade e não o contrário. Este também é o entendimento de Eroulths Cortiano Júnior:

Note-se que essas normas enfrentam o problema da função social de forma direta e não de forma indireta, como pode parecer ao intérprete menos atento, já que a proteção da pessoa humana enquanto ser dotado de dignidade forma o núcleo essencial da Carta constitucional. Nesse sentido,

²⁵⁷ TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (O seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 75 e 76.

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista e atualizada. 1999, p. 15. O autor menciona que este princípio guiaria o intérprete.

²⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 226.

todas as normas que tratam especificamente da função social da propriedade devem ser lidas como complementares à proteção que a Constituição oferta à pessoa humana, e instrumentalizadoras dessa mesma proteção.²⁶⁰

A Constituição Federal de 1988 além de atrelar função social à dignidade revela toda sua importância social e democrática, ao viabilizar a propriedade privada funcionalizada com outras concepções proprietárias. Assim, toda vez que a Constituição Federal garante a propriedade ambiental, dos índios, da cultura, submete todas as propriedades a função social, deixando evidente sua inclinação “*plurissocial, índia e democrática*”.²⁶¹

Longe de esgotar o assunto referente a direitos fundamentais, neste momento, é necessário abordar a questão da propriedade e da função social como direitos fundamentais. Uma vez que conforme introduzido no Capítulo I tanto a propriedade como a função social se encontram no rol de direitos fundamentais do artigo 5º, Incisos XXII e XXIII da Constituição Federal.²⁶²

Sinteticamente, baseando-se na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, a análise que pode ser feita quanto à estrutura das normas dos direitos fundamentais é de que regras e princípios compõem a estrutura dos direitos fundamentais.²⁶³ Já para Alfonso Garcia Figueroa, o conteúdo e a forma dos direitos fundamentais tem a estrutura de princípios, ou seja, direitos fundamentais teriam a

²⁶⁰ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. 2002, p. 184.

²⁶¹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 114 e 115.

²⁶² TEPEDINO, Gustavo. **A nova propriedade (O seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. 1989, p. 75. O autor comenta a disposição Constitucional sobre propriedade e função social dentre o rol de direitos fundamentais.

²⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008, p. 111 a 114. Outra questão importante desta distinção quanto natureza da função social e da propriedade é que diante da premissa de que são direitos fundamentais tanto a propriedade como a função social teriam o caráter absoluto. Mesmo com a natureza de princípio, uma norma de natureza fundamental não pode ser considerada absoluta, sob pena de comprometer todo o sistema de direitos fundamentais. Sobre este assunto Robert Alexy assevera: Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto.

natureza de princípios.²⁶⁴ Contudo, trate-se de regras ou princípios,²⁶⁵ de qualquer ângulo que olhe se está diante de direitos fundamentais.

Outra questão que surge da análise dos direitos fundamentais é se em face de sua natureza de direitos fundamentais são direitos absolutos.²⁶⁶ Admitir que tanto a função social como a propriedade seriam direitos absolutos por serem fundamentais, levaria a interpretação que tanto um como outro poderiam ser aplicados de forma indiscutível, sem qualquer restrição ou limitação. Robert Alexy rechaça a concepção de princípios fundamentais serem absolutos, advertindo que:

Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em casos de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos. Diante disso, o teorema da colisão não seria aplicável.²⁶⁷

Tal entendimento se faz necessário, pois, dependendo da opção que se faça haverá a aplicabilidade dos direitos fundamentais pelo critério da ponderação (princípio) ou pela subsunção (regra).²⁶⁸ Desta forma, considerar a propriedade como direito fundamental como absoluto comprometeria toda a incidência da função social, tonando letra morta este princípio e fortalecendo a propriedade em sua concepção individualista, pois haveria aplicabilidade pelo critério da subsunção.

Dito isto, e uma vez constatado que há possibilidade de limitar direitos fundamentais, constata-se a possibilidade de limitar o direito de propriedade mesmo considerando-o como direito fundamental. Alguns autores²⁶⁹ prevêem a possibilidade de limitar o direito de propriedade, ora através da teoria interna e ora

²⁶⁴ FIGUEROA, Alfonso Garcia. A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. 2007, p. 03.

²⁶⁵ Embora exista esta possibilidade distintiva, acha-se por bem não adentrar neste mérito, uma vez que, estaríamos diante de outra discussão civilista, de cláusula geral ao invés de princípio.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008, p. 111 a 114.

²⁶⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2008, p. 111.

²⁶⁸ FIGUEROA, Alfonso Garcia. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. 2007, p. 03. Seguindo o entendimento de Alfonso Garcia Figueroa tanto função social como direito à propriedade como direitos fundamentais teriam a natureza de princípios, se este fosse o entendimento interpretativo tanto o princípio da função social como o princípio da propriedade deveriam ser submetidos a ponderação. Assim, haveria soluções dos casos concretos mais adequadas à realidade contemporânea, cuja exigência é de abertura da concepção unitária de propriedade, de forma a dialogar com outras espécies de propriedades emergidas do atual contexto social.

²⁶⁹ Luciano Penteadó, Gustavo Tepedino, José Afonso da Silva.

pela teoria externa. Vergílio Afonso da Silva menciona que a teoria interna e externa não são invenção da dogmática dos direitos fundamentais, pois já são conhecidas do direito civil²⁷⁰, servem como direcionamento para a análise das restrições e limites ao suporte fático dos direitos fundamentais.

A teoria interna sustenta que o direito e seus limites são algo uno, pois os limites são inerentes ao próprio direito, e determinados pelos chamados limites imanentes. Para a teoria interna não é possível existir limites externos, nenhuma influência poderá penetrar na norma não se admitindo colisões com outros direitos.

Em contrapartida para teoria externa “há em primeiro lugar, o direito em si, e, destacadas dele, as suas restrições.”²⁷¹ Esta definição da teoria externa é que a diferencia pontualmente da teoria interna, pois, a teoria externa ao contrário da teoria interna, admite colisão e sopesamento de direitos fundamentais. “Qualquer que seja sua natureza, não têm qualquer influência no conteúdo do direito, podendo apenas, no caso concreto, restringir seu exercício.”²⁷² Pode-se ainda destacar outras diferenças entre as duas teorias:

Enquanto as teorias externas que serão analisadas adiante – não somente aceitam como também pressupõe – quase todos os casos – a necessidade de restrição a direitos fundamentais, os adeptos de teorias internas utilizam o conceito de limite para rejeitar essa necessidade. A contraposição entre definição de limites, de um lado, e imposição de restrições, de outro, explicita as diferenças entre os dois enfoques.²⁷³

No entanto, ao não admitir limitação aos direitos fundamentais, a teoria interna retorna a tese insustentável de direitos fundamentais absolutos. Para não incorrer nesta tese a teoria interna utiliza-se da teoria dos limites imanentes, assim: “A teoria interna tende a recorrer à idéia de limites imanentes. Os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria constituição.”²⁷⁴

²⁷⁰ Silva, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 127.

²⁷¹ Silva, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 138.

²⁷² Silva, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 138.

²⁷³ SILVA, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2009, p. 130 e 131.

²⁷⁴ SILVA, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2009, p. 131.

Por conseguinte, a propriedade por força constitucional é estruturada pelo limite imanente da função social, isto basta, para desconsiderar a função social como direito fundamental, pois se essa fosse à vontade constitucional teria não somente limitado a propriedade privada permitindo que coabite com a função social, mas a teria extirpado do ordenamento jurídico, transformando-a somente em social:

Nesse sentido pondera Anderson Schreiber: “A propriedade se mantém privada, mas se afasta da definição individualista de “poder absoluto do proprietário” para buscar na conformação ao interesse social a sua legitimação a razão e o fundamento de sua proteção jurídica.”²⁷⁵

Outro fator que permite a existência da propriedade privada é a própria democracia, que concede uma oportunidade de permanência do instituto da propriedade privada, “na medida em que absorve os interesses sociais relevantes”.²⁷⁶ Pois, interesses sociais podem estar relacionados com o próprio interesse proprietário ou de não proprietários, ou seja, uma propriedade pode continuar sendo privada desde que exerça sua função social.²⁷⁷

Ainda, com base nos limites imanentes, “a teoria interna tem o ônus de demonstrar a possibilidade de se fundamentar a limitação de direitos a partir de dentro, de forma a excluir a necessidade e restrições externas.”²⁷⁸ No que se refere a propriedade, a Constituição a colocou dentre os direitos fundamentais e da ordem econômica, limitada internamente pela função social. Para a limitação ao direito de propriedade ser válida não é preciso nem mesmo submetê-la a colisão com a função social, pois esta propriedade já carrega consigo, em seu conteúdo.

Como a propriedade é estruturada pelo limite imanente da função social as faculdades perpétuas e absolutas de uso, disposição e gozo da propriedade privada,

²⁷⁵ SCHREIBER, Anderson . **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: WWW.2dbd.puc-rio.br. p. 06.

²⁷⁶ SCHREIBER, Anderson . **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: WWW.2dbd.puc-rio.br. p. 06.

²⁷⁷ Um exemplo pode ser extraído do caso concreto das Quebradeiras de Coco Babaçu, na qual se busca não a propriedade, mas o acesso livre dos recursos naturais. Outro exemplo fica a cargo da Comunidade de Fundo de Pasto, na qual também se busca não a propriedade privada conforme formalidades civis, mas uma preservação de seus costumes, que independe de dizer se aquilo que chamam de terra é chamada pelos legalistas de propriedade, de posse, de registro ou de título.

²⁷⁸ SILVA, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2009, p. 130.

estão fadadas a limitações, vinculando a propriedade ao conteúdo da função social. Limites e obrigações fazem parte do direito proprietário, compondo a sua estrutura.²⁷⁹ Para Salvatore Pugliatti a função social é a razão genética da propriedade.²⁸⁰ Desta forma, a função social definida pela Constituição como limite ao direito da propriedade, acaba atacando o caráter absoluto da propriedade (faculdade ou direito) de fruição, de modificação e alienação. “*Por que existem essas restrições é que se costuma dizer que não existe mais o direito absoluto da propriedade.*”²⁸¹

Diversamente da função social, outras restrições que se referem ao caráter absoluto da propriedade como as servidões que atacam o caráter exclusivo da propriedade, como por exemplo, artigo 5º, XXV, que prevê o uso da propriedade particular em caso de iminente perigo público.²⁸² A desapropriação ataca o caráter perpétuo da propriedade, “por que é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para seu patrimônio (...).”²⁸³ Portanto, estas restrições são diferentes do limite imanente da função social imposto pela Constituição Federal, pois implicam em restrições e não em limitações à propriedade.

Identificada a propriedade, seja ela qual for (propriedade imobiliária urbana e rural ou não-rural, propriedade de águas, de minas, propriedade intelectual, industrial, patentes, marcas, propriedade literária, artística, científica ou tradicional),²⁸⁴ haverá a incidência da função social, conforme mencionado, em sua perspectiva interna.

Para Luiz Edson Fachin, “a expressão função social corresponde a limitações, em sentido largo, impostas ao conteúdo do direito de propriedade”.²⁸⁵ A

²⁷⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito privado*. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 224.

²⁸⁰ Tradução livre: “(...) *essa, infanti, dà la ragione genética dello strumento, e la ragione permanente del sua impeigo, cioè la ragione d’ essere (oltre a quella di esscre stato).*” (PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto*. 1954, p. 300.)

²⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. , 2002, p. 279.

²⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. , 2002, p. 279.

²⁸³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21ª ed. , 2002, p. 280.

²⁸⁴ Sobre a incidência da função social sobre qualquer espécie de propriedade revelada pela Constituição, ver nota 160.

²⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e da propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*. 1998, p. 19.

função social como cláusula geral,²⁸⁶ em princípio, teria duas finalidades: limitar o direito de propriedade de forma a inserir internamente limitações em seu conteúdo e a imposição de obrigações de agir do proprietário.²⁸⁷

Ricardo Aronne afirma que haveria outras duas limitações que se somam as supra mencionadas, como as que proíbem que o exercício da propriedade acarrete riscos a coletividade; e por fim, a função social atuaria como fiscalização ativa no direito de uso da propriedade e sua efetividade de valor social.²⁸⁸ A propriedade funcionalizada traria limitações ao solo urbano e as restrições ao domínio dariam “novo conteúdo à senhoria, limitando internamente o conteúdo do direito de propriedade.”²⁸⁹ Desta forma, a função social atuaria diretamente na estrutura da propriedade, pois a “(...) limitação decorrente é intrínseca ao instituto em pauta, sendo, portanto, interna do mesmo.”²⁹⁰

Portanto, não se pode conceber a função social como mera limitação externa à propriedade, seria um retrocesso ao formalismo e ao positivismo, “(...) a propriedade obriga ante sua função social, e isso nada tem de formal.”²⁹¹ Pois se tem como requisito uma efetividade de realização social, caracteriza como uma limitação material e não somente formal (sistêmica). Neste sentido é o entendimento de Francisco Eduardo Loureiro:

²⁸⁶ Em que pese, após análise da estrutura das normas, conforme (nota de rodapé 170), ousar discordar, por considerar que função social é princípio. Muito embora, a distinção entre cláusula geral e princípio conforme Judith Martins-Costa: “Desde logo, deve ser advertido que há respeitável doutrina entendendo inexistir distinção entre cláusula geral e princípio. Proponho, contudo, duas diversas angulações, a saber: a equiparação entre princípios jurídicos e cláusulas gerais decorre, fundamentalmente, da extrema polissemia que ataca o termo “princípios”; as cláusulas gerais não são princípios, embora na maior parte dos casos os contenham, em seu enunciado, ou permitam a sua formulação. (...). Em suma não se pode afirmar que cláusulas gerais e princípios são o mesmo, se tomarmos a expressão princípio jurídico em toda a extensibilidade que lhe é própria. É certo que, tanto quanto às cláusulas gerais, aos princípios pode ser atribuída a vagueza semântica, (...). Boa parte da incerteza acerca dos lindes das cláusulas gerais e dos princípios é devida à confusão entre o sintagma cláusula geral e o enunciado, com a correspondente proposição normativa, contido num texto que consubstancia cláusula geral.” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1999. p. 324.)

²⁸⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 178 e 179.

²⁸⁸ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999, p. 163.

²⁸⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada. 2008, p. 21.

²⁹⁰ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999, p. 163.

²⁹¹ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999, p. 163.

Para aqueles que ainda vêem a propriedade ainda como direito subjetivo e a função social como uma limitação externa, aplica-se o princípio da legalidade. As restrições e limitações devem sempre ser impostas por lei. Ao invés, para aqueles que enxergam a propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, as chamadas restrições e especialmente a função social constituem o próprio conteúdo do instituto, podendo, pois, derivar da natureza das coisas ou de ato administrativo.²⁹²

É notório que a função social está incidindo e modificando o comportamento do homem, no uso e na destinação da propriedade. Nas palavras de Pietro Barcellona: “A função social em definitivo, não constitui a face externa da propriedade. Essa, ao contrário, identifica positivamente o conteúdo interno da situação aparente e se exprime normalmente através da imposição da obrigação do comportamento e da limitação incidente sobre a liberdade e de expressão o bem na destinação voluntária.”²⁹³

A função social passa a ser referência central à propriedade, assim Maria Celina de Moraes Tepedino arremata: “Reformulando, pois, a antiga concepção, pode-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a disciplina constitucional lhe concede.”²⁹⁴

Por ser uma limitação material exigirá a observância de valores sociais. Nas palavras de Luiz Edson Fachin: “O grau de complexidade hoje alcançado pelo instituto da propriedade deriva indistintamente do grau de complexidade das relações sociais.”²⁹⁵ Além de que, a função social encontra-se reforçada por princípio precedente, como da solidariedade, trazendo “(...) dinamicidade ao instituto em tela, ante os conceitos abertos que decorrem dos princípios que concorrem relativizando-se consoante o caso concreto.”²⁹⁶

²⁹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. 2003, p. 124. Cópia íntegra.

²⁹³ Tradução livre: “*La funzione sociale in definitiva, non costituisce la fascia esterna della proprietà. Essa, al contrario, identifica positivamente il contenuto stesso della situazione di appartenenza e si esprime normalmente attraverso l'imposizione do obblighi do comportamento e do limiti incidenti sulla libertà di imprimere al bene la destinazione voluta.*” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. 1996, p. 301.)

²⁹⁴ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial). 1993, p. 21.

²⁹⁵ FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**. 1988, p. 18.

²⁹⁶ ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais**. 1999, p. 164.

Portanto, diante do caso concreto a função social atuaria na estrutura da propriedade, revelando seus destinatários, ao intérprete, ao legislador e ao titular do direito de propriedade. Desta forma intervém Pietro Perlingieri:

A função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais. A função social é operante também à falta de uma expressa disposição que a ela faça referência; ela representa um critério de alcance geral, um princípio que legitima a extensão em via análoga daquelas normas, excepcionais no ordenamento pré-constitucional, que têm um conteúdo que, em via interpretação, resulta atrativo do princípio.²⁹⁷

O legislador deve ficar atento “às mudanças legislativas, elas não podem ser arbitrárias, mas devem assegurar a função social e o acesso a todos (...)”²⁹⁸ Para que a lei não seja arbitrária ou com critérios de exclusão, o legislador deve interpretar a lei ordinária que trate de propriedade ao limite do princípio constitucional da função social, pois: “Mediante o juízo de conformidade da lei ordinária à função social realiza o controle de legitimidade constitucional.”²⁹⁹ Completa Pietro Perlingieri que a função social:

Impõe ao legislador ordinário não apenas a predisposição de um estatuto que não conceda ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse positivamente tutelado, mas também um estatuto que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir o interesse – determinável a cada vez e – constitucionalmente relevante.³⁰⁰

Esta nova perspectiva da propriedade pelo conteúdo da função social permite uma abertura no cunho unitário da propriedade, permitindo a realização de valores sociais e culturais também na esfera da propriedade, permitindo que a função social se potencialize também em prol de outras propriedades que não só a individual, como fazem muitos intérpretes. O verdadeiro sentido da propriedade agora com estrutura da função social segundo Luciano Penteadó é:

²⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 228.

²⁹⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 227.

²⁹⁹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 227.

³⁰⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 227.

A compatibilização dos interesses sociais com aquele que se verifica de natureza individual, que é assim desenhada pela idéia de função social, parece uma alternativa razoável na medida em que, por um lado, preserva o sistema de propriedade privada, no que traz de vantagens para o ser humano e a sociedade como um todo, (...).³⁰¹

As transformações conceituais no instituto proprietário pela incidência da função social fazem surgir uma nova propriedade, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

Uma concepção nova de propriedade surge, erigida em função social. Os bens são dados aos homens, que os devem usar em termos que correspondam a esta concessão. O exercício da propriedade tem por limite o cumprimento destes deveres e o desempenho de sua função. Se um indivíduo explora o bem de seu domínio fora desta órbita, afronta um dever superior e sai da linha de conduta compatível com a organização social.³⁰²

Diante do que foi apresentado, constata-se que a função social compõe a estrutura do direito de propriedade. Diante desta premissa, não se pode conceber a função social como contraste à propriedade, este é o entendimento de Pietro Perlingieri: “A função social não pode em caso algum, contrastar o conteúdo mínimo da propriedade: função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares e justificativos da propriedade”.³⁰³ Aliás por atuar diretamente no conteúdo estrutural, e por não poder contrastar com o conteúdo mínimo da propriedade, pode ser afirmado que “não existe um conteúdo mínimo da propriedade; existem sim, os conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário que é necessário individualizar através de uma análise atenta (...)”.³⁰⁴

Daí emerge a justificativa de não abordar as pluralidades de função social separadamente das pluralidades de propriedades inseridas no texto Constitucional, uma vez que, por determinação constitucional e com base na teoria interna não se pode mais conceber a propriedade sem função social.

Assim, conclui-se que a função social é um limite interno ao direito de propriedade, e conforme análise da teoria interna a Constituição inseriu o direito de

³⁰¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 2008, p. 181.

³⁰² PEREIRA, Caio Mário. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. 1976, p. 40.

³⁰³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 231.

³⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito privado**. Tradução de: Maria Crsitina de Cicco. 2ª ed. 2002, p. 231.

propriedade no rol de direitos fundamentais, e a limitou ao atendimento da função social, ou seja, na estrutura da propriedade está contida a função social. E uma vez limitado pela teoria interna, a função social é princípio orientador da propriedade, toda vez que houver uso abusivo, inadequado e anti social, o direito de propriedade não merecerá tutela.

Em observância a obrigatoriedade de certos requisitos por parte dos proprietários, intérpretes em relação à estrutura da propriedade, o próximo passo será em direção ao atendimento de valores existenciais dos não proprietários.

2.4 A FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE AOS VALORES EXISTENCIAIS: OS INTERESSES NÃO PROPRIETÁRIOS

A propriedade como situação subjetiva compõe uma relação jurídica. Uma relação jurídica é conceituada como sendo certa obrigação que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos. A relação jurídica seria fonte de referência jurídica, de uma experiência envolvendo direito e deveres.³⁰⁵ Conforme Pietro Perlingieri: “Como se fala do crédito no âmbito de uma relação potestativa, assim deve-se falar de direito real no âmbito de uma relação real; e, em particular, da propriedade no âmbito de uma relação proprietária. A propriedade, de dois diversos pontos de vista, é situação subjetiva e é relação.”³⁰⁶

A crítica principal que se faz em torno da conceituação da propriedade como relação jurídica é que haveria um sujeito, titular da situação ativa da propriedade, e, em contraposição existiria uma “coletividade, que se encontra na condição de dever respeitar aquela situação e de não se ingerir na esfera do titular.”³⁰⁷ Portanto, a propriedade vista pelo ângulo de uma relação jurídica imputaria deveres e obrigações aos não proprietários em contraposição aos poderes do proprietário de

³⁰⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. 2003, p. 159.

³⁰⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2ª ed. 2002, p. 221.

³⁰⁷ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2ª ed. 2002, p. 221.

uso e gozo sobre a coisa. No entanto, após o advento constitucional conforme Gustavo Tepedino: “(...) a disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta.”³⁰⁸

A propriedade passa ser definida como uma situação jurídica, onde haverá direitos e deveres destinados aos proprietários como para os não proprietários. Sua definição será como “direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações constitucionalmente protegidas.”³⁰⁹ A inclusão dos interesses não proprietários, como dignidade, erradicação da pobreza e redução das desigualdades na esfera da propriedade serão somados aos interesses dos não proprietários e como direito subjetivo dúctil “ao intérprete apresenta-se indispensável propor soluções correspondentes ao dado normativo e ao momento atual.”³¹⁰

Desta forma, a propriedade é definida “não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas uma situação jurídica subjetiva típica e complexa,”³¹¹ ensejando deveres dos proprietários em relação aos não proprietários. Somando-se a isto, a função social do direito atinge o direito patrimonial que passa a ter valor mais flexível e serão regulados no âmbito da relação da propriedade que terá como incumbência a realização de múltiplos interesses extraproprietários. Tais interesses irão perfazer uma relação jurídica complexa. Nas palavras de Francisco Eduardo Loureiro: “(...) podemos definir propriedade como a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinado à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.”³¹²

³⁰⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada.2008, p. 344. Para o autor que os interesse “conflitantes com a propriedade apresentam-se como posições antagônicas aos direitos subjetivos existentes e reconhecidos, uma espécie de “*contradireitos*” (...).

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada.2008, p. 349.

³¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada.2008, p. 345.

³¹¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada.2008, p. 336.

³¹² LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. 2003, p. 52.

Portanto, “(...) a relação de propriedade é ligação (relazione) entre a situação do proprietário e aqueles de interesses antagônicos. A situação do proprietário é relevante somente enquanto pressupõe a obrigação de comportamento.”³¹³ A conceituação da propriedade como relação jurídica complexa, certamente imputará uma abertura para a cooperação³¹⁴ entre os sujeitos antagonicamente envolvidos.

Como consequência dessa concepção de propriedade surgirá a repersonalização da propriedade no contexto da constitucionalização. Desta forma pode ser constatado que há um processo de descodificação da propriedade privada. Para Francisco Amaral: “o código Civil não mais garante a unidade do sistema do direito privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o centro do poder civil à própria Constituição.”³¹⁵ Neste momento, ocorre a constitucionalização do direito privado cuja consequência apontada é a descodificação, nas palavras de Joaquín Arce y Flórez Valdés :

*(...) la descodificación se entiende como el fenómeno de proliferación indicado, pero las leyes especiales o sectoriales obedecen, no tanto a la regulación específica de una materia que se encuentra ya contemplada en líneas generales en el Código como al afán de regular materias extrañas al mismo, sustrayendo a su esfera competidas relaciones y respondiendo a principios autónomos o antitéticos al mismo Código, en tal caso se produciría, como primera consecuencia, la de hacer perder al Código civil su tradicional prerrogativa de Derecho general y, lo que puede resultar de mayor gravedad para el Derecho civil, (...).*³¹⁶

Neste sentido de valorização existencial da pessoa em detrimento do patrimônio ocorre a despatrimonialização: “*la transformación despatrimonializadora em el Derecho civil se produce fundamentalmente como consecuencia del mayor relieve dado a persona, (...)*³¹⁷. E arremata: “*(...) lo que supone que en la jerarquía de valores la persona humana prevalece sobre el interes económico.*”³¹⁸ Portanto,

³¹³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 221.

³¹⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 222.

³¹⁵ AMARAL, Francisco. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. 1994, p. 77.

³¹⁶ VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **El derecho civil constitucional**. 1986, p. 60.

³¹⁷ VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **El derecho civil constitucional**. 1986, p. 56.

³¹⁸ VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **El derecho civil constitucional**. 1986, p. 56.

acarretaria a modificação da própria natureza do instituto patrimonial, cujo valor é qualitativo e não mais quantitativo. Nas palavras de Francisco Eduardo Loureiro:

O eixo do sistema jurídico é agora a Constituição Federal, que não só passou a tratar de temas antes circunscritos ao direito privado, como também a iluminar, com seus princípios cardeais – dignidade e solidariedade – toda a legislação infraconstitucional. Houve por assim dizer uma despatrimonialização e personalização do direito civil.³¹⁹

A conseqüência da constitucionalização e da despatrimonialização é a centralização da pessoa humana, assim: “(...) uma coisa é ler o Código naquela ótica produtivista, outra é “relê-lo “à luz da opção “ideológico-jurídica” constitucional, na qual a produção encontra limites insuperáveis no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana.”³²⁰

A expectativa é, que conforme Ricardo Lorenzetti menciona que a interpretação passe a ser “substituída pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.”³²¹ A função do Código passa a ser subsidiária, pois agora: “O Código é como o sol, ilumina-os colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.”³²² Para Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino ao ser constitucionalizada a regulação da propriedade o uso e o gozo não poderão mais ser de forma abusiva e ainda deverá respeitar o conteúdo do mínimo da propriedade, assim: “(...) foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretam a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual desnaturaria o próprio direito.”³²³

Diante da constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do direito privado, há uma reestruturação do Direito Civil sobre a égide qualitativa, interligando o patrimônio ao desenvolvimento da pessoa.³²⁴ Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento -

³¹⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. 2002, p. 91.

³²⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 04.

³²¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 45.

³²² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 45

³²³ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de . Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional**. 1993, p. 31.

³²⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 33.

pela qual não pode “radicalmente ser alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado.”³²⁵ O direito patrimonial razão do direito privado integra-se aos “(...) novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.”³²⁶

Outros interesses fazem parte do instituto da propriedade, pois a mesma está num espaço social constitucionalizado, repersonalizado e calcado na democracia, acarretando inúmeras transformações no espaço privado, há sem dúvida “a presença de mais pessoas que demandam o uso de bens, a pretensão das democracias de atender e não ignorar, como antes sucedia, (...)”³²⁷

A democracia se baseia em ditames sociais e no acesso às garantias mínimas, gerando uma promessa de acesso massificado aos bens e em condições de igualdade, incluindo os interesses dos não-proprietários e o comprometimento da realização do mínimo existencial. Trata-se de inserir a propriedade no contexto das discussões em torno do comprometimento com o atendimento das necessidades humanas existenciais.

No entanto, antes de dar continuidade ao papel da propriedade funcionalizada em relação a realizações de valores existenciais, cumpre antes analisar as peculiaridades que fundamentam e envolvem o mínimo existencial. “O problema do mínimo existencial se confunde com a questão da pobreza e tem importância muito grande na história da fiscalidade moderna.”³²⁸ O estímulo à mendicância é atribuída em grande parte as ações da Igreja, ao destinar uma parcela do dízimo e auxílio dos cristãos ricos dar assistência aos pobres. Tal fato teria gerado um estímulo a mendicância,³²⁹ e a necessidade de observância de realização de mínimos existenciais. Sendo mais tarde transferida esta incumbência ao Estado.

A relação da pobreza, propriedade, constitucionalismo e democracia reforçaram as discussões em torno de um dever de assistencialismo social aos pobres por parte do Estado. Desta incumbência, decorrem inúmeras ações do

³²⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 33.

³²⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 33.

³²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 110.

³²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. 2009, p. 03.

³²⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. 2009, p. 03.

Estado em relação ao patrimônio de forma a suprir a desvantagem econômica dos necessitados, dentre as ações se destaca o princípio da capacidade tributária, de forma a auferir imunidade tributária aos mais necessitados no que concerne a tributação, limitada pelo mínimo existencial.³³⁰

A fundamentação jurídica do mínimo existencial não ganhou tutela expressa da Constituição Federal de 1988. No entanto, para Ricardo Lobo Torres o direito ao mínimo existencial está contido em dois momentos na Constituição Federal, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III), cujo comprometimento é de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.” O mínimo existencial também pode ser revelado na interpretação do art. 6º da Constituição Federal de 1988, “que define os direitos sociais, há um certo espaço para o mínimo existencial, tendo em vista que este se aproxima dos direitos fundamentais sociais ou, em outro giro, o mínimo existencial marca a jusfundamentalidade dos direitos sociais.”³³¹

No que se refere à fundamentação ao mínimo existencial Ricardo Lobo Torres entende que: “(...) está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à idéia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva. Mas se estrema dos direitos econômicos e sociais.”³³²

Para Ingo Wolfgang Sarlet, na jurisprudência europeia está sedimentado que o mínimo existencial está pautado na realização da dignidade da pessoa humana, transformando o mínimo existencial em “um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”.³³³

Desta forma, possível vincular o mínimo existencial com o conteúdo mínimo da propriedade, pois o conteúdo mínimo de realização existencial fixada à propriedade delimita o seu poder, daí a afirmação de que “a sustentação do mínimo

³³⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. 2009, p. 04.

³³¹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. 2009, p. 08.

³³² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. 2009, p. 13.

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Função do direito*. 2009, p. 83.

não quantifica e sim qualifica o objeto.”³³⁴ Visto deste ângulo, o patrimônio mínimo parece ser capaz de concretizar, “(...) de algum modo, a expiação de desigualdade, e a justa, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.”³³⁵ Desta forma o mínimo patrimonial é capaz de conceituar objetos jurídicos e transformá-los.

Assim, a garantia do mínimo existencial estende-se às propriedades, pois conforme Luiz Edson Fachin há possibilidade de

nessa visão diversa, captada pela lente da pluralidade, o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.³³⁶

Para Pietro Perlingieri os conteúdos mínimos da propriedade³³⁷ são definidos através da “(...) reserva de lei prevista na Constituição, a qual garante a propriedade atribuindo à lei a tarefa de determinar os modos de aquisição, o gozo e os limites, com o objetivo de assegurar a função social e de torná-la acessível a todos.”³³⁸

Portanto, tomando por base a discussão anterior referente ao conteúdo da função social,³³⁹ os objetivos da República Federativa do Brasil contidos no conteúdo da função social, também se encontram inseridos no conteúdo do mínimo existencial. Conforme constatação de Pietro Perlingieri mencionado na citação anterior pode ser constatada que a função social e o mínimo existencial incidiram na concepção unitária da propriedade de forma incluir no contexto democrático os interesses dos não-proprietários. Isto quer dizer que a propriedade deverá realizar o mínimo existencial.

Os titulares do mínimo patrimonial seriam os que mais necessitam. Desta forma Fried, conclui que: “(...) a parte inferior do estamento social não deve cair

³³⁴ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2006, p. 280.

³³⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2006, p. 278.

³³⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2006, p. 280 e 281.

³³⁷ Ver nota 302.

³³⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. 2002, p. 231

³³⁹ Sobre o conteúdo da função social ver nota 256 e 257.

abaixo de certa fração da média. (...), uma pessoa pode reclamar de seus semelhantes um pacote *standard* de bens básicos ou essenciais: moradia, educação, cuidado sanitário, alimento, isto é, o mínimo social, se com esforços razoáveis não pode ganhar o suficiente para ele mesmo alcançar este mínimo.”³⁴⁰

Estes bens reivindicados pelos necessitados no entendimento de Ricardo Lorenzetti: “Trata-se de bens que correspondem à qualidade humana, e o Direito, assim como a organização social e econômica, serve ao homem; (...) estes bens deveriam ser garantidos, posto que, do contrário não caberia falar de pessoa.”³⁴¹ Mais uma vez é reforçado o compromisso do conteúdo mínimo patrimonial social ao mínimo existencial e a realização da dignidade da pessoa humana.

Analisando o percurso de deveres da propriedade em relação à realização dos interesses dos não proprietários, pode-se dizer que o discurso conceitual da propriedade na contemporaneidade vivencia a fase de relação jurídica complexa, interferindo no conceito unitário da propriedade, acarretando sua repersonalização,³⁴² inserindo valores e realizações existenciais no individualismo proprietário.³⁴³

³⁴⁰ *Apud*: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 330.

³⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 328.

³⁴² LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. 1998, p. 62. A noção de direito subjetivo, tal como foi entendida no século XIX, está, igualmente, sofrendo modificações. O surgimento de grandes grupos de prejudicados deu lugar a interesses individuais homogêneos: a aparição de bens coletivos provocou e reconhecimento de interesses difusos. Aparece a noção de “situação” como elemento condicionante de seu exercício.”

³⁴³ Sobre o tema ver Francisco Eduardo Loureiro “ **A propriedade como relação jurídica complexa**”.

Capítulo 3 – AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES SOB OS CONTORNOS DA DEMOCRACIA

3.1 DEMOCRACIA, IGUALDADE E PLURALISMO

A ruptura com a concepção moderna de propriedade, essencialmente unitária e individualista, encontra no princípio democrático a passagem para uma concepção plural de propriedade e função social. Por isso, o trabalho volta-se para a democracia, analisando-se sua relação com a igualdade e o pluralismo.

A razão para surgimento da democracia é que o todo precede as partes “a sociedade, qualquer forma de sociedade, e especialmente a sociedade política, é um produto artificial da vontade dos indivíduos.”³⁴⁴

A democracia é constantemente referida em sua concepção antiga, idealizada pelos gregos, como forma de governar. Nestes termos, ela era o governo de muitos “da maioria, ou dos pobres (...), em suma, segundo a própria composição da palavra, como governo do povo, em contraposição ao governo de uns poucos.”³⁴⁵ A própria palavra democracia de origem grega “*demos, Kratos*”, que tem sido interpretada como governo do povo e para o povo.³⁴⁶

Recepcionada pela modernidade, indaga-se se o conceito antigo de democracia se alterou, a ponto de serem consideradas em sua forma antiga e moderna antitéticas.³⁴⁷ Ocorre que o termo não se alterou, o que se alterou foi a forma de exercer os direitos que estão sobre a égide democrática. Nas palavras de Norberto Bobbio:

O que se considera que foi alterado na passagem da democracia dos antigos à democracia dos modernos, ao menos no julgamento dos que vêem como útil tal contraposição, não é o titular do poder político, que é sempre o “povo”, entendido como o conjunto dos cidadãos a que cabe em

³⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006, p. 34.

³⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 31.

³⁴⁶ Goyard-Fabre, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. 2003, p. 07.

³⁴⁷ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 37.

última instância o direito de tomar as decisões coletivas, mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito.³⁴⁸

A Democracia teria interdependência com o Estado liberal, na intervenção de Norberto Bobbio: “(...) na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia para o liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.”³⁴⁹

A democracia moderna, foi esculpida em duas versões, a liberal e a social. A relação entre democracia e liberalismo é marcada por acertos, algumas rupturas e contrastes, pois ao mesmo tempo que uma depende da outra³⁵⁰ as rupturas se iniciam no que diz respeito ao igualitarismo democrático. Por conta dos vários significados possíveis de igualdade, “liberalismo e democracia estão destinados a não se encontrar, o que explica, entre outras coisas, a contraposição histórica entre eles durante uma longa fase.”³⁵¹ Retirando o ideal de igualdade rejeitado pelo liberalismo, a democracia é considerada prosseguimento e aperfeiçoamento do liberalismo, com base na soberania popular,³⁵² pois era de interesse do liberalismo obter o maior grau de liberdade econômica “que pressupõe a defesa ilimitada da propriedade privada,”³⁵³ e conseqüentemente das liberdades individuais.

Por sua vez a democracia social atribui o alto índice de desigualdade entre os homens o excesso de tutela de liberdade proprietária privada. Surgindo antíteses entre as duas formas de democracia: social e liberal,³⁵⁴ o conceito de democracia sofre seus primeiros arranhões.

No binômio democracia mais liberalismo, democracia significa principalmente sufrágio universal e, portanto, um meio de expressão da

³⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 32.

³⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2006, p. 32 e 33. Para o autor “*é pouco provável que um Estado não-liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um Estado não-democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que Estado liberal e Estado democrático, quando caem, caem juntos.*”

³⁵⁰ Nota 347.

³⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 42.

³⁵² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 42 e 43.

³⁵³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 80.

³⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 83. O autor menciona que ao se referir a democracia social, não quer com isto dizer democracia socialista: “*um regime que seja ao mesmo tempo democrático e socialista até agora não existiu.*”

livre vontade dos indivíduos singulares; no binômio democracia mais socialismo, democracia significa ideal igualitário que apenas a reforma da propriedade proposta pelo socialismo pode realizar. No primeiro binômio é consequência, no segundo um pressuposto.³⁵⁵

Inúmeras são as críticas travadas entre as duas democracias, pois os simpatizantes da democracia liberal mencionam o risco de diminuição das liberdades individuais acarretados pela democracia social, enquanto os simpatizantes da democracia social “condenam como solução de compromisso entre o velho e o novo que, mais do que favorecer a realização do socialismo, a obstaculiza e a torna até mesmo impossível.”³⁵⁶

No que se refere ao objeto deste estudo, pelo que foi exposto, é possível constatar que a democracia liberal defende a liberdade da propriedade privada e a segunda concepção de democracia a igualdade material em relação à propriedade. A liberal acarretaria a conservação da concepção unitária de propriedades com consequente exclusão dos interesses dos não-proprietários. A democracia social acarretaria a tutela de interesses dos não-proprietários, com consequente inclusão dos não-proprietários no contexto da propriedade privada, uma vez que, prevê a igualdade de condições no que se refere a propriedade, permitindo a realização das propriedades.

A democracia moderna, segundo Simone Goyard-Fabre, é declarada como: “liberal” ou “socialista”, e até “popular” ou ainda “plural”. Definem-na como “constitucional”, “parlamentar” ou “pluripartidária”. (...), a democracia está envolta numa aura mágica como se devesse possuir uma dimensão planetária e ser a “lei da Terra”.³⁵⁷

O regime da democracia constitucional-pluralista pode ser aplicada a proposta desta pesquisa, ou seja, de viabilizar a discussão de outras situações proprietárias que não só a delineada pelas codificações modernas, pois “com seu pluralismo, às diferenças, à competição pacífica, portanto a equilíbrios sempre modificáveis, é um regime em que as liberdades não são postas em perigo por uma

³⁵⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 84.

³⁵⁶ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2006, p. 84.

³⁵⁷ Goyard-Fabre, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. 2003, p. 02.

autoridade unitária.”³⁵⁸ A democracia tem de ser devidamente aplicada, interpretada, pois por sua dimensão “constitucional e pluralista, ela é o único regime aberto para o humanismo liberal, o único que, em face da ameaça totalitária, desenha-se, apesar de suas imperfeições, como um horizonte de esperança.”³⁵⁹ Esperança de se ter um diálogo entre a concepção unitária da propriedade e a pluralidade de propriedades, cujo objetivo é dar respostas as diversas situações proprietárias e efetivar a função social da propriedade.

Assim, a democracia contemporânea é chamada para dar conta da complexa sociedade contemporânea.³⁶⁰ Para Samantha Chantal Dobrowolski dentre os desafios que perfaz o contexto da democracia contemporânea estão: o aumento da complexidade social; os avanços tecnológicos; a globalização de vários sentidos e a proeminência do fato do pluralismo e a explosão das minorias e identidades culturalmente diferenciadas que alteram os padrões civilizatórios. Além de ter que conjugar liberdade e igualdade.³⁶¹

Portanto, pode ser destacado que há diferenças para serem acomodadas em relação à propriedade, reduzindo os espaços de uma única concepção proprietária, acarretando abertura para outras propriedades. Somando-se ao cenário de complexidade democrático contemporâneo há ainda o confronto de identidades múltiplas e reivindicações coletivas que exploram a dimensão da democracia, constantes de novos e mais direitos. Através de suas reivindicações e de suas práticas cotidianas, estes sujeitos coletivos exploram a dimensão da democracia “e deflagram a reinvenção dos espaços sociais e políticos, ao promoverem a criação ininterrupta de novos direitos, (...)”³⁶² Nas palavras de Samantha Chantal Dobrowolski:

Observa-se uma alteração nas diretrizes do itinerário reivindicatório das lutas por reconhecimento do mundo contemporâneo. É que, do apelo

³⁵⁸ Goyard-Fabre, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** 2003, p. 252.

³⁵⁹ Goyard-Fabre, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana.** 2003, p. 253.

³⁶⁰ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos.** 2007, p. 218.

³⁶¹ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos.** 2007, p. 209.

³⁶² DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos.** 2007, p. 242.

tradicional à igualdade e ao trato igualitário como cidadãos, os integrantes dos vários movimentos multiculturais voltam-se à reivindicação da diferença e, a partir dela, do tratamento diferenciado ou preferencial, que expressa o reconhecimento de ser diferente, concebido, inclusive, como forma de compensação pelos agravos sofridos historicamente. Entendem, nesta medida, que a dignidade inerente a cada ser humano se vê diminuída não em razão de sua qualidade e identidade particulares como indivíduo, mas por conseguinte, a título de reparação, um duplo reconhecimento: como pessoa, independentemente de raça, etnia, gênero, e como membro de grupos culturais específicos, com as peculiares e específicas necessidades que daí derivam.³⁶³

Diante de tantas reivindicações e necessidade de acomodação, bem como, de respostas às desigualdades, a democracia pluralista contemporânea pode ser denominada de complexa, onde há uma mudança nos paradigmas, pois a relação entre indivíduos e Estado não é mais restrita ao critério de identificação e vínculos de pertencimento, mas de tratamento igualitário e de realizações das diferenças.³⁶⁴ A democracia é chamada a “explicar os problemas antigos e novos que as entrecortam e de dar resposta às perguntas da sociedade que mudaram de natureza e modalidade de expressão.”³⁶⁵

No que se refere ao contexto brasileiro, o regime adotado pela Constituição Federal de 1988 é fundado no princípio democrático. Para Daniel Sarmento: “a Constituição de 88 ostenta uma relevante dimensão simbólica: ela marcou o reencontro da sociedade brasileira com o Direito e a democracia, pretendendo ser o signo de uma nova era no país, timbrada pela justiça social, pela solidariedade e pelo pluralismo democrático.”³⁶⁶

Tanto o preâmbulo como o art. 1º enunciam de maneira veemente o regime adotado pelo Brasil. No que se refere a democracia no Brasil a Constituição Federal de 1988 se propõe a realizar os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3ºI,

³⁶³ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 241.

³⁶⁴ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 240.

³⁶⁵ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 241.

³⁶⁶ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. 2006, p. 84.

II, III e IV)), dentre os quais se destaca a democracia participativa e pluralista, como afirma José Afonso da Silva:

participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício.³⁶⁷

Se a democracia acolhida pela Constituição Federal de 1988 é pluralista, o que envolve o reconhecimento de outras culturas e etnias, isso significa que a concepção de propriedade enunciada pelo Código Civil moderno, não pode mais prevalecer. Ela não é a única concepção de propriedade possível. Há outras situações proprietárias que devem ser tuteladas, mas que se encontram excluídas do ordenamento jurídico. (parágrafo inteiro sugerido pela professora)

O direito de propriedade privada em sua versão civilista também é tutelado pela democracia, pois o “princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conteúdo subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.”³⁶⁸ Pois é relevante o papel de lei geral, abstrata e obrigatória, mas para o Estado Democrático além destas incumbências a lei também tem o papel “modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificativo.”³⁶⁹ Assim, o papel do Estado Democrático de Direito em relação à propriedade privada é de não

ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações

³⁶⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 119.

³⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 121.

³⁶⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 121.

políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito privado, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, (...).³⁷⁰

É com base no pluralismo do Estado Democrático de Direito que a presente pesquisa contextualiza a propriedade: para além da propriedade codificada, há uma pluralidade de propriedades reconhecidas pela Constituição mas que ainda demandam tutela do ordenamento jurídico. Indaga-se então, se o princípio da função social é capaz de perfazê-la.

A sociedade democrática somente poderá enfrentar as tensões deflagradas pela explosão do pluralismo se levada em conta três diretrizes fundamentais: o acatamento às múltiplas reivindicações e do reconhecimento das diferenças relevantes do grupo; garantia de participação política de modo a ter representação pluralista dos interesses; o respeito às identidades de indivíduos e grupos, cuja afirmação e reprodução, sem coerções, no meio social, ensejam a igualdade e a liberdade, pilares da organização social e política do que se reveste a democracia.³⁷¹

Na esteira desta tutela busca-se compreender se uma concepção de função social atrelada à propriedade codificada como única situação proprietária possível, é suficiente para realização de direitos fundamentais. O princípio democrático é então utilizado, em seu viés de pluralismo e igualdade, como fundamento para delinear a existência de diversas funções sociais das propriedades.

³⁷⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. , 2002, p. 121 e 122.

³⁷¹ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 246.

3.2 A PROPRIEDADE EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO E A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA

Pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988, embalada pelo regime democrático, enfrentou com vigor o caráter unitário da propriedade, “basta ler os capítulos do meio ambiente, dos índios, da cultura, basta dizer que cada vez que garante a propriedade, determina que ela tenha uma função social.”³⁷² Desta forma, várias propriedades são expressas no Texto constitucional, como forma de garantir a terra e outras situações de pertencimento.

Assim, nos artigos 215, 216, 225, 231 e 68 do ADCT a terra é concebida como um espaço cultural.³⁷³ Na sua maioria, estas propriedades são destinadas ao uso coletivo e comum desafetas de qualquer comercialização, como as terras públicas dos índios, das comunidades remanescentes de quilombolas, e das reservas extrativistas e florestas nacionais.³⁷⁴ Revelam outras formas de concepção proprietária, através das quais será possível constatar que a terra e o território terão uma função social a cumprir, distante da função social da propriedade, concebida pela civilística clássica.

A democracia reconhece a diversidade de propriedades, e lança olhar diferenciado da codificação de 1916, em face da qual restava apenas um interesse a ser tutelado: o do proprietário. Outros interesses especialmente o dos não proprietários podem ser reconhecidos pela democracia, em seu viés pluralista e igualitário.

³⁷² MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 114.

³⁷³ Os artigos 215 e 216 da Constituição Federal de 1988, preceituam: artigo 215: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais; §1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional; §2º A lei disporá sobre a fixação comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais. Artigo 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I- formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III- as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Art. 68, do ADCT: Aos remanescentes das comunidades dos quilombolas que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.”

³⁷⁴ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 122.

Outras situações proprietárias são tuteladas, caracterizadas pelo uso coletivo da terra, mas que se distinguem da co-propriedade, acolhida pelas codificações: é a propriedade coletiva, nos termos de Paolo Grossi:

Fique claro que com este termo usual mas impróprio não evocamos nem a imagem de uma propriedade não-individual (o condomínio tradicional), nem a da propriedade de uma pessoa jurídica, mesmo pública, nem tampouco do Estado (que seria sempre individual, mesmo que não ligada a um indivíduo fisicamente existente), mas sim um pólo antitético àquilo que nós ocidentais habitualmente entendemos por propriedade, um esquema de ordenação da relação homem-terra caracterizado por escolhas de fundo, de todo invertidas em relação ao fio condutor aparente da nossa história.³⁷⁵

Deste modo, já é possível estabelecer um diálogo entre outras situações proprietárias e o princípio da função social, a fim de realizar direitos fundamentais. Diante de casos concretos que tratam do direito à terra e ao território, é possível constatar que muitas das situações originaram-se da relação do homem com a terra,³⁷⁶ seja urbana ou não urbana,³⁷⁷ afastando-se da concepção individual de propriedade moderna.

Assim, não há dúvida que a democracia contemporânea está inserida em um cenário complexo no que se refere às concepções das propriedades. Grupos de múltiplas identidades sociais, culturalmente diferenciados, levam a concepção de propriedade codificada a “tornar-se de tal modo vã a ponto de colocar em dúvida a legitimidade de um único recipiente propriedade”.³⁷⁸

Estes grupos também estão cientes do papel da democracia, e, assim, fazem inúmeras reivindicações coletivas, visando explorar a dimensão e a potencialidade da democracia social e sua abertura e ampliação em relação à terra, visam realizar suas identidades culturais e fundamentais à moradia, emergindo “fatos novos” da relação do homem com a terra, emergidas de questões sociais, e

³⁷⁵ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, p. 07. Transcrição íntegra.

³⁷⁶ Sobre as propriedades emergidas da relação do homem com a terra ver nota 374.

³⁷⁷ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 169. Expressão usada por Andrea Alves de Sá para se referir ao espaço ocupado pelas comunidades.

³⁷⁸ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. 2006, p. 09.

que em sua maioria ficam sem respostas, pela ausência de instrumento material e processual adequado.³⁷⁹

Os casos concretos das Comunidades de Fundo de Pasto, das Quebradeiras de Coco Babaçu (ambos na Bahia) e o julgado do STF no caso da Raposa Serra do Sol, são amplamente discutidos pela doutrina, como casos em que estão em jogo outras situações proprietárias, que, além de levarem à discussão sobre as garantias dos direitos culturais e étnicos dos grupos formadores da cultura nacional, também se somam as causas de transformação histórica e democrática na conjuntura da propriedade privada mencionadas ao longo desta pesquisa. Colocam em questão uma concepção diversa de propriedade, com reflexos no princípio da função social, delineando a função social da terra e do território.

O primeiro caso revela um sistema tradicional de criar, viver e fazer de forma comunal a gestão da terra da comunidade do semi-árido do sertão da Bahia totalmente alheio a concepção unitária. O sistema de Fundo de Pasto é apenas um entre outros sistemas de organização territorial comunal, que apresenta relevância social e jurídica pois constitui patrimônio cultural, em conformidade com os arts. 215 e 216 da Constituição Federal. Estas comunidades integram um conjunto de forças sociais e políticas que visam construir um debate extenso sobre outras formas de viver o semi-árido, para além do sistema estatal de propriedade privada individual, com a valorização das capacidades e potencialidades socioambientais e culturais da região.³⁸⁰

³⁷⁹ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998. Neste sentido, o autor se propõe a analisar os atos invasivos coletivos de esbulhos multitudinário (diferente do clássico esbulho clássico e corriqueiro) que configuram fato novo no plano possessório, uma vez que aqui nestas invasões não é o indivíduo que figura no pólo passivo da relação processual, mas a coletividade. O autor ainda destaca que ainda não “há pressuposto normativo, processual ou material que contemple o esbulho multitudinário de forma específica e expressa.” (pp. 18 e 19)

³⁸⁰ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 160, 165, 166 e 167. O sistema de fundo de pasto representa um caso típico de exclusão de proprietários tradicionais de terras antes da chegada da cora portuguesa no Brasil (coadunando com que foi mencionado capítulo I, onde foram retratadas as conseqüências de implantação do sistema das sesmarias no Brasil, e da conseqüente autorização registral das terras concedidas. Dois empresários, munidos de dois títulos das terras, ajuizaram uma ação de Imissão na Posse das terras de Fundo de Pasto, onde vivam trezentas famílias, cuja atividade principal era a apicultura. Os dois empresários possuíam um título, ou seja, um papel, em detrimento de uma apropriação secular. Cumpre mencionar que após diversos anos de luta, o caso chegou a opinião pública e foi tomado por escândalo, fazendo com que a empresa de propriedade de dois empresários

As comunidades tradicionais já viviam nesta região há mais de um século, cujos costumes prevaleciam por quatro gerações, transmitindo-se o uso da terra de pai para filho. Portanto, o uso se dava de forma coletiva, explorando a terra de forma não econômica, chamada de Fundo de Pasto, cujo objetivo consistia em retirar dali recursos naturais para sustento da própria comunidade. A atividade principal era a criação solta de ovinos e caprinos alimentados da pastagem nativa. Das caatingas retiravam-se frutos, lenha, pastos para os animais e até remédios. A única coisa cercada no fundo de pasto eram os roçados e os quintais, no mais tudo era coletivo.³⁸¹

O “fundo de pasto” representa um usual gerenciamento da produção, propiciada pela geografia da caatinga. Nas palavras de Andréa Alves de Sá:

O sistema de fundo de pasto é apenas um entre outros sistemas de organização territorial comunal, que apresenta relevância social e jurídica pois constitui patrimônio cultural, em conformidade com os arts. 215 e 216 da Constituição Federal, e suas comunidades integram um conjunto de forças sociais e políticas que visam construir um debate extenso sobre outras formas de viver o semi-árido, para além do sistema estatal de propriedade privada individual, com a valorização das capacidades e potencialidades socioambientais e culturais da região.³⁸²

As terras que servem para o sistema de cultivo comunal de fundo de pasto são exemplo pontual das injustiças cometidas contra as comunidades tradicionais pelo sistema de colonização e privatização de terras no Brasil. Pois, nesta área específica, onde fica a Comunidade de Fundo de Pasto, os conflitos começaram exatamente com o registro de terras determinado pela já citada Lei 601 de 1850, que obrigava a regularização da posse e a obrigatoriedade de registro do título.³⁸³

fosse fechada, demonstrando que o Direito Civil não é capaz de dar conta de todas as formas de propriedades ensejadas pela Constituição..

³⁸¹ Sá, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 160 e 161.

³⁸² Sá, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 160.

³⁸³ Aqui está congruência do que se falou no capítulo I, quando se fez uma retrospectiva histórica da propriedade privada no Brasil, desde a concessão de terras pelo sistema das sesmarias, até a autorização registral das mesmas terras concedidas gratuitamente, de que foram cometidas diversas injustiças em face das comunidades tradicionais, acostumados a explorar a terra de forma comum e coletiva, foram obrigados a entregar suas terras para a coroa portuguesa sob pena de desapropriação compulsória.

A origem do conflito deve-se à instauração de dois costumes diferenciados no território: um baseado nos usos e costumes seculares das pessoas da região e outro, fundado na ordem jurídica estatal, centralizadora, codificada e abstrata que acabou criando não a regularização das posses, mas o nascimento de mecanismos legais de expropriação.³⁸⁴

A ordem jurídica centralizadora instaurou um novo sistema normativo para mapeamento das terras. Este foi o primeiro passo de exclusão das pessoas que viviam no meio rural e nas caatingas, pois seus costumes foram engolidos pelo sistema jurídico. Isto acarretou a exclusão social dos proprietários tradicionais,³⁸⁵ das terras e o aniquilamento de seus costumes. Não demorou muito para que aparecessem títulos de propriedade que autorizavam a invasão e a construção nas terras daqueles que viviam ali desde o século XVII, desqualificando a propriedade das comunidades tradicionais, cujos possuidores nunca precisaram de documento e de outras formalidades provar o vínculo com a terra. Conforme Andréa Alves de Sá estas comunidades:

(...) não enxergam a importância do papel para provar a apropriação, não pela consciência da aceitação ou não, do contrato social, mas, porque eles jamais precisaram dele para existir em suas vidas reais. Estar na terra é simplesmente viver e tirar dela seu sustento, não precisa de nome, nem de garantia. A garantia é estar lá, é ser reconhecido por todos que lá é sua casa, que foi de sua mãe e de sua avó. A existência e o reconhecimento

³⁸⁴ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 165.

³⁸⁵ SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas**. 2006, p. 09. O autor traz a noção do que seria tradição: “Embora a noção de tradição apareça em textos clássicos associada ao postulado de “continuidade”, conforme sublinha Foucault in “Resposta ao Círculo Epistemológico” (1968), importa sublinhar que o termo “tradicional” da expressão “povos tradicionais”, aqui freqüentemente repetida, não pode mais ser lido segundo uma linearidade histórica ou sob a ótica do passado ou ainda como uma “remanescência” das chamadas “comunidades primitivas” e “comunidades domésticas” (Sahlins, 1972 e Meillassoux, 1976) ou como “resíduo” de um suposto estágio de “evolução da sociedade”. O chamado “tradicional”, antes de aparecer como referência histórica remota, aparece como reivindicação contemporânea e como direito envolucrado em formas de autodefinição coletiva. Nesta ordem, antes mesmo de serem interpretadas como “comunidades naturais” e “espontâneas” as chamadas “comunidades tradicionais” aparecem hoje envolvidas num processo de construção do próprio “tradicional”, a partir de mobilizações e conflitos, que tem transformado de maneira profunda as formas de solidariedade apoiadas em relações primárias. Deste ponto de vista, além de ser do tempo presente, o “tradicional” é, portanto, social e politicamente construído.” Portanto, a qualificação tradicional afasta a preocupação com a origem e com o isolamento cultural.

desta existência por todos os seus iguais que o torna dono de um lugar, mostrando uma ética que ultrapassa o documento.³⁸⁶

A comunidade enxerga a terra como seu território “lugar do uso e do trabalho para si e para a comunidade e não aquele desenhado em um documento ou descrito em lei.”³⁸⁷ Desta forma, “não importa muito o nome com que o direito batiza sua forma de viver: apropriação, posse, propriedade, ocupação ou outra palavra qualquer. Isso porque o que importa é a situação real na qual eles se encontram.”³⁸⁸

O que importa para a comunidade tradicional é que a terra se chame fundo de pasto e que dela possa ser extraído meios de realizar direitos fundamentais, dentre os quais seu sustento, sua reprodução cultural e a sua auto-identificação dentro do espaço democrático.

Outro caso concreto que demonstra a importância da terra e seus recursos naturais paralela à concepção unitária da propriedade é o das Quebradeiras de Coco de Babaçu. Assim como o fundo de pasto, a comunidade das Quebradeiras de Coco também representa uma forma de uso comum da terra, contrapondo-se à conjuntura unitária da propriedade imobiliária. Trata-se de uma atividade preexistente que consiste na extração livre e comum de coco das palmeiras de babaçu, na Bahia pela comunidade. Isso sem que se apresentassem os donos das palmeiras para impedir a extração dos frutos, pois, as palmeiras são consideradas recurso natural de uso de todos. Uma atividade exercida em sua maioria por mulheres, que consiste no livre acesso as palmeiras de babaçu para coletar coco e deles extrair amêndoas.

As amêndoas servem para o consumo da própria família quando não são transformadas em óleo, leite, sabão e comercializadas, permitindo a aquisição de

³⁸⁶ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 166.

³⁸⁷ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 167.

³⁸⁸ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 167.

produtos básicos, que serão utilizados e consumidos pela unidade doméstica como um todo.³⁸⁹

A atividade de exploração das palmeiras de babaçu vai muito além do consumo e da comercialização dos produtos, servem para a garantia de direitos fundamentais de reprodução das próprias famílias, por isso:

Dada a importância desse recurso na reprodução das famílias, não importa tanto para eles onde estejam situadas as palmeiras, se área de domínio privado ou público, posto que isto não serve de empecilho para o exercício de suas atividades extrativas. Atribuem prioridade ao uso de um recurso aberto e com isto se contrapõem ao nosso ordenamento jurídico. Para elas o uso suplanta o domínio – o que não quer dizer que o domínio da terra também não seja essencial para a sua reprodução social.³⁹⁰

Neste tipo de atividade impera como ordem o consenso, em que a exploração das palmeiras de babaçu constitui prática social conjunta e de comum acordo, “é exatamente isto que define a noção latina de *traditio*, que em tudo corresponde ao nosso ponto de vista de considerar as quebradeiras como constituindo uma “comunidade tradicional” (...).”³⁹¹

Isto acontece com as quebradeiras de coco, em que o babaçu livre e o uso comum são mais importantes que a própria terra, o “babaçu livre é um direito fundamental, pois é garantia de sua reprodução física e social.”³⁹² A privatização das palmeiras de babaçu representa uma ofensa aos costumes e aos direitos

³⁸⁹ SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas**. 2006, p. 17.

³⁹⁰ SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas**. 2006, p. 17 e 18.

³⁹¹ SHIRAIISHI NETO, Joaquim. *Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas*. 2006, p. 19.

³⁹² SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas**. 2006, p. 27. “Apropriação privada e cerceamento sistemático das áreas de ocorrência de babaçu, as tornam sujeitas aos chamados “contratos” com os supostos proprietários. No Estado do Maranhão esse processo se consolidou com a edição da Lei nº 2.979/1969, conhecida como a lei Sarney”. Nestes “contratos” as mulheres são obrigadas a pagar uma “renda” com parte da produção extrativa. As amêndoas de coco babaçu são transformadas em moeda de troca. As quebradeiras somente têm acesso às palmeiras sob a condição de entregarem aos supostos proprietários, também chamados de “fazendeiros”, a metade ou mais do total da produção. Controlando um recurso da natureza, o babaçual, o suposto proprietário se apropria do produto do trabalho das mulheres extrativistas. Uma outra forma de expropriação, que elas chamam de “sujeição”, é a venda ou a troca exclusiva de toda a produção por mercadorias ou produtos industrializados de consumo básico, com o dono da terra. Quando as quebradeiras de coco se recusam a esse tipo de subordinação, são proibidas de utilizarem o babaçual ou acusadas formalmente de furto de coco de babaçu, (...).”

fundamentais das Quebradeiras de Coco. Joaquim Shiraishi Neto completa: “A coexistência do direito de livre acesso e uso comum e do direito de propriedade privada da terra sugere uma “colisão de direitos”, implicando numa interpretação sistemática e aberta da Constituição Federal de 1988, na qual o princípio da dignidade deve ser o norteador da análise desse direito.”³⁹³

As Quebradeiras de Coco de Babaçu da Amazônia formam o movimento das MIQCB (Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu), este movimento foi formado para enfrentar as dificuldades na exploração livre das palmeiras que dão os frutos do babaçu, dentre os quais as restrições impostas por aqueles que titulam proprietários formais deste recurso natural. O movimento visa amenizar as desigualdades que surgem entre as próprias Quebradeiras de Coco para extração das amêndoas.

O problema das desigualdades entre as Quebradeiras de Coco está no fato de que muitas vezes há diferenças econômicas entre elas, pois existem Quebradeiras de Coco com terra e as sem terra. Isto obriga as sem terra à constante movimentação em busca de terras que tenham as palmeiras de babaçu, e conquistar o seu livre acesso para extração dos cocos. Outra problemática está nas restrições ao livre acesso as palmeiras de babaçu, de onde nascem as novas relações de sujeição entre as quebradeiras de coco e os proprietários das terras, que exploram a mão-de-obra das quebradeiras, impondo-lhes condições contratuais e pagamento de renda para exploração das palmeiras sob pena de serem acusadas de furto dos frutos das palmeiras.³⁹⁴

Outro caso concreto que contribui para a compreensão de outras situações proprietárias, dentro do espaço democrático, é caso da demarcação das terras indígenas da Raposa Serra do Sol, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. A suprema corte teve a oportunidade de analisar e aplicar dispositivos constitucionais de tutela dos direitos indígenas expressos no capítulo VIII da Constituição Federal de 1988, em caso concreto e dentro do espaço constitucional democrático.

³⁹³ SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas**. 2006, p. 27.

³⁹⁴ SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco babaçu e normas correlatas**. 2006, p. 19,20 e 21.

A reserva indígena da Raposa Serra do Sol situa-se no Estado de Roraima, tendo sido homologada de forma contínua no ano de 2005 pelo presidente da República, no qual determinava que os não-índios deveriam se retirar em um ano do local.³⁹⁵

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de dez votos a favor da demarcação contínua das terras em favor dos índios e um único voto vencido. Durante a votação, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista ao processo, paralisando o andamento processual. Na retomada, votou a favor da demarcação contínua, no entanto, impôs dezoito condições que deveriam ser

³⁹⁵ Ação Popular ajuizada em 20 de maio de 2005, cuja autoria é do Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, em face do processo de nº 2.833. Rel. Min. CARLOS BRITTO, Julg. em 19/03/2009 e publ. no DJ 25-09-2009. REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010.EMENTA: “AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.” (consulta dia 10.07.2010) A localização geográfica da Raposa Serra do Sol está nas fronteiras com a Venezuela e a Guiana possuindo 1,7 milhões de hectares, equivalente a dezessete mil km², com superfície suficiente para agrupar onze cidades do tamanho de São Paulo, até o ano de 2009 quando foram proferidos todos os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal a terra em questão era habitada por cerca de dezoito mil índios e cerca de 290 propriedades de produtores de arroz, destas propriedades cinco produtores reivindicam reparação econômica de oitenta milhões de reais. A disputa pela terra da Raposa Serra do Sol teve origem em uma Ação Popular ajuizada em 20 de maio de 2005, cuja autoria é do Senador da República Augusto Affonso Botelho Neto, em face do processo de nº 2.833, por conta de que nesta ocasião ficou decidido que o Supremo Tribunal Federal decidiria qualquer questão que envolvesse a Raposa Serra do Sol. No ano dos primeiros votos do Supremo Tribunal Federal o processo chegou a ter cinquenta e um volumes. A ação contestava a demarcação contínua da Raposa Serra do Sol, bem como, pedia a suspensão liminar dos efeitos da Portaria nº 534/2005, ou seja, no mérito, o que se pedia era a declaração de nulidade da mesma portaria, bem como, a nulidade do decreto homologatório do Presidente da República do ano de 2005. O ponto principal dos argumentos de defesa estão: a) a própria portaria conteria vícios, por não respeitar o decreto de nº 22/91 e 1.775/96; b) alega ainda que, não foram ouvidas todas as pessoas e entidades geográficas afetadas pela controvérsia (Municípios: Normandia, com 7.118 habitantes; Pacaraima com 8.640 habitantes e Uiramutã com 7.403 habitantes) nem o próprio Estado de Roraima) e ainda que o laudo antropológico teria sido assinado por uma única profissional (risco de parcialidade); c) a demarcação contínua, abarcando toda a extensão territorial mencionada acima, traria conseqüências desastrosas ao Estado Roraimense, pois ao passar para o domínio da União a área demarcada mutilaria parte significativa do território do Estado; d) também ofenderia o princípio da razoabilidade ao privilegiar a tutela ao índio em detrimento da livre iniciativa. Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

cumpridas sob pena de não demarcação, dentre quais se destacam: o livre acesso da Polícia Federal e das Forças Armadas a área demarcada, atuação do instituto Chico Mendes na preservação ambiental, a proibição de ampliação da reserva já demarcada e a proibição de cobrança de qualquer pedágio pelos índios.³⁹⁶

Antes de pinçar as passagens do voto do relator, cumpre analisar o voto vencido,³⁹⁷ contrapondo estes argumentos com o voto do relator, constatando que nem mesmo o STF tem uma posição definida quando analisa a relação entre propriedade e direitos das comunidades tradicionais.

O único voto vencido expressa muito mais que um juízo de interpretação, pois acaba refletindo o olhar da sociedade sobre os direitos indígenas no Brasil. Entre os argumentos para votar contra a desmarcação contínua da Raposa Serra do Sol consta preliminarmente pedido de nulidade do processo, uma vez que haveria vícios de ordem processuais em seu transcurso, pois não se deu oportunidade ao contraditório em face Estado e aos Municípios envolvidos, destacando-se ser favorável à demarcação, mas, sem que se contrariassem garantias processuais.

Além dos vícios processuais, também se destacou que haveria outras questões que impediam o voto favorável à demarcação, dentre os quais: A propriedade privada dos fazendeiros devidamente cadastrados no Incra; o fato da existência de cerca de 19 mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada – uma área doze vezes maior que o município de São Paulo, em que vivem cerca de 11 milhões de habitantes; a impropriedade do resgate de dívida histórica com os índios a qualquer custo; a demarcação oferecia limitações à liberdade de ir e vir de brasileiros na área da reserva, criando verdadeiro “Apartheid”, sendo inadmissível cogitar o isolamento da população indígena, em detrimento de uma nacionalidade integrada; os dados econômicos, que mostram a

³⁹⁶ Na ata de seu voto do Presidente do Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes, ressalta que os votos favoráveis não foram ao acaso, pois chegaram a ir até o local sob contenda, onde, ele Presidente e os Ministros Carlos Aires Brito relator e Cármem Lúcia, constataram a situação de abandono em que viviam os índios daquela região. Percebe-se ali a angústia do índio e a falta de presença do Estado. Os índios estão entregues à própria sorte. Têm que caminhar dois dias e viajar dez horas de ônibus até Boa Vista (capital de Roraima). Fez-se a demarcação e nada mais. entre duas aldeias chega-se a ter distância de 150 Km em linha reta. Haja espaço para pessoas que, em geral, se movem a pé. É preciso que nós reflitamos sobre o que isso significa. Não estamos julgando apenas a Raposa Serra do sol, mas estamos falando de outras demarcações e do risco que isto envolve. (Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

³⁹⁷ O voto vencido foi do Ministro Marco Aurélio, totalizou cento e vinte páginas.

importância da área para a economia de Roraima; a impossibilidade de desconsiderar situações devidamente constituídas, como títulos de propriedade reconhecidos e cadastradas pelo Incra. Por fim, mesmo sendo desfavorável a demarcação, o voto vencido reconhece que a questão analisada por um lado, é matéria de direitos humanos e, por outro, de proteção da propriedade.³⁹⁸

A questão principal do voto vencido em considerar a existência de vícios processuais, também foi objeto de análise no voto do Ministro Relator Carlos Aires Brito.³⁹⁹ Segundo o relator, no caso da demarcação da Raposa Serra do Sol os direitos foram notórios e públicos, começando ainda, no ano de 1977, devidamente publicados no diário oficial da União no ano de 1993, sem que as partes contrárias (Municípios envolvidos e Estado de Roraima) oferecessem qualquer habilitação para defesa.

A respeito do título cartorário dos proprietários fazendeiros sobre as terras, foram sopesadas pelo Ministro Relator, quando destacou o verdadeiro sentido do § 1º do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que impõe como regra que: “São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar,

³⁹⁸ Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

³⁹⁹ No voto do Relator o mesmo menciona: Fazendo-o, enfrente, como de estilo, as questões formais. Isso para de logo me contrapor às alegações de nulidade do processo demarcatório, por suposta agressão às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois as duas situações jurídicas ativas foram plenamente exercitadas tanto pelo Estado de Roraima quanto pelos demais atores processuais. No ponto, noto que os trabalhos de demarcação da área indígena raposa/Serra do Sol começaram em 1977, data a partir da qual o tema ganhou todas as tintas dos chamados “fatos públicos e notórios”. Daí porque, em acréscimo a essa publicidade natural, o estudo de 1991/1992 foi sinteticamente publicado no diário oficial da União já em abril de 1993, tudo conforme os dizeres do § 7º do art. 2º do Decreto 22/91 e como decorrência do aforismo do *tempus regit actum* e do princípio processual da instrumentalidade das formas. Tempo mais que suficiente para que todas as partes e demais interessados se habilitassem no procedimento e ofertassem eventuais contraditas, porquanto o primeiro despacho do Ministro da Justiça Nelson Jobim somente se deu em 1996 (despacho de nº 80/96, excluindo da área a demarcar parte das terras atualmente reivindicadas por arroseiros). Noutros termos, nulidade haveria tão-somente se os interessados requeressem e lhes fossem negados pela Administração Federal seus ingressos no feito, o que jamais ocorreu. O mesmo é de se dizer quanto à participação de qualquer das etnias indígenas da área: Ingarikó, Macuxi, Patamona, Wapichana e Taurepang. Sendo que somente se apresentaram para contribuir com os trabalhos demarcatórios os Makuxi, filiados ao Conselho Indígena de Roraima – CIR4. **Os demais indígenas, tirante os Ingarikó, atuaram diversas vezes nos autos com cartas e petições.** Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

não gerando a nulidade e a extinção do direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto há benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.” Concluindo o Relator que “o direito por continuidade histórica prevalece, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal.”⁴⁰⁰

No que se refere a importância da região demarcada para a economia regional do Estado, bem como, dos riscos que tal ato ofereceria ao Estado de Roraima, este argumento também foi sopesado pelo Ministro Relator Carlos Aires Brito nos seguintes termos:

Também assim o prefalado absurdo jurídico de se afirmar que “índio atrapalha o desenvolvimento”, pois o desenvolvimento que se fizer sem os índios, ou, pior ainda, contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, será o mais rotundo desrespeito ao objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da nossa Constituição, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” francamente incorporador da realidade indígena. Como deixará de cumprir o objetivo igualmente fundamental de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso III do mesmo art. 3º da CF).⁴⁰¹

A questão da extensa área demarcada de forma contínua de 1,7 milhões de hectares serem apenas para a habitação de dezoito mil índios é destacada tanto pelo voto vencido como pelo Relator. O primeiro, conforme já mencionado, considerou que a área que se destinaria aos índios seria o equivalente a doze vezes a cidade de São Paulo e abrigaria apenas 18 mil índios. O Ministro Relator tratou de considerar também este fato, no entanto, redimensionou o sentido das terras demarcadas continuamente, não por sua extensão, mas por sua verdadeira função social dado a sua importância para os costumes e tradições indígenas. Dito conforme as palavras do relator a forma contínua se justifica pois:

(...) o formato de toda e qualquer demarcação de terras indígenas é o contínuo, porque somente ele viabiliza os imperativos constitucionais que o ministro Nelson Jobim resumiu nos quatro mencionados círculos concêntricos. Imperativos que respondem pela vertente fundiariamente

⁴⁰⁰ Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

⁴⁰¹ Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

generosa da Constituição, inclusive para o efeito de incorporar todos os recursos ambientais servientes da reprodução física e cultural de uma dada etnia. Sem prejuízo, porém, do regime constitucional-integracionista dos índios, propiciador da monitorada interação com outras etnias indígenas e com não-índios. E também sem impossibilitar a construção de vias de comunicação e outros empreendimentos públicos, pois o que se reserva para o usufruto exclusivo das populações nativas são as riquezas do solo, dos rios e dos lagos em terras indígenas (§2º do art. 231 da CF).⁴⁰²

Os votos favoráveis a demarcação contínua da Raposa Serra do Sol exteriorizam primeiro a verdadeira concepção de terra para os índios, pois em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar, especialíssimo até, segundo o que já se viu e prossegue-se demonstrado com amparo constitucional.⁴⁰³ Portanto, não se trata de posse ou de propriedade o verdadeiro objetivo do § 1º do art. 231 da Constituição Federal de 1988 é o reconhecimento de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são aquelas por eles ocupadas em caráter permanente. Nas palavras de Marco Antonio Barbosa:

Não pode ser, portanto, um espaço mesquinamente concebido, de maneira que, com o passar dos anos, venha a ser tão diminuto, pelo próprio incremento demográfico e pela constante e intensiva exploração do solo,

⁴⁰² Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010). Ainda segundo o Relator a grande área demarcada para habitação de dezoito mil índios se justifica pelas próprias características dos Estados da Região Norte do Brasil, pois suas extensões territoriais são superlativas, *“prova disso é que as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km2, para uma população de menos de 400 mil habitantes.”* Outro exemplo da dificuldade de exploração do solo no norte do país e da extensa área destinada a pouco habitantes é em relação ao Estado de Pernambuco e Rio de Janeiro *“com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km2. Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km2, é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.”*⁴⁰² Pondera do Relator sobre a necessidade da demarcação contínua e do significado das terras para os índios: *“III - a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e clusters (demarcação por ilhas ou do tipo “queijo suíço”). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da Constituição.”*

⁴⁰³ Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). (Consulta dia 18.08.2010).

que leve à impossibilidade da preservação dos recursos ambientais necessários ao bem estar desse mesmo povo.⁴⁰⁴

Cumpra adiantar que a primeira grande função das propriedades reveladas pela democracia é a preservação do patrimônio cultural de cada uma das comunidades que compõem o uso coletivo e comum da terra. A terra deve ser usada para a reprodução física e cultural. Ao que diverge da concepção clássica de propriedade. Mas, para que estas comunidades vejam seus direitos fundamentais satisfeitos, necessitam usufruir da terra. Assim, é necessário análise de caso a caso, onde será identificada a função específica de cada uma destas propriedades. Devendo ser respeitado os costumes e as necessidades de cada região do país, reforçando a ruptura com um direito absolutista e individualista. Segundo Andrea Alves Sá:

A Constituição de 1988 alcançou êxito em colocar a garantia dos direitos culturais e étnicos contemplando, ainda que timidamente, a pluralidade existente na diversidade dos grupos formadores da cultura nacional. Estes direitos culturais vinculam-se diretamente com as práticas normativas manifestas no interior de cada organização social, que adota estratégias de ocupação, territorialidade, produção e distribuição de bens, baseadas na singularidade conferida por suas tradições históricas, geográficas e econômicas.⁴⁰⁵

Assim, é objetivo da Constituição Federal determinar a função social das terras indígenas visando garantir a existência de um povo em seu território dentro de sua maneira própria de viver com todas as condições necessárias para que, guardando essa maneira de viver, possam as gerações futuras continuar existindo indefinidamente no tempo sem serem inibidas em sua reprodução física e cultural e sem terem seus usos, costumes e tradições prejudicados.⁴⁰⁶

A trajetória do sistema imobiliário no Brasil mostra que desde o sistema das sesmarias se iniciou uma nova ordem no sistema de propriedade privada no Brasil, onde se reconhecia e se permitia o registro da propriedade como privada, àqueles

⁴⁰⁴ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. 2001, p. 94.

⁴⁰⁵ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 161.

⁴⁰⁶ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. 2001, p. 95.

que tivessem terras originadas pelo sistema das sesmarias,⁴⁰⁷ e dentro dentro sistema implantado aqui o índio foi desapossado de suas terras, que se diga: de suas melhores terras.⁴⁰⁸

Muito embora o regulamento de nº 1318 de 1854 previa que as terras em que existam hordas selvagens eram reservadas aos índios, ou seja, o legislador não submetia os índios ao registro e legitimação da posse de suas terras, no entanto, “não era isso que pretendiam os posseiros em suas demandas com os índios que pretendiam exigir que estes exibissem os registros de suas posses.”⁴⁰⁹ O Estado perdeu o controle sobre diversas ações dos posseiros que de má-fé e usando de ardileza registravam terras habitadas pelos índios e os expulsavam de seu habitat tradicional. Uma vez que, na época, havia dificuldade até mesmo dos colonos saberem e entenderem que precisavam registrar suas terras, sob pena de não reconhecimento de direito. Imagine-se como foi então para os índios, entender que deveriam se adaptar aos costumes e leis dos homens brancos e registrar aquilo que possuíam simplesmente como terra e não como propriedade. Assim, “os índios, principalmente os que moravam longe não podiam praticar esses atos para o processo de registro e que não os sertanejos, mas os outros, foram criando posses e formando registro, invadindo e expulsando à força os aldeados.”⁴¹⁰

Outro fator derradeiro que iria reconhecer definitivamente tais propriedades registradas de forma definitiva, foi a codificação da propriedade privada sob o

⁴⁰⁷ Ver subtítulo 1.2, no qual é explorado a origem do direito de propriedade privada no Brasil.

⁴⁰⁸ E ainda, há outra propriedade coletiva imobiliária ressalvada pela Constituição Federal de 1988, expressa no ADCT art. 68 da seguinte forma: “Aos remanescentes das comunidades dos quilombolas que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.” Ao deparar com o artigo que tutela a propriedade dos negros nos Atos e Disposições Constitucionais Transitórias, quando a pouco se verificou que os índios ganharam não um artigo, mas um capítulo, é inevitável questionar porque os direitos dos remanescentes do quilombolas coube somente um artigo e ainda posterior a promulgação Constitucional. Para elucidar tal questão será necessário assim como se fez com os direitos indígenas, retornar as memórias da Assembléia Nacional Constituinte e analisar a forma de luta e discussões em torno dos direitos dos remanescentes de quilombolas. Mas, esta não é a única questão que se levanta, e que se perquire por respostas, pois esta garantia mesmo que no ADCT gera dúvidas quanto a identificação dos titulares deste direito, é o que questiona PACHECO: “*Mas quem são chamados remanescentes de quilombolas cujos direitos são atribuídos pelo dispositivo legal? Seria a origem comum determinada da formação no sistema escravocrata.*” (PACHECO, Marcos Antonio. **Estado multicultural e direitos humanos. Tópica constitucional dos direitos étnicos.** 2005, p. 127) Portanto, saber identificar uma comunidade remanescente dos quilombolas, e delegar um direito garantido pela Constituição Federal talvez seja um desafio tão grande quanto a concessão de terras para eles.

⁴⁰⁹ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença.** 2001, p. 195.

⁴¹⁰ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direito à diferença.** 2001, p. 194.

modelo liberal, sufocando de vez as comunidades tradicionais. Segundo argumentos do Ministro Marco Aurélio (voto vencido) seria incongruente querer fazer justiça histórica de todas as atrocidades cometidas pelo sistema das sesmarias, bem como, pelo sistema registral daquela época agora no caso da Raposa Serra do Sol e em pleno século XXI.⁴¹¹

A decisão de demarcação do supremo Tribunal Federal efetiva a tutela a direitos culturais indígenas ao reconhecer que as terras da Raposa Serra do Sol já estavam ocupadas pelos índios, quando foram comercializadas pelos arroteiros. O STF mostrou o verdadeiro papel do Estado abrangente e inclusivo.

Os casos concretos também revelam que os territórios em questão representam a moradia da comunidade, no entanto, uma moradia diferenciada da cultura urbana. Segundo Daniel Sarmiento: “Não se trata apenas da moradia, que pode ser trocada pelo indivíduo sem maiores traumas, mas sim do elo que mantém a união do grupo, e que permite a sua continuidade no tempo através de sucessivas gerações, possibilitando a preservação da cultura, dos valores e do modo peculiar de vida da comunidade étnica.”⁴¹²

A comunidade mantém uma relação com terra de ordem fundamental cultural, pois a terra mantém os laços de identidade através das tradições e valores compartilhados entre cada membro da comunidade. Ao se restringir o acesso a terra as comunidades “não está apenas violando o direito à moradia dos seus membros. Muito mais que isso, se está cometendo um verdadeiro etnocídio.”⁴¹³

A própria Constituição de 1988 que ao modificar a estrutura e não apenas a função do direito patrimonial cultural, incluiu em seu contexto social a territorialidade do solo ocupado pelas comunidades, que também estaria no próprio auto-

⁴¹¹ A leitura que se faz do único voto vencido é que houve (i) uma leitura da economia sobre os costumes, tradições indígenas, uma vez que, segundo ele a demarcação traria riscos para a economia do Estado de Roraima; (ii) o título da propriedade privada dos fazendeiros também foi sopesado pelo Ministro; (iii) a separação do território dos índios em detrimento de um Estado integrado, pois para o Ministro não haveria razão para o que chamou de “*apartheid*” entre sociedade brasileira e os índios; (iv) outro argumento foi a questão da grande área a ser demarcada, uma vez que, o espaço geográfico em questão abrigaria apenas dezoito mil índios, sendo que o mesmo espaço equivale a doze vezes o tamanho de São Paulo.

⁴¹² SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. 2006. Disponível em: [HTTP://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiadoDireitoaPosse_DanielSarmiento.pdf](http://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiadoDireitoaPosse_DanielSarmiento.pdf). p, 05.

⁴¹³ SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. 2006. Disponível em: [HTTP://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiadoDireitoaPosse_DanielSarmiento.pdf](http://www.cisp.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiadoDireitoaPosse_DanielSarmiento.pdf). p, 06.

reconhecimento coletivo e a forma diferente de uso da terra.⁴¹⁴ Deste modo, torna-se possível falar em função social do território. Para Andrea Alves Sá: “(...) constitui ao longo do tempo, uma formação territorial com normatividade própria, cujo resultado se apresenta sob forma individual e coletiva de apropriação e uso da terra, contemplada por um sistema de organização social se convivência e integração socioambiental.”⁴¹⁵

Para Giovanna Bonilha Milano:

As demarcações étnico territoriais constituem, por esta via elemento desestabilizador das concepções jurídicas tradicionais, em um processo que permite a possibilidade de mudança de perspectiva no foco (de forma e conteúdo) do fenômeno jurídico, pela qual a normatividade se dará também pela informalidade das ações concretas dos atores coletivos, organizados em torno de valores, identidade e autonomia que lhes são peculiares.⁴¹⁶

A forma de exploração da terra por estas comunidades depende única e exclusivamente da disponibilidade da terra para exploração de seus recursos naturais. No caso de Fundo de Pasto, a comunidade é dependente da caatinga para sobrevivência. No caso dos índios, dependem de amplo espaço territorial a ser demarcado como forma de proteção e permissão da preservação de seus costumes e tradições. No caso das quebradeiras de coco dependem do reconhecimento constante, renovado a cada impedimento da livre exploração. Assim, “contribui ao longo do tempo, uma formação territorial com normatividade própria, cujo resultado se apresenta sob forma individual e coletiva de apropriação e uso da terra, contemplada por um sistema de organização social de convivência e integração socioambiental.”⁴¹⁷

⁴¹⁴ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 162.

⁴¹⁵ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 161.

⁴¹⁶ MILANO, Giovanna Bonilha. **Propriedade territorial das comunidades remanescentes de quilombos: apontamentos sobre o direito fundamental ao território**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin e Paulo Nalin (coords.). 2009, 166.

⁴¹⁷ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 161.

O reconhecimento da territorialidade do solo ocupado por estes povos autorizaria a titularidade de defesa dos patrimônios culturais não somente ao Estado, porque segundo Andrea Alves de Sá:

Em primeiro lugar, o interesse que está sendo protegido não pertence apenas ao Estado, e em segundo lugar, no limite, sua defesa pode ser exercida até mesmo contra o Estado e suas instituições, inclusive as jurídicas. Este passo que está sendo firmado paulatinamente na temporalidade e na dinâmica dos movimentos sociais, confere legitimidade na utilização de todos os meios materiais e processuais de defesa dos direitos dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro.⁴¹⁸

Portanto, houve o reconhecimento democrático de diferentes etnias dentro da cultura brasileira, e este espaço não se chama posse ou propriedade, conforme a concepção civilista, mas sim terra demarcada como território. Estas terras não representam simples objeto de trabalho ou fonte de alimentos e de renda, mas direito fundamental de manutenção de suas vidas, de coesão de grupo, local de exercício de sua organização social, costumes e tradições, de preservação da identidade cultural,⁴¹⁹ sendo possível falar de um direito fundamental ao território.

Os três casos concretos vivenciados por comunidades tradicionais reforçam a proposta desta pesquisa de que não é possível ficar apegado a um único recipiente proprietário,⁴²⁰ pois conforme Andrea Alves Sá: “Desaparece a possibilidade de vínculo de discussão, de liame de consenso, simplesmente porque os critérios advindos da lógica privatista não são capazes de dar conta da diferença de grandeza existente.”⁴²¹ A situação proprietária precisa ser vista pelo intérprete na sua plenitude, através de uma dupla consciência, sem reter-se a dimensões

⁴¹⁸ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 162.

⁴¹⁹ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. 2001, p. 73.

⁴²⁰ Citação de Paolo Grossi 363.

⁴²¹ SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. 2009, p. 168.

simplistas e inseríveis em compartimentos pré-fabricados.⁴²² Pois, o “homem definitivamente pertence a terra e não a terra ao homem”.⁴²³

Ainda com base nos três casos analisados pode se chegar à conclusão para além da propriedade, a terra tem uma função social, em conformidade com Carlos Frederico Marés: “Na realidade quem cumpre uma função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou o Estado lhe outorgue. Por isso a função social é relativa ao bem e ao seu uso, e não ao direito.”⁴²⁴

O proprietário da terra inserida em contexto social democrático deve cumprir e fazer cumprir a função social sob pena de perder os direitos de tutela jurídica sobre sua terra, “isto é, ao não cumprir não pode invocar os Poderes do Estado para proteger seu direito. Dito de outra forma, não há direito de propriedade para quem não faz cumprir sua função social,”⁴²⁵ da terra.

Portanto, as Comunidades de Fundo de Pasto, as Quebradeiras de Coco de Babaçu e os Índios são portadores de identidade cultural social própria, e, toda esta luta por sua inclusão ocorre na esteira da democracia. A pluralidade e igualdade, presentes na democracia permitem o acolhimento de interesses não proprietários, que prevaleçam em face as função social da situação proprietária. Neste contexto de inclusão social, permite-se ainda, a realização do direito fundamental ao território.

Resta analisar a propriedade como direito fundamental a moradia nos espaços urbanos para constar a efetividade da função social em as situações proprietárias dos espaços urbanos, e suas rupturas na conjuntura unitária da propriedade.

⁴²² GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, p. 20.

⁴²³ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, p. 07.

⁴²⁴ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 116.

⁴²⁵ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 134.

3.3 A PROPRIEDADE EM FACE DO DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA: A FUNÇÃO SOCIAL DO ESPAÇOS URBANOS

Quando se quer considerar que algo é fundamental só é possível quando há um embasamento nos movimentos sociais de cada época histórico-cultural, segundo Melina Girardi Fachin:

A historicidade do (s) direito(s) é inegável. Com o evoluir do tempo as idéias e o próprio (s) direito (s) vão se desenvolvendo, de acordo com os movimentos sociais. Assim sendo, é fundamental que o contexto espaço-temporal seja levado em conta, não sob um aspecto meramente cronológico, mas também crítico desse desenvolvimento. Os direitos fundamentais não fogem à regra, pois só tem sentido dentro de certos padrões conjunturais. Como tal, os direitos fundamentais nascem com a modernidade, influenciados pelo iluminismo e pelos pensamentos racionalista e contratualista que são a base ideológica da revolução burguesa.⁴²⁶

O caráter absoluto dos direitos fundamentais, também pode ser rechaçado por este embasamento de considerar que direito fundamental é determinado conforme o espaço social temporal. Assim, pode se descartar o caráter absoluto dos direitos fundamentais, pois “são categorias que apenas fazem sentido se determinadas histórica e temporalmente, não é logicamente possível atribuir-lhes um fundamento absoluto e puro.”⁴²⁷

Direitos fundamentais se misturam com a evolução e conceito de direitos humanos, pois é comum considerar que o que é tutelado como direito humano pode ser considerado conceito para direitos fundamentais. Assim, segundo Ingo Wolfgang Sarlet a Constituição Federal de 1988 teria consagrado expressamente esta distinção terminológica, pois, “direitos fundamentais aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera constitucional, (...) ao passo que

⁴²⁶ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. 2007, p. 63 e 64.

⁴²⁷ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. 2007, p. 63 e 64.

direitos humanos guarda relação com documentos de direito internacional”.⁴²⁸ O primeiro teria relevância nacional e o segundo internacional.

Ressaltando que não se visa neste momento negar a fundamentalidade dos direitos humanos, “pois direitos humanos sempre compartilharão de nota característica de fundamentalidade”.⁴²⁹ Além disso, o que é conceituado como direito humano quase sempre se torna direito fundamental. Importante destacar tanto direito humano como o direito fundamental não têm conceitos fechados, pois ambos se fundamentam consensualmente na dignidade da pessoa humana, onde reside “o cerne dos direitos materialmente fundamentais já que todos estes respondem, em maior ou menor grau, à concretização desta.”⁴³⁰

Fora desta discussão, procura-se demonstrar que o que é fundamental em um Estado a ordem constitucional determina, aproximando o sentido daquilo que se quer como fundamental da ordem jurídica interna. Para Wilson Steinmetz:

Os direitos fundamentais são direitos – institucionalizados por normas jurídicas e assim fazem parte do sistema jurídico – e, ao menos nas constituições de autênticos Estados democráticos, ocupam uma posição preferencial ou preferente, isto é, são informados por um regime jurídico especial ou reforçado (e.g., CF, art. 60, § 4, IV e art. 5º, § 1º). Além disso, na base dos direitos fundamentais estão presentes valores da dignidade, liberdade e igualdade.⁴³¹

Desta forma, o que a Constituição Federal de 1988 determina como direito fundamental encontra-se em seu ápice, tratando-se, pois, de normas de hierarquia superior.⁴³² Assim conforme Ingo Wolfgang Sarlet:

Verifica-se não haver incompatibilidade (pelo menos não com base no critério adotado) entre ambas as categorias (direitos humanos e

⁴²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 136.

⁴²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 136.

⁴³⁰ FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. 2007, p. 76 e 77.

⁴³¹ STEINMETZ, Wilson. **Direitos fundamentais e função social do (e no) direito**. In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Função do direito. 2009, p. 47.

⁴³² SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 136.

fundamentais), do que dá conta justamente a incorporação ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos ou mesmo a tendência revelada por expressivo número de constituições modernas, seja no sentido de agasalhar em seu texto expressamente os direitos que vem sendo reconhecidos no plano internacional, seja pela previsão de uma cláusula geral de abertura aos direitos garantidos no direito internacional convencional. O direito à moradia é justamente uma prova inquestionável deste processo, já que se cuida, também entre nós, simultaneamente de direito humano (reconhecido e protegido na esfera internacional) e fundamental (constitucionalmente assegurado).⁴³³

O direito à moradia é um exemplo de um direito humano recepcionado como direito social fundamental pela Constituição pátria. Pois, foi reconhecido primeiramente no âmbito internacional como direito humano através da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU em 1948, onde foi inserido o direito a moradia dentre os direitos econômicos, sociais e culturais.⁴³⁴ No entanto, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, muito antes da declaração da ONU, algumas Constituições de Estados Sociais de Direito, como a de Weimar (1919) e a Mexicana (1917) já consagravam o direito à moradia conexas com outros direitos fundamentais da ordem econômica e social como o da função social da propriedade.⁴³⁵

O texto constitucional incorporou o direito à moradia (art. 6º) como direito fundamental social através da EC nº 26/2000. No entanto, cumpre dizer que já havia menção expressa ao direito à moradia desde a promulgação de Constituição Federal de 1988 (artigo 24, inc. IX, que prevê programas de habitação a ser promovido pelos Municípios de Estados; artigo 7º, inciso IV, onde o salário mínimo deverá atender as

⁴³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 141.

⁴³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 141. O direito a moradia é interpretado da determinação da ONU de que todos têm direito à habitação. Artigo XXV (1) da Declaração: “todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

⁴³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 141.

necessidades básicas do trabalhador como a moradia; a vinculação social da propriedade no artigo 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º; usucapião especial urbano art. 183 e rural artigo 191). Todos apontam para um direito fundamental à moradia antes mesmo da emenda constitucional.⁴³⁶

Sendo possível aproximar direito à moradia tanto da propriedade como da função social, pois conforme mencionado tanto nas Constituições de Weimar como na mexicana, assim como na Constituição brasileira de 1988 ao determinar que a propriedade deva atender a uma função social, pretendia-se atrelar a propriedade a realização da moradia, uma vez que, é pressuposto de realização da dignidade da pessoa humana, nas palavras de Claudio Luiz Romanelli: “Ocorre que o direito à moradia representa a própria sobrevivência humana, portanto, inteiramente relacionada com a própria dignidade da pessoa humana.”⁴³⁷ A moradia é ainda atribuída como direito decorrente da dignidade humana, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, o direito fundamental à moradia pode ser considerado como parte do contexto Constitucional democrático desde 1988, em

decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade. Neste contexto, vale lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.⁴³⁸

⁴³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 142.

⁴³⁷ ROMANELLI, Claudio Luiz. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2ª edição atualizada. 2007, p. 37.

⁴³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 142 e 143.

Para realizar um mínimo de existência digna à pessoa humana, é importante lembrar, conforme já mencionado, que a função social representa limite interno à propriedade,⁴³⁹ vinculando propriedade à dignidade da pessoa humana (conteúdo da função social) e, conseqüentemente a efetividade da moradia.

Aliás, além de ser limitado pela função social o direito de propriedade também pode ser limitado pelo direito fundamental à moradia, justamente pela condição de realização da existência digna, pois “há algum tempo – expressiva doutrina sustenta que apenas a propriedade socialmente útil (isto é, que cumpre sua função social) é constitucionalmente tutelada.”⁴⁴⁰ A legitimidade da propriedade quando guiada pela função social, impõe um “poder-dever ou direito-dever”,⁴⁴¹ segundo José Adércio Leite Sampaio: “Eis porque ela irradia ou deve irradiar suas faculdades a outras posições jurídicas, sob a perspectiva de otimização do exercício dos direitos, legitimando-se a sua titularidade e transferência a quem a ela der máximo proveito, segundo a lógica de maior rendimento econômico-social.”⁴⁴²

A destinação da propriedade pelo conteúdo da função social será tanto para a moradia do titular do direito (desde que a destinação para uso adequado e econômico-social), como para a realização de interesses dos não-proprietários (em atendimento ao conteúdo da função social). Ingo Wolfgang Sarlet destaca que: “Aliás, basta aqui lembrar a evidência de que mesmo sem a propriedade sobre um bem imóvel a pessoa, por si só, não estará necessariamente privada de uma vida digna, o que, por outro lado, inevitavelmente ocorrerá em não dispor de uma moradia com padrões compatíveis com uma vida saudável.”⁴⁴³

O papel mais relevante que a propriedade urbana pode assumir é de ser moradia, só assim estará realizando a dignidade da pessoa humana e atrelando o solo urbano a incidência da função social, conforme mandamento constitucional.

⁴³⁹ Sobre a função social como limite imanentes ver subtítulo 2.3.

⁴⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 147.

⁴⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2009, p. 229.

⁴⁴² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2004, p. 64.

⁴⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 147.

Portanto, das situações proprietárias, já retratadas no decorrer desta pesquisa, cabe à propriedade urbana o dever de realizar moradia.⁴⁴⁴ Inicialmente cumpre dizer que “pela primeira vez, na história constitucional do país, uma constituição trata da política urbana.”⁴⁴⁵ Assim, solo urbano conforme Orlando Gomes “sofre nos dias de hoje limitações que atingem o direito de propriedade e se inspiram no seu novo conceito.”⁴⁴⁶ Um conceito estruturado pela função social, onde obrigatoriamente a propriedade urbana se sujeitará a políticas públicas sempre visando atender aos interesses sociais. Por ser obrigatória, a aplicabilidade da função social no cenário urbano, toda vez que forem detectadas práticas nocivas e especulativas ao interesse coletivo haverá desapropriação.⁴⁴⁷

Conforme mencionado o solo urbano é regido pelo seguinte quadro normativo: a própria Constituição Federal, o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) e o Plano Diretor do Município. No Texto constitucional a função social da propriedade urbana está regida pelo art. 182 “caput” e parágrafos 1º e 2º. No “caput” determina que cumpre ao Município fazer valer a função social no solo urbano através de políticas de desenvolvimento, cujo objetivo é o bem-estar de seus habitantes. O parágrafo primeiro torna obrigatório o plano diretor nos Municípios com mais de vinte mil habitantes,⁴⁴⁸ usado como instrumento para cumprir com a determinação do “caput” do art. 182. No segundo parágrafo a função social do solo urbano somente será atendida quando forem cumpridas as exigências fundamentais expressas no plano diretor.

⁴⁴⁴ Não que a rural e a não urbana não tenham esta incumbência, no entanto, nestas propriedades o principal objetivo é a relação do homem com terra, em que visa extrair da terra seu sustento para sobrevivência e ainda, meios de reprodução cultural e existencial, geralmente destinadas a comunidades tradicionais. Enquanto que a realização da moradia no solo urbano visa realizar um teto para os que menos têm e mais precisam.

⁴⁴⁵ GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). Problemas de direito civil-constitucional. 2009, p. 416.

⁴⁴⁶ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 111.

⁴⁴⁷ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. 2010, p. 111.

⁴⁴⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Estatuto da cidade e a função social da propriedade**. 2008, p. 56 e 57. A autora intervém no critério de apenas aos Municípios com mais de vinte mil habitantes ser obrigatório o plano diretor. Uma vez que, a existência do plano diretor é condicionante para o cumprimento da função social, os Municípios com menos de vinte mil habitantes por não ser obrigatório o plano diretor não teriam função social a cumprir? Assim afirma a autora que: “a ampliação desta exigência é inconstitucional. Porém não fere a Lei Fundamental e nada impede que as cidades com menos de vinte mil habitantes tenham um Plano Diretor. Uma coisa é não estar obrigada; outra é estar vedada a sua existência.

A Constituição Federal atrelou tanto os Municípios ao cumprimento da função social, como os próprios proprietários ao cumprimento da função social do espaço urbano. O primeiro tem o dever de instituir o plano diretor e fazê-lo cumprir, e o segundo, o de cumpri-lo sob pena de desapropriação, parcelamento ou edificação compulsória e imposto progressivo. (art. 182, § 4º, I, II e III).

Decorrente do compromisso da Constituição Democrática de realização do direito fundamental à moradia o Estatuto da Cidade,⁴⁴⁹ representa um instrumento de garantia do Município de cumprimento da função social e da democratização do solo urbano.⁴⁵⁰ Claudio Luiz Romanelli intervém:

O Estatuto da Cidade, lei federal que regulamenta os instrumentos de política urbana que devem ser aplicados pela União, Estados e Municípios, veio atender o antigo reclamo social por uma gestão mais democrática do espaço urbano, como expressão da organização social, trazendo ainda instrumentos que operacionalizam a implementação de moradias e ordenação do solo, buscando a efetividade dos princípios constitucionais e, com isso, a constituição de uma sociedade mais justa e equilibrada.⁴⁵¹

No entanto, o quadro normativo aplicado a espécie de propriedade em questão não coibiu que dentre todas as outras propriedades, seja a propriedade urbana a que mais evidencia um cenário polêmico e na sua maioria de exclusão social, no qual é corriqueira manutenção das desigualdades, em que talvez mais se evidencie a tutela demasiada a concepção unitária da propriedade imobiliária, dificultando o acesso e aumentando a escassez de moradia. Neste cenário várias propriedades são de um único dono e diversos não-proprietários não possuem moradia.

Cumprir dizer que as desigualdades urbanas são heranças ainda da época do imperialismo de Portugal (que investia muito pouco na infra-estrutura urbana);⁴⁵² do sistema de abolição (que formavam moradias coletivas, e logo após o sistema de abolição desejavam moradia individual); no processo de industrialização (o

⁴⁴⁹ Copiar art. 2º da Lei do Estatuto da Cidade.

⁴⁵⁰ ROMANELLI, Claudio Luiz. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2ª edição atualizada. 2007, p. 76.

⁴⁵¹ ROMANELLI, Claudio Luiz. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2ª edição atualizada. 2007, p. 77.

⁴⁵² ARONNE. Ricardo. **Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados**. 2001, p. 346.

deslocamento dinâmico da área rural para área urbana, com crescente descompasso entre a disponibilidade de habitação e sua forte demanda).⁴⁵³

A crise do café somada a crise mundial de 1929 acarretaram a perda da predominância agrária e um disparo na urbanização, principalmente nas capitais do Brasil, como São Paulo e Rio de Janeiro devido ao grande fluxo de pessoas do campo. Estes grandes centros chegaram a dobrar de população, pois destas crises que resultaram numa grande migração das pessoas do campo para a cidade, corroborou para o aumento do custo de vida, como forma de suprir o que se perdia com a crise cafeeira. É neste momento que há o inchaço dos grandes centros urbanos, pois, conforme Ricardo Aronne: “As camadas baixas e médias urbanas sentiram diretamente o impacto dessas transformações, no que diz respeito à expansão imobiliária fruto do alargamento das populações citadinas, por meio dos loteamentos urbanos que tinham início e sua forma de aquisição dentro da nova realidade da economia inflacionária e da perda do poder aquisitivo.”⁴⁵⁴

O adensamento populacional urbano reduziu os espaços territoriais, aproximando os dois pólos que compõem a relação jurídica complexa da propriedade, colocando em cheque as teorias individualistas e suas garantias em torno da propriedade privada imobiliária urbana. Com a redução dos espaços entre proprietários e não proprietários, torna-se mais evidente a exclusão dos não-proprietários, bem como que ainda há, na área urbana, espaços subutilizados ou não utilizados adequadamente.⁴⁵⁵

Outra consequência do adensamento populacional que será imediatamente sentido no espaço urbano é a falta de moradia, pois há uma valoração econômica imobiliária em torno do espaço urbano, afetando ainda mais o acesso a propriedade

⁴⁵³ ROMANELLI, Claudio Luiz. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2ª edição atualizada. 2007, p. 37, 38, 39 e 40.

⁴⁵⁴ ARONNE, Ricardo. **Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados**. 2001, p. 360 e 361. Num cenário de quase que total exclusão da grande maioria, apareceria a figura do hipossuficiente comprador da introduzida modalidade de promessa de compra e venda, onde apareciam grandes os engodos, pois, se vendiam terrenos como que desonerados, mas que já tinham proprietários; terrenos já registrados e pertencentes a terceiros, fazendo com o Estado adotasse política de intervenção no mercado. Coincidindo com o início do Estado Social.

⁴⁵⁵ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). 2007, p. 120.

urbana, fazendo necessário e justificando o Estatuto da Cidade que entrou em vigor no ano de 2001. O objetivo da Constituição Federal ao determinar o Estatuto da Cidade seria de impor o cumprimento da função social:

No projeto constitucional de 1988, que atribuiu ao plano diretor das cidades a definição do cumprimento da função social da propriedade urbana, a orientação constitutiva do denominado Estatuto da Cidade foi propiciar elementos objetivos de aferição do cumprimento da função social da propriedade, que possibilitassem a aplicação de institutos jurídicos e que coibissem a privatização dos benefícios decorrentes do processo de urbanização.⁴⁵⁶

Portanto em meio a crises, o Brasil começa a deixar de ser uma grande fazenda, como era no início da Primeira República para tornar-se um mercado imobiliário, alavancando tanto a expansão urbana, como também resultando as mazelas sentidas na atualidade.⁴⁵⁷

Estas mazelas envolvendo a propriedade urbana ficam ainda mais acentuadas, quando se forma um juízo crítico acerca do tema em debate em tono de casos concretos. Importa preliminarmente esclarecer que não se visa tratar aqui de reivindicações individuais de posse, mas sim dos atos reivindicatórios coletivos do solo urbano, de forma a permitir a inclusão dos não-proprietários coletivos na situação proprietária e revelar outras concepções proprietárias também em relação ao solo urbano.

Pois é a cada dia mais evidente que “fatos novos” surgem a cada dia mais na esfera da propriedade urbana, onde verdadeiras coletividades passam a figurar no pólo passivo das relações processuais em busca da realização de se ter um teto, uma moradia.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 124.

⁴⁵⁷ ARONNE, Ricardo. **Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados**. 2001, p. 350 e 353.

⁴⁵⁸ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 18 e 19. O autor menciona que não há “*pressuposto normativo, processual ou material, que contemple o esbulho multitudinário de forma específica e expressa.*”

Estas questões exigem maior reflexão em torno das políticas públicas, dos instrumentos destinados a solução destas mazelas sociais, como o mencionado Estatuto da Cidade, e da própria pluralidade de função social:⁴⁵⁹

Esse embate se estabelece entre a manutenção de um direito subjetivo exercido de maneira individualista, sem compromisso com a realidade que o cerca, e a sua oposição, forjada na necessidade à sobrevivência e ao exercício de determinados direitos, como o direito de moradia, que muitas vezes envolve uma coletividade que busca o reconhecimento de suas necessidades.⁴⁶⁰

Em análise às reivindicações de moradia coletivas no cenário urbano alguns casos concretos contribuem para a constatação da efetividade da função social, do Estatuto da Cidade e da própria moradia em relação ao solo urbano. Em um primeiro caso em sede de embargos infringentes se tem de um lado o direito de propriedade de três casais e de outro lado está o direito fundamental à moradia de noventa famílias para os quais esta área deu condição de vida digna. A referida área situa-se nas proximidades da cidade Canoas, cuja área perfaz aproximadamente 42 hectares de terras, os proprietários alegam que mantinham a referida área cercada com arames, mas que, no entanto, foram invadidas por pessoas e que lá formaram uma vila.⁴⁶¹

Trechos do voto vencedor e do voto vencido do presente caso foram pinçados por Romeu Marques Ribeiro Filho, onde se destaca que há que se por na balança que há uma coletividade no polo passivo da demanda: “(...) ora, colocado na balança da justiça, de um lado os interesses de três casais, para os quais a área em litígio representa muito, mas não é fundamental, e de outro, os de noventa ou mais famílias, para os quais essa mesma área é condição de vida digna, parece não ser difícil determinar para que lado pende a balança.”⁴⁶²

⁴⁵⁹ Ver o subtítulo 2.2, onde se analisou as espécies de propriedade imobiliárias privadas na Constituição e a pluralidade de função social.

⁴⁶⁰ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 119.

⁴⁶¹ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 18 e 19.

⁴⁶² RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 22.

Ainda a referida decisão menciona que o verdadeiro papel do Judiciário é de não ficar apegado a obediência de comandos normativos, emitidos pelos demais poderes. “Deve colaborar com o Legislativo e o Executivo na solução dos problemas sociais, especialmente quando se apresentam hipóteses que não se prestam à edição de normas abstratas, exigindo solução concreta, caso a caso. (...)”⁴⁶³ Interpretando por fim o direito à propriedade, sob os mandamentos constitucionais da função social e da realização de um direito fundamental a moradia.

O voto vencido, direcionou-se no sentido contrário do voto mencionado supra, optando pela não incidência da função social e favorável a garantia do direito de propriedade.⁴⁶⁴ Neste entendimento é destacado que ao Judiciário cumpre fazer justiça e que o conceito de justiça coaduna-se com o conceito de direito, do contrário seria atribuir ao Judiciário o papel de fazer caridade.⁴⁶⁵ Atribuindo o papel de verificação de cumprimento da função social a administração pública, conforme preceito constitucional (art. 182 e parágrafos).”Deferir-se em favor de quem não tem direito para posse de um imóvel somente porque se trata de uma vila popular, para obviar-se uma crise social e porque não é moralmente justo, é praticar-se o confisco através da jurisdição”.⁴⁶⁶ Prossegue o interprete:

Ao aflorarem as invasões coletivas, como fatos novos, passou-se a emprestar à lei interpretação diversa, estribada em exegese eminentemente factual, que beiram ao confisco do patrimônio alheio, como se o Judiciário fosse dado legislar também nesse plano. (...). Não se ouvida ser gravíssima a questão social ora vivenciada no País. Todavia, como é bem de ver, cabe à Administração a solução de tais impasses, não ao Poder Judiciário. (...). Além disso, eu prefiro, ainda, em que pese tais problemas sociais, adotar a solução da lei para que continue assegurado um outro aspecto, também social, do direito, que é o legítimo direito de propriedade e de posse.⁴⁶⁷

Destacou ainda que não se pode querer fazer justiça social às custas do patrimônio alheio, não compete ao Judiciário dar guarida a grileiros e solucionar todos os problemas sociais do país, os impasses sociais devem ser solucionados

⁴⁶³ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 22.

⁴⁶⁴ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 24-28.

⁴⁶⁵ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 25.

⁴⁶⁶ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 25.

⁴⁶⁷ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 28.

pela Administração Pública e não pelo Judiciário. Decidindo assegurar o que para ele também representa um direito social: que é o direito legítimo de propriedade.

Neste caso específico foi dada preferência a uma interpretação Constitucional sobre a infraconstitucional, por se tratar de direito de propriedade (de três casais que vale muito economicamente) frente à um direito fundamental à moradia de noventa famílias.

Em outro caso concreto houve prevalência da não incidência da função social, aumentando ainda mais a divergência de sua aplicabilidade, em sede de mandado de segurança, impetrado para cassar os efeitos de liminar concedida em agravo de instrumento proposto por empresa que alegava ser legítima proprietária de uma referida área urbana invadida, e que a mesma servia para reserva técnica.

O voto vencido aplicou a função social conforme preceitua a Constituição Federal, observando o cumprimento tanto dos invasores que deram destinação adequada ao bem, como a conduta anti-social dos proprietários, entendendo ainda que função social transformaria a propriedade em um direito-dever.

O voto vencedor foi em sentido oposto, entendendo que caberia ao Município verificar o cumprimento da função social de acordo com regras próprias, expressas no plano diretor (art. 182, e parágrafos da CF), bem como que caberia ao Município desapropriá-lo. Destacando que:

Trata-se de simples invasão de propriedade privada, numa tentativa de criar fato social relevante que justifique vantagens econômicas aos invasores. Os objetivos do movimento até podem ser justos, enquanto respaldo na ordem jurídica. Sem entrar na discussão da função social as propriedade que o iminente Relator maneja tão bem em seu judicioso voto, a maioria entende que a propriedade e a posse se acham igualmente protegidas pela Constituição Federal, e a política de desenvolvimento urbano é traçada e executada pelo Poder Público Municipal, sendo de sua exclusiva competência estabelecer e verificar o cumprimento da função social da propriedade urbana à Luz de seu Plano Diretor.⁴⁶⁸

Outros dois casos concretos de reivindicações urbanas coletivas que foram submetidos ao Judiciário e amplamente debatidos pela doutrina, são os casos da

⁴⁶⁸ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 70 e 71.

Favela do Pullman⁴⁶⁹ e do Edifício Prestes Maia. Nos dois casos, aplicou-se a função social da propriedade, pois, ambos perfazem-se em situações proprietárias pela coletividade. Adiante-se que apenas no caso da Favela do Pullman houve a incidência da função social, mesmo tendo sido ajuizada a ação antes da vigência constitucional.⁴⁷⁰

Cumprir mencionar que os terrenos que foram transformados na Favela do Pullman foram divididos em nove lotes e adquiridos de forma cartorária nos anos de 1978 e 1979. No entanto, no ano de 1985 os proprietários dos nove lotes ingressaram com pedido de reintegração de posse, alegando seu direito de propriedade. Em primeira instância, a decisão foi favorável aos proprietários, refutando o julgador os argumentos de Usucapião da defesa dos réus, condenando os mesmos à desocupação imediata da área ocupada e ao pagamento de indenização pela ocupação desde o início da ação, e sem direito de retenção pelas benfeitorias.⁴⁷¹

Em fase recursal, os réus (possuidores) reclamam a existência de Usucapião Urbano com base no art. 183 da Constituição Federal de 1988, alegaram ainda que a ocupação do local já perfazia mais de cinco anos, e que a referida área sob o ponto de vista perccepta era inferior a duzentos metros quadrados, bem como

⁴⁶⁹ Antes da apresentação do caso concreto da Favela do Pullman cumpre adiantar que em julgamento de Recurso Especial no ano de 2005, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de se manifestar em caso de Ação Reivindicatória de terrenos loteados em área favelizada, nesta oportunidade verificou-se conduta anti social dos legítimos proprietários, estabelecendo exemplarmente o papel da função social, ou seja, a decisão foi fundamentada na Constituição Federal de 1988, isto mesmo levando em conta que a ação teve início na década de oitenta antes, portanto, da vigência constitucional de 1988.

⁴⁷⁰ Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. P. 1-769, p. 206. TJSP, Apelação Civil nº 212.726-1/8 e STJ, REsp. 75.659, publicado na Revista dos Tribunais n. 723, p. 204-223. Eis a ementa do acórdão do STJ: “Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 E 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. Íntegra: RECURSO ESPECIAL Nº 75.659 - SP (1995/0049519-8) RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR - RECORRENTE: ALDO BARTHOLOMEU E OUTROS - ADVOGADO: ANTÔNIO LUIZ PINTO E SILVA E OUTRO - RECORRIDO: ODAIR PIRES DE PAULA E OUTROS - ADVOGADO: LUIZ FERNANDO S DA RESSURREICAO - DEFENSOR PÚBLICO –EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

⁴⁷¹ Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. P. 1-769, p. 204.

não tinham outro imóvel. Alegaram ainda que todos possuíam título de boa-fé, o que lhes daria o direito de retenção por benfeitorias.

Logo após a análise dos autos, bem como das provas documentais e testemunhais foi constatado que nos anos de 1978 e 1979 a Favela já tinha sido iniciada, pois havia no local, nesta época, cerca de seis barracos. Portanto, antes da aquisição cartorária já havia indícios de favelização da área. Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por decisão unânime, através do relator, o Desembargador José Osório, julgou totalmente procedente o pedido de reforma da sentença de primeira instância, reconhecendo que no caso dos autos a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente, pois:

É uma ficção. Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam a muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existem os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados; barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.⁴⁷²

O relator acatou o argumento dos apelantes de que o caso deveria ser julgado à luz da função social da propriedade conforme disposição constitucional. Portanto, ainda que a Constituição Federal de 1988 não estivesse vigente na época da propositura da ação de reintegração de posse dos nove lotes que foram transformados em favela, o Código Civil de 1916 foi lido à luz da Constituição Federal de 1988.⁴⁷³

⁴⁷² Foi determinante para a reforma da decisão o testemunho de um padre que fora pároco na área sobre contenda, ainda em 1973, ou seja, antes mesmo da compra dos lotes pelos legítimos proprietários, mencionando que nesta data já havia indício de favelização do local, pois já haviam seis barracos no local. (Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. P. 1-769, p. 206.)

⁴⁷³ Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. P. 1-769, p. 207 e 208. Nas palavras do relator: “A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais como se sabe se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, 182, 2º; 184; 186. etc.). Esse princípio não significa apenas limitação a mais ao direito de propriedade como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por forças externas àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, dispor e reivindicar), o princípio da função social

Neste caso específico, houve a prevalência da função social da propriedade sobre a pretensão reintegratória, pois:

O desalojamento de 30 famílias cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E, o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.⁴⁷⁴

O caso do Edifício Prestes Maia, ainda é objeto de discussão judicial, impedindo qualquer conclusão acerca da aplicabilidade da função social da propriedade. No entanto, análises doutrinárias sobre o caso dão uma prévia dimensão do que pode vir pela frente, em face de decisão de primeira instância, concedendo a reintegração de posse. Desta decisão houve o julgamento de um agravo, na qual foi reafirmada a decisão de primeira instância, que resultou na execução decisão, com a conseqüente desocupação do imóvel.

Os fatos que se tem sobre o presente caso são de que no ano de 2002, cerca de 468 famílias do movimento do MSTC – Movimento dos Sem-Teto do Centro, que perfazem em torno de 1.630 pessoas ocuparam dois edifícios situados na Rua Prestes Maia. Na época da invasão os dois edifícios já estavam abandonados pelos seus proprietários há mais 13 anos, uma vez que este imóvel foi adquirido no ano de 1989 por duas empresas do ramo imobiliário. Salienta-se que nestes quase quatorze anos o abandono por parte dos proprietários se dava em todas as escalas, desde a ausência de registro público cartorária, ao não pagamento

introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos. No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercido, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas mediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.”

⁴⁷⁴ Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. P. 1-769, p. 205 , 206 e 207. O julgamento precedente de apelação foi submetido ao STJ em fase de REsp, sendo julgado improcedente pelo Ministro Aldir Passarinho, que acabou anuindo a fundamentação de reforma de decisão proferida pelo Des. José Osório do TJSP.

de IPTU, acumulando dívida de cinco milhões de reais devidos desde a data da aquisição do imóvel.⁴⁷⁵

Com ação reintegratória datada de 18.02.2003, os então proprietários unidos de título obtiveram, em março de 2003, a concessão liminar de reintegração de posse. A qual foi rechaçada pelo Movimento dos Sem-Teto, que em sua defesa comprovaram que houve conduta anti social por parte dos proprietários.

Entre os argumentos demonstrados, pode-se destacar: a ausência de prova da posse e da propriedade do bem pelos autores, a situação de abandono do imóvel, em vista da não ocupação pelos autores e o não pagamento de impostos, a ausência de cumprimento da função social da propriedade determinada pela Constituição Federal e pelo Plano Diretor de São Paulo, a impossibilidade de concessão de liminar uma vez que os ocupantes do imóvel estavam lá há mais de ano e dia, e ainda, erro na propositura da ação, pois o meio correto seria a reivindicatória de propriedade, e não uma ação possessória. Por fim, o direito à moradia dos ocupantes, que deveria ser garantido uma vez que a efetiva função social da propriedade estava sendo conferida ao imóvel por meio e suas ações, enquanto que os proprietários mantinham o imóvel apenas para valorização imobiliária.⁴⁷⁶

A prefeitura de São Paulo também se opôs à liminar reintegratória, declarando o imóvel de interesse social numa tentativa de desapropriação, bem como de intervenção do próprio Governo Federal, para que reintegração de posse não fosse executada. Mesmo assim, o intérprete do caso não cessou os efeitos da medida liminar, confirmando-a sobre o argumento de que o particular não tem a

⁴⁷⁵ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). 2007, pp. 131, 132 e 133.

⁴⁷⁶ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). 2007, p. 133.

obrigação de satisfazer os problemas sociais de moradia dos mais carentes, estas obrigações seriam do Poder Executivo.⁴⁷⁷

Do argumento do Poder Judiciário denota-se que mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, e de todo o amadurecimento dos valores constitucionais, o Poder Judiciário exclui sua responsabilidade na resolução do problema, mostrando que a solução menos dolorosa é garantir a propriedade privada, ainda que para isso tenha de negar vigência a um direito fundamental, constitucionalmente reconhecido: a moradia.

Outra questão que deve ser analisada na decisão do intérprete é em relação a incongruência com as demais decisões, pautados na determinação constitucional de que caberia ao poder Público Municipal a incumbência de dizer se o imóvel urbano cumpre ou não com a sua função social (art. 182 e parágrafos). No presente caso concreto, mesmo havendo intervenção do Município mencionando o não cumprimento da função social e o seu interesse pela desapropriação, o intérprete do caso concreto negou-se a interpretar o Código Civil conforme preceito constitucional.

O intérprete ao analisar o pedido liminar de reintegração de posse do Edifício Prestes Maia demonstrou forte apego as leis civilistas ao colocá-las a frente da propriedade constitucionalizada, cuja estrutura é a social, uma titulação proprietária, bem como regras e formalismos processuais. Portanto, mesmo sem termo, mas com base na argumentação da decisão de primeiro grau deixa receio de uma possível não efetividade da função social. E, assim, “o destino das pessoas que moram no local, tanto para nós quanto para eles, é desconhecido. Contudo, há uma

⁴⁷⁷ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). pp. 133 e 135. Inicialmente ao decidir o agravo de instrumento o desembargador refutou os argumentos do juízo de primeira instância, reconhecendo a conduta anti social dos proprietários, pois os mesmo ficou por cerca de 15 anos desocupado, levando em consideração que o imóvel foi declarado de interesse social para fins de desapropriação, decidindo pela suspensão provisória dos efeitos da liminar. No entanto, após resposta da COHAB/SP mencionando a inviabilidade econômica do imóvel para habitação, o desembargador voltou atrás decidindo o caso com fundamentação semelhante a do juízo de primeiro grau, atribuindo a responsabilidade pela concessão de habitação aos carentes, bem como, dos demais serviços essenciais aos órgãos públicos, que deveriam agir com menos retórica e mais seriedade.

certeza: nós seremos os menos atingidos por este futuro incerto,”⁴⁷⁸ Sinalizando a gravidade desta decisão para a realização democrática dos direitos fundamentais.

Fica evidente que muita retórica e muito papel marcam o contexto social da moradia no Brasil, pois não se efetiva: um Estado Democrático, no qual haveria garantias ao exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna.

Os casos concretos analisados evidenciam que ainda há uma “postura omissiva, a cargo da Administração, emerge como sonegação da própria cidadania (...).”⁴⁷⁹ O tema ainda é polêmico, pois muitas das vezes o Judiciário lê a propriedade somente à luz do Código Civil. Fatos que justificam a ampliação do debate democrático sobre a incidência da função social e da modificação acarretada na estrutura da propriedade privada imobiliária urbana pela incidência do direito fundamental à moradia em detrimento do direito de propriedade.

3.4 DEMOCRACIA, IGUALDADE E PLURALISMO: A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SITUAÇÕES PROPRIETÁRIAS

A propriedade moderna foi modelada pela passagem de um sistema feudal para um sistema capitalista, resultando em uma propriedade de conotação individualista, acessível somente ao poder do seu titular, e excluindo de seu âmbito os interesses não proprietários.

No Brasil, a propriedade privada foi moldada pelo sistema luso europeu das sesmarias, na qual havia a concessão de terras, conforme a vontade real, pouco interessando se elas eram ocupadas pelo povo nativo e tradicional. E, em meio ao fim da escravatura, proclamação da República, a propriedade moderna, de

⁴⁷⁸ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). Curitiba: Juruá, 2007, p. 136.

⁴⁷⁹ RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: aspectos jurisprudenciais**. 1998, p. 15.

concepção individualista, ingressou na codificação de 1916, limitando-se a impor aspectos internos e externos a propriedade. O primeiro consistia economicamente em delegar poder ao proprietário de uso e gozo e o segundo pautado em um aspecto jurídico consistia em excluir da esfera da propriedade qualquer tipo de ingerência. No entanto, a vigência do Código Civil foi marcado por um período de transformações sociais, ensejando debates em torno da insuficiência deste modelo proprietário em relação às complexidades sociais.

Com o advento constitucional de 1988, a perspectiva social sob o ângulo da democracia constitucional é de igualdade social em relação às propriedades imobiliárias, pois além de revelar e tutelar uma pluralidade de estatutos jurídicos proprietários (arts. 215, 216, 225, 23 e 68 do ADCT), imobiliárias urbana (art. 182) e rural (art. 186), autoriza implicitamente sob o viés da democracia reivindicações coletivas em torno do cumprimento da função social sobre qualquer uma destas propriedades. Ainda sob o viés da democracia a Constituição autoriza a manifestação de outras situações proprietárias, impondo à propriedade a realização de direitos fundamentais, sobrepondo valores existenciais aos patrimoniais.

Desta forma, rompeu-se com a concepção clássica e individualista da propriedade, tutelando uma pluralidade de propriedades, bem como permitindo revelar outras situações proprietárias, propriedades estas, ignoradas pelo Código Civil de 2002. Para Rosalice Fidalgo Pinheiro:

Na remoção das desigualdades, direitos sociais são inscritos nas Constituições, sob o viés da jusfundamentalidade. Na realização desses direitos a democracia se faz presente na sociedade. Invade o cenário privado para impor medidas existenciais aos indivíduos e grupos que se encontrem em dificuldades de desenvolvimento em termos econômicos e sociais.⁴⁸⁰

Assim, o regime democrático social permite reconhecer interesses dos não proprietários, tutelando outras situações proprietárias através da função social das propriedades. Ainda sob manto da democracia, conforme constatado da análise dos casos concretos outras propriedades são reveladas, emergidas da própria relação do homem com a terra, em meios urbanos e não urbanos.

⁴⁸⁰ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. 2009, p. 13.

Com base na democracia, cuja promessa é de realização de uma igualdade substancial, os interesses giram em torno da realização fundamental da dignidade da pessoa humana, através da democracia a pessoa humana deixa de ser compreendida como mero destinatário de normas gerais e abstratas para ser inserido à coletividade.⁴⁸¹ Valores do conteúdo da função social passam a serem direitos fundamentais em relação a normas codificadas, introduzindo valores na concepção proprietária, acarretando a democratização do direito civil. Assim, conforme Cláudio Pereira de Souza Neto: “O princípio democrático pode fornecer elementos para se operar uma reconstrução interpretativa dos aspectos nucleares de nosso Sistema Constitucional. (...) em contexto de pluralismo, caracterizado por uma variedade de concepções acerca do bem, não é mais possível fornecer um fundamento último, de validade universal, (...).”⁴⁸²

Muito embora a função social seja aplicada a todas as espécies de propriedades e situações proprietárias, acarretando a ruptura com o sistema moderno de propriedade, pois insere complexidade no instituto proprietário, ainda é relevante para a materialização da democracia em relação a pluralidade de propriedades, “a teoria da democracia adotada pelo intérprete irá determinar, consideravelmente, o modo como o princípio democrático será concretizado.”⁴⁸³ Pois, pode ser que o intérprete analise que decidir pela concepção clássica de propriedade também atenda aos objetivos da democracia já que a propriedade privada não foi banida do ordenamento, mas sim limitada.

Cumprir dizer, no entanto, que assim não estaria realizando direitos fundamentais sociais em relação à propriedade, uma vez que, a propriedade se encontra limitada internamente pelo conteúdo da função social, impondo deveres em favor da dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a redução das desigualdades e erradicação da pobreza.

No que se refere à realização dos direitos fundamentais, atribui-se à democracia a inscrição dos direitos fundamentais e sociais nas Constituições.⁴⁸⁴ Assim, pautados num jusnaturalismo, eram reconhecidos como direitos

⁴⁸¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. 2009, p. 36.

⁴⁸² NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 06.

⁴⁸³ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 08.

⁴⁸⁴ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. 2009, p. 37.

fundamentais de acordo com a concepção de Estado de Direito os direitos de primeira geração, como liberdade, propriedade, igualdade,⁴⁸⁵ oponíveis contra a ação do Estado, ou seja, direitos fundamentais eram concebidos como direitos de defesa.⁴⁸⁶

No entanto, a dimensão dos direitos fundamentais de segunda geração consagram direitos sociais,⁴⁸⁷ nos quais se faz presente o pluralismo, de forma que “as sociedades contemporâneas são marcadas por um profundo desacordo moral”⁴⁸⁸ em relação a direitos fundamentais, reconhecendo o caráter de fundamentalidade dos direitos civis, políticos, sociais e ambientais. Assim, amplia-se o sistema de direitos fundamentais, “estes deixam de ser exclusivamente direitos de defesa e assumem caráter prestacional.”⁴⁸⁹ Implicando em uma ação do Estado para que direitos fundamentais sociais sejam realizados, não bastando uma atuação mínima do Estado, em face da sociedade. Para Cláudio Pereira de Souza Neto:

Abandona-se, com isso, na seara dos direitos fundamentais, uma postura, prima facie, antiestatista: o estado será responsável tanto por sua promoção, por meio de prestações públicas, quanto por sua garantia frente à ação abusiva dos outros particulares. A afirmação de que os direitos fundamentais são limitados à ação estatal não deve conduzir, ademais, à conclusão de que um estado de direito esteja completamente impedido de restringi-los.⁴⁹⁰

Registre-se ainda que a realização plena dos direitos fundamentais pelo princípio democrático implique na realização da igualdade material, pois, a “igualdade material razoável é uma condição fundamental para a efetivação do estado democrático de direito. Sem igualdade material razoável, não há tampouco igualdade efetiva de possibilidades de participar na vida pública, e as vítimas da exclusão social tronam-se excluídas também politicamente.”⁴⁹¹

⁴⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2009, p. 67.

⁴⁸⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 06.

⁴⁸⁶ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 24, 25 e 26.

⁴⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2009, p. 67.

⁴⁸⁸ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 26.

⁴⁸⁹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 28.

⁴⁹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 29.

⁴⁹¹ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 60.

Desta forma, a democracia dependerá de pressupostos sociais diferenciados,⁴⁹² e reconhecidos. Conforme destacado ao longo da pesquisa, a Constituição Federal de 1988 reconhece uma pluralidade de propriedades, bem como, uma pluralidade de interesses e funções sociais em torno destas propriedades. Cabendo ao intérprete interpretá-las à luz do princípio democrático, de forma a realizar um mínimo de igualdade material em relação aos direitos fundamentais à incidência da função social, do direito à moradia e ao mínimo existencial,⁴⁹³ pois, somente desta forma a Constituição estará sendo realizada em sua totalidade.⁴⁹⁴

Quando a Constituição Democrática se propõe a tutelar interesses sociais relevantes, “interesses supra-individuais, de caráter existencial, que poderiam ser prejudicados pelo irresponsável exercício de domínio,”⁴⁹⁵ neste momento não deixa dúvidas a abertura e a intervenção da democracia em relação aos institutos privados. Pois, qualquer espécie de propriedade quer seja tutelada pelo Código Civil, pela Constituição Federal de 1988, ou as reveladas através da relação do homem com a terra estará sujeita a ser limitada internamente pela função social. Demonstrando que esse princípio pode assumir feições distintas em cada espécie de propriedade⁴⁹⁶ normativa ou emergidas da própria relação do homem com a terra.

Desta forma, as propriedades reveladas da relação do homem com a terra, que conforme já foi mencionado no decorrer deste trabalho são em sua maioria

⁴⁹² NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 46.

⁴⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2009, p. 80. A distinção entre direitos fundamentais no sentido material e formal é apontada pelo citado autor, mencionando que tal distinção não tem sido objeto de grandes divergências doutrinárias, ao menos no âmbito da literatura luso-brasileira. “Direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo) . Direitos fundamentais em sentido material são aqueles quem apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.”

⁴⁹⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. 2006, p. 63.

⁴⁹⁵ SCHREIBER, Anderson . **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: WWW.2dbd,puc-rio.br. p. 05.

⁴⁹⁶ SCHREIBER, Anderson . **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: WWW.2dbd,puc-rio.br. p. 08.

coletivas, também terão uma função social distinta da função social de outras situações proprietárias. Para Carlos Frederico Marés, a função social das propriedades coletivas é originada quando as propriedades coletivas cumprem “exatamente seu destino e afetação e são usadas segundo regras próprias, cumpridas as leis de proteção ao patrimônio ambiental e cultural. E para o devido cumprimento da função social deverão respeitar o patrimônio ambiental e cultural.”⁴⁹⁷

Para Paolo Grossi a “(...) chamada propriedade coletiva, em toda sua forma, tem – em meio a mil variações, segundo os lugares, os tempos e as causas mais diferentes – uma plataforma comum”,⁴⁹⁸ completa o autor:

(...) de ser garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares, em que o conteúdo fundamental é um gozo condicionado do bem, com um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo: primado da ordem fenomênica, que deve ser respeitado a todo custo, sobre o indivíduo; da ordem comunitária - cristalização da objetividade histórica – em relação ao indivíduo.⁴⁹⁹

Segundo Anderson Schreiber, para atribuir função social às propriedades reveladas da relação do homem com a terra, “basta, para tanto, determinar-lhe o conteúdo fundamental, e aqui será preciso retornar, agora em definitivo, a idéia de inserção de interesses sociais no âmbito da tutela do domínio.”⁵⁰⁰ Conforme ficou evidente diante dos casos concretos, a função social que se revelará é distinta da função social ligada a propriedade individualista, pois se revelou a função social da própria terra e do território, uma vez que foi identificado o direito fundamental peculiar das comunidades de fazer viver e criar. E estas funções sociais exigiram a realização dos direitos fundamentais, à moradia, à sua existência e da reprodução cultural.

Os três casos de propriedades não urbanas revelaram que impera uma atividade comunal que vai muito além do consumo, comercialização ou título

⁴⁹⁷ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 122.

⁴⁹⁸ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, p. 08.

⁴⁹⁹ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. 2006, p. 08.

⁵⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro. 2006. Disponível em: WWW.2dbd,puc-rio.br. p. 08.

cartorário. Nela o fundamental é permitir uma nova situação proprietária, cuja destinação é a reprodução e a existência cultural de um costume secular, estranho a concepção clássica de propriedade. Eis que não se visa a propriedade da terra, mas sim a apropriação de um recurso natural, cuja exploração livre supera o domínio.

Diante dos casos das Quebradeiras de Coco das Palmeiras de Babaçu, de fundo de pasto da Bahia e as terras indígenas do caso da Raposa Serra do Sol, ficou evidente a existência de outras situações proprietárias, alheias a concepção individualista de propriedade. Através destes casos não há mais a função social da propriedade, mas as funções sociais. Pois, cada situação revelará um direito fundamental a ser tutelado garantindo-se o livre acesso aos recursos naturais da terra, longe de qualquer vínculo com concepção de propriedade. Eis que só assim haverá identificação coletiva e cultural dessas comunidades, permitindo-se a realização de uma função definida: o respeito ao patrimônio ambiental e cultural.⁵⁰¹ Mesmo em face da ausência de requisitos taxativos, a terra ou território estará cumprindo com a função social ao se integrar com a vida real destas comunidades.

Da análise das reivindicações coletivas urbanas surgem as maiores controvérsias em torno da função social da propriedade privada. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet a realização do mínimo existencial para uma vida digna concerne a uma obrigatoriedade do Estado em assegurar moradia, ainda “é uma questão necessariamente aberta ao debate e carente de desenvolvimento”.⁵⁰²

Na maioria dos julgados os intérpretes admitem que estejam diante de um fato novo, ausente de instrumento adequado para solução das demandas. Assim, os intérpretes são conduzidos a pinçar caso a caso a solução. No entanto, cumpre dizer que a solução desejável pelos intérpretes de querer que se tenha instrumento normativo para que possam decidir com mais segurança a moradia é questionada pela doutrina. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

À guisa de conclusão, cumpre assinalar, aproximando as noções de eficácia jurídica e efetividade (eficácia social), que nem a previsão de direitos sociais fundamentais na Constituição (o que, portanto, vale igualmente para o

⁵⁰¹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. 2003, p. 122.

⁵⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. 2003, p. 166.

direito à moradia) nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização. (...). A efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais⁵⁰³

Considerando o caráter normativo dos princípios constitucionais, isto significa a completa transformação do Direito Civil. Trata-se de um direito que não mais se encontra nos valores individualistas, codificados pelo século XIX, seu fundamento axiológico.⁵⁰⁴ Mas que encontra seu fundamento no princípio da democracia, outorgando contornos políticos aos institutos privados.

Qualquer ponderação que seja feita a realização de direitos fundamentais e a efetividade da função social sobre a concepção moderna de propriedade ou das situações proprietárias aqui discutidas, deve ser feita com amparo na democracia e em prol da dignidade da pessoa humana. Eis que os direitos fundamentais sociais não se constituem em mero capricho ou privilégio, mas em uma necessidade, já que sua supressão ou desconsideração contraria os valores da vida e da dignidade da pessoa. Conforme Daniel Sarmento:

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.⁵⁰⁵

Deste modo, “a eficácia (jurídica e social) do direito à moradia e dos direitos fundamentais sociais deverá, portanto, ser objeto de permanente e responsável

⁵⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 167.

⁵⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2009, p. 74.

⁵⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª edição. 2006, p. 89.

otimização pelo Estado e pela sociedade, (...).⁵⁰⁶ Somente desta forma haverá o reconhecimento e a efetividade das diversas situações proprietárias e o papel de suas funções sociais.

Outra questão que serve de argumento para decisão não favorável a realização do direito fundamental à moradia é a ligação da capacidade orçamentária prestacional do Estado a reserva do possível. Tais argumentos também são questionados:

Em verdade, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática e responsável a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, destacando-se aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social.⁵⁰⁷

Assim, solução para os intérpretes diante dos casos concretos envolvendo moradia ainda é a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de bens que devem ser sacrificados em nome da realização da moradia, ou mesmo para declarar inconstitucional qualquer tentativa de restrição de realização de tal direito, sempre visando a tutela primordial da dignidade da pessoa humana.⁵⁰⁸

Diante do caso concreto toda vez que se deparar com uma propriedade anti social o intérprete deve lembrar que há uma normatividade hierárquica vigente elaborada sob manto democrático. Desse modo o Código Civil deve ser lido a luz constitucional sob pena de desconsiderar a própria democracia ou “tentar escamoteá-lo com a idéia de uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição.”⁵⁰⁹

⁵⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 169.

⁵⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 166.

⁵⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. 2003, p. 167.

⁵⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2009, p. 70 e 71.

CONCLUSÃO

A reflexão feita por meio de uma retrospectiva histórica permitiu concluir que diversos acontecimentos contribuíram tanto para fortalecer a propriedade moderna como para acarretar rupturas em sua concepção. O fortalecimento do conceito moderno estava respaldado na liberdade, autorizando que tudo poderia ser transformado em propriedade, sujeita somente aos poderes de um único proprietário.

As rupturas ficaram a cargo da democracia e sua dimensão pluralista e igualitária. Acarretando reflexões e rupturas em torno da concepção unitária da propriedade, aquele princípio revelou que nem todos podem ser proprietários, pois a em torno do conceito individualista de propriedade concentram-se as maiores desigualdades e exclusão social, contrapondo liberdade e igualdade.

Imperou o pluralismo democrático em detrimento da concepção moderna de propriedade. Esta última foi fragmentada em uma pluralidade de estatutos jurídicos, impondo não um conteúdo mínimo a ser preservado, mas vários conteúdos mínimos. Permitindo-se que em lugar de uma única propriedade conjugassem-se várias propriedades, em lugar de um único interesse, vários interesses, em lugar de uma normatividade abstrata, uma normatividade concreta, e em lugar de uma relação simples, uma relação jurídica complexa. Descartou-se qualquer vínculo natural do homem com a propriedade, que passa a ser identificada conforme as necessidades existenciais, impondo deveres ao seu titular, em favor dos não proprietários.

A função social da propriedade é a realização de mínimos existenciais dos não proprietários, despatrimonializando o instituto da propriedade, dando-lhe feição complexa e flexível, integrando-a com os deveres de realização de direitos fundamentais. A propriedade se encontra repersonalizada pelos valores existenciais.

A propriedade urbana, torna-se espaço de realização do direito fundamental à moradia, sendo regulada tanto pela Constituição Federal como pelo Estatuto da Cidade. Tais propriedades urbanas estão limitadas pelo conteúdo da função social, que é informado pelo direito fundamental à moradia. Deste modo, a ocupação do solo urbano deve atender aos interesses sociais.

Cumprir dizer que o cenário urbano ainda é um cenário indefinido. Talvez pela própria disposição constitucional que fez com dos municípios o único

responsável de fiscalização de cumprimento da função social das cidades. Desta forma, quando se trata de propriedades no solo urbano e da efetividade de direitos fundamentais como da moradia, os intérpretes da lei utilizam-se da aresta constitucional para esquivarem os municípios da responsabilidade de fazer com a propriedade urbana cumpra com a função social.

Desta forma conclui-se que no solo urbano ainda é corriqueira a manutenção das desigualdades. O caso da Favela do Pullman deixou evidente que decisões de manutenção da posse nas ações reintegratórias são cada dia mais raras. Eis que conforme se extraiu do caso do Edifício Preste Maia, mesmo quando se evidencia que se estava diante de uma demanda cujo polo passivo era composto por uma coletividade, e que do outro lado está um proprietário, cuja conduta é anti social, deu-se preferência, em uma primeira análise, a manutenção da propriedade privada do titular. Consequentemente, ocorre a exclusão de qualquer interesse dos não proprietários, sob o argumento de que o direito à propriedade privada também é um direito fundamental, sem qualquer reflexão em torno do verdadeiro papel da propriedade.

Quando se trata de propriedades urbanas, nas quais o intérprete apresenta maior relutância em interferir na propriedade privada, ele se mostra indiferente diante da democratização, da repersonalização e despatrimonialização da propriedade. Tudo sob o argumento de que se houver a efetividade de direito à moradia em relação ao solo urbano, a não ser o do próprio proprietário, estaria ocorrendo confisco da propriedade privada. Portanto, resta concluir em relação ao solo urbano que se prefere confiscar os objetivos da dimensão democrática, de não realizar as propriedades em favor da dignidade da pessoa humana, e da oportunidade de reduzir as desigualdades do que mexer com a estrutura da propriedade moderna.

Os casos concretos não urbanos evidenciam que algumas perspectivas sociais e democráticas estão se aproximando do contexto dos direitos fundamentais. Pois, sob o cenário das situações proprietárias descobre-se que há um jeito peculiar de uso da terra, no qual para criar, fazer e viver é dispensado qualquer título ou registro. Neste espaço se revelam outras situações proprietárias que se coadunam com a igualdade e o pluralismo. Desnudaram-se novas formas de pertencimento evidenciadas pelo direito à terra e ao território.

A terra e o território são chamados a cumprirem a função social. Mas, não se trata de uma função social atrelada à concepção unitária de propriedade; função social específica, cujo papel fundamental é a realização de valores existenciais e culturais, no sentido de manutenção dos costumes seculares. Nela, o que vale não é um papel como prova de apropriação, pois a relação com a terra existe independente de qualquer vínculo formal. Por outras palavras, suas vidas reais suplantam o domínio.

A realização de direitos fundamentais nestas situações proprietárias está longe de qualquer interferência formal, pois sua ligação com a terra está marcada pelo laços com seus antepassados, com os costumes de suas vidas reais. Para a realização de direitos fundamentais, nestas situações proprietárias, basta o contato com a terra, o livre acesso aos recursos naturais, e a liberdade para suas criações e cultivos. Basta que o lugar que se chama território, seja o lugar que estejam suas raízes com seus antepassados, os costumes e a mensuração do livre acesso.

Da análise dos casos concretos, restou evidente que a existência das diferenças não pode ser suplantada pela concepção moderna da propriedade, pois houve acomodação das diferenças e respeito ao jeito peculiar de se relacionar com a terra. Algumas comunidades ganharam espaço metrificado e quantificado, como no do fundo de pasto da Bahia, no caso Raposa Serra do Sol. No caso das Quebradeiras de Coco de Babaçu, a necessidade de buscarem a renovação do direito do livre acesso todos os dias. Mas, já encontram seu espaço no momento em que se recusam a colheita dos cocos de babaçu de forma que não seja livre.

Porém o mais importante que se pode concluir destas situações proprietárias, é que houve o desmoronamento do cerco da concepção unitária da propriedade, caracterizada pela pretensão de transformar todas as terras em espaço submetido ao poder exclusivo de um único titular. Também houve a queda de uma concepção de função social atrelada à propriedade codificada. O fundamental desta terra é que ela sirva para reprodução física e cultural, portanto, totalmente diferente da concepção clássica de propriedade, cuja destinação na maioria das vezes destina-se ao acúmulo de capital. Revelou-se que a terra pode ainda ser explorada de forma comum, dando efetividade aos preceitos constitucionais, realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de: Vergílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. **Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Júnior, Jussara Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin, Paulo Nalin (coords.). Curitiba: Juruá, 2007.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Separata da Revista O DIREITO, ano 126, 1994.
- ARNAUD, André-Jean. **O direito traído pela filosofia**. Tradução de: Wanda de Lemos Capeller e Luciano de Oliveira. Porto Alegre: S. Fabris, 1991.
- ARONNE, Ricardo. **Propriedade e domínio. Reexame sistemático das noções nucleares de direito reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Por uma hermenêutica dos direitos reais limitados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação: direto à diferença**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.
- _____. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.
- BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula. **A Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas/** Luiz Roberto Barroso (organizador) – 3ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BESSONE, Darcy. **Direito reais**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Escritos esparsos. A Constituição e o Código Civil**. (conferência apresentada em Fortaleza, na Casa Juvenal Galeno, em 15 de janeiro de 1935. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**/Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco pasquino; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2007, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- _____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Editora Paz e Terra S/A, 2006.
- CORDEIRO, António Manuel da rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.
- CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução: Leandro Konder, 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- _____; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. Vol. II. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2008. (Rosalice Fidalgo e Katya Isaguirre, p. 131 à 164, artigo título: O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador.
- _____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. revista atualizada / Luiz Edson Fachin. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e fundamentais: do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura**. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2007.
- FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar. 1998.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Estatuto da cidade e a função social da propriedade**. São Paulo: Revista do Tribunais. Ano 97, vol. 867, 2008.
- FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989.
- FIGUEROA, Alfonso Garcia. **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris, 2007.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución. De la antigüedad a nuestros días**. Tradução: NEIRA, Manuel Martínez. Madrid: Ed. Trotta, 2001.
- FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1986.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GONDINHO, André Osório. **Função social da propriedade**. In: Gustavo Tepedino (coord.), problemas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- Goyard-Fabre, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GRINBERG, Keila. **Código civil e cidadania**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 2001.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**/Paolo Grossi. – tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Revisão Técnica de: Ricardo Marcelo Fonseca. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2. ed. rev. e atual. / 2. ed. rev. e atual. / Paolo Grossi; tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.
- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM601.htm.
- [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp).
- LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MARTINS- COSTA, Judith. (organizadora) **A reconstrução do direito privado. Artigo: a função social da posse**. (posse caráter autônomo em relação à propriedade). Ed. RT.
- MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional**. Revistas dos tribunais. Ano 96, vol. 860, junho de 2007.
- MILANO, Giovanna Bonilha. **Propriedade territorial das comunidades remanescentes de quilombos: apontamentos sobre o direito fundamental ao território**. In: Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Eroulths Cortiano Junior, Jussara Maria Leal de Meirelles, Luiz Edson Fachin e Paulo Nalin (coords.). Rio de Janeiro: 2009.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MOREIRA, Vital. **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. Organizadores: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. 1ª ed. 2ª tiragem. Malheiros Editores: São Paulo, 2003.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. São Paulo: Renovar, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social democrático de Direito**. Separata de: Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, V.24, 1987.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PACHECO, Marcos Antonio. **Estado multicultural e direitos humanos. Tópica constitucional dos direitos étnicos**. São Luiz: UFMA/CNPq, 2005.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil: alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Pietro Perlingieri; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contrato e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009.
- _____. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.
- PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Dott. A. Giufere – Editore, 1954.

Revista dos Tribunais. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. P. 1-769, p. 206. TJSP, Apelação Civil nº 212.726-1/8 e STJ. REsp. 75.659, publicado na Revista dos Tribunais, n. 723. 1996.

RIBEIRO FILHO, Romeu Marques. **Das invasões coletivas: Aspectos jurisprudenciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

ROMANELLI, Claudio Luiz. **Direito à moradia à luz da gestão democrática**. 2ª Revista e Atualizada. Curitiba: Juruá, 2007.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra: Almedina, 1988.

SÁ, Andrea Alves. **Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil)**. In: Direito privado e constituição. / Marcelo Conrado, Rosalice Fidalgo Pinheiro (coords.)./ Curitiba: Juruá, 2009.

SAMAPIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: DelRey, 2004.

SANTIAGO, Theo. **Do feudalismo ao capitalismo**. 3ª ed. rev. São Paulo: Contexto, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **“O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia”**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Décima Edição, revista, atualizada e ampliada. 2009.

_____. **Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado**. In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Função do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação**. 2006. Disponível em: [HTTP://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiado](http://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/AGarantiado).

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson . **Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: WWW.2dbd.puc-rio.br.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco de babaçu e normas correlatas**. Manaus: PPGSCA-UFAM/ Fundação Ford, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. 21ª ed. revista atualizada até a emenda constitucional n. 38. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Silva, Vergílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

STEINMETZ, Wilson. **Direitos fundamentais e função social do (e no) direito**. In: TIMM, Luciano Benetti e MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Função do direito. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas**. Revista Jurídica: Órgão nacional de doutrina jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 54, nº 341, março de 2006.

_____. **A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição)**. Revista dos Tribunais. vol. 306, maio/junho, 1989.

_____. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. In: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: renovar, 1999.

_____. **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil (Imobiliário, Agrário e Empresarial), São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul./set. 1993.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARELA, Laura Beck. **Das Seismarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.