

VINÍCIUS DE GOUVEIA

**FUNÇÃO SOCIAL E A GÊNESE DE UMA NOVA PROPRIEDADE
IMOBILÁRIA URBANA**

Monografia apresentada pelo acadêmico Vinícius de Gouveia, matriculado sob o n.º 003794-1, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Edson Fachin

Co-orientadora: Prof.^a Ana Carla H. Matos

CURITIBA


2004

TERMO DE APROVAÇÃO

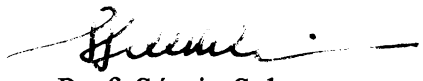
VINÍCIUS DE GOUVEIA

FUNÇÃO SOCIAL E A GÊNESE DE UMA NOVA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR


Co-orientadora: Prof.ª Ana Carla H. Matos
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR


Prof. Sérgio Seleme
Setor de Ciências Jurídicas da UFPR

Curitiba, 20 de outubro de 2004

“As cidades também acreditam ser obra da mente ou do acaso, mas nem um nem o outro bastam para sustentar as suas muralhas. De uma cidade, não aproveitamos as suas sete ou setenta e sete maravilhas, mas a resposta que dá às nossas perguntas.”

(CALVINO, Italo, *As Cidades Invisíveis*, p. 44)

SUMÁRIO

RESUMO	iv
ABSTRACT	v
INTRODUÇÃO	1
1 A PROPRIEDADE	4
1.1 A PROPRIEDADE COMO UM DIREITO REAL	5
1.2 A PROPRIEDADE TOCADA EM ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS	8
1.2.1 Prolusão crítica à construção histórico-jurídica	9
1.2.2 Breves relatos históricos sobre a propriedade	10
1.3 CONCEITO DE PROPRIEDADE (MODERNIDADE E CONTEMPORANIEDADE)	15
2 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA	20
2.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO E O CONCEITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA	21
2.2 A URBE	23
2.3 A PROPRIEDADE URBANA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS	25
3 A FUNÇÃO SOCIAL	28
3.1 A FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO	30
3.2 FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO GERAL DE ATUAÇÃO JURÍDICA	33
3.3 A FUNÇÃO SOCIAL APLICADA À PROPRIEDADE	35
4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA	37
4.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO INSTITUTO JURÍDICO DOTADO DE EFETIVIDADE	41
4.2 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA ADEQUADA A SUA FUNÇÃO SOCIAL	43
5 A RECEPÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	52

RESUMO

A presente monografia tem por foco inicial alguns dos principais tópicos relacionados à propriedade – tidos como essenciais à sua compreensão –, tais como: sua natureza real, suas acepções ao longo do perpassar histórico, suas atuais tendências e sua definição contemporânea, que fornecerão o alicerce teórico sobre o qual se erigirão as idéias doravante defendidas. Seguimos em nossos esforços com uma abordagem acerca da influência da urbanização na questão proprietária e o conceito de propriedade imobiliária urbana. Sendo, também, tema tratado, a questão da função social, vista aprioristicamente em sua forma mais abrangente e – paulatinamente – em suas faces mais específicas, culminando em sua atuação sobre a propriedade imóvel urbana. Propõe-se, então, delinear aquilo que o direito positivo expressamente define por vital a respeito da função social da propriedade e os remédios legais cabíveis no caso de seu descumprimento, de modo a tornar a dignificação do homem por meio da propriedade não só uma utopia juridicamente acolhida, mas um instituto jurídico dotado de efetividade, coercibilidade e idoneidade. Explanados os principais conceitos em apartado, promover-se-á a união de todos em busca de conseguir eficazmente trazer a estudo não só o conceito, mas uma fundamentação teórica acerca do que aqui se chamou de “nova propriedade”, ou seja, a propriedade imobiliária urbana adequada a seus fins sociais.

ABSTRACT

This monograph has its initial focus in some of main topics related to the propriety – those that are essential for its comprehension –, such as: its real nature, its acceptance throughout the history, its current tendencies and its contemporary notion, that will lay the theoretical foundation of the ideas henceforward defended. We follow in our efforts with an approach about the influence of urbanization in the ownership subject and the conception of urban real estate. It will also be a subject of our considerations the issue of social function, studied first in a more extensive way, and then gradually on its particularities, with the climax on its influence over the urban real property. Another purpose is to delineate what the written law expressly states as vital about the social function of the property and the appropriate legal instruments in case of its disregard, in order to make the man's dignity through the property not only a legally welcomed utopia, but also a juridical institute endowed with effectiveness, coercion and aptness. After the isolated explanation of the main ideas it will be promoted the union of every topic in order to efficiently bring up to discussion not only a simple conception, but a theoretical foundation about what it is called as “new property”, or in other words, the urban real property in consonance with its social purposes.

INTRODUÇÃO

Desde os primórdios das civilizações até os recentes dias, a história do homem pode ser narrada por meio de sua relação de domínio sobre as coisas que o cercam. Fora seguindo essa sorte que o homem – no decorrer do tempo – demarcou parte da terra e, sobre esse limitado excerto de solo, declinou sua senhoria; seu era aquele espaço e nele deveria prevalecer a sua vontade. O homem se fez *proprietário*.

Eis que se fez notável o objeto que dera propulsão a nosso desejo pelo conhecimento: *a propriedade*. E ao aluno se revelam as idéias, os pensamentos que lhe guiarão em uma tortuosa jornada, que um dia NIETZSCHE brilhante e liricamente assim descrevera:

Que eu, porém, ainda hoje estou firmado neles [pensamentos], que eles próprios desde então se firmaram cada vez mais entre si, e até mesmo cresceram juntos e se entrelaçaram, é o que fortalece em mim a alegre confiança de que poderiam, desde o começo, não ter nascido em mim isolados, nem arbitrariamente, nem esporadicamente, mas sim a partir de uma raiz comum, de algo que dita ordens em profundidade, que fala cada vez com mais determinação, que reclama algo cada vez mais determinado: de uma vontade fundamental de conhecimento.¹

E fora por intermédio da pesquisa e do estudo que de idéias e pensamentos vagos se fizera conhecimento.

Descobre-se, então, que a *ilustração* é uma via de duas mãos e, se tendo por certo que o conhecimento transforina a quem o persegue, não menos verdadeiro é que aquele que o aufere acaba – ao transmiti-lo – por afeiçoar-lhe, ainda que minimamente, a seu feitio. Nas palavras de HEGEL: “Com efeito, se o conhecimento é instrumento para dominar a essência absoluta supõe-se logo que a aplicação de um instrumento a alguma coisa não a deixe como é para si mesma mas a modifique e transforme. Ou então, se o conhecimento não é um instrumento da nossa atividade,

¹ O excerto acima integra uma coletânea de textos escritos por Nietzsche e selecionados por Gérard LEBRUN sob o nome de *Obras Incompletas* (LEBRUN, Gérard [Org.]. *Friedrich Nietzsche: obras incompletas*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 339).

mas uma espécie de meio passivo através do qual a luz da verdade chega até nós, ainda assim não a recebemos como é em si e sim como é nesse meio e através dele.”²

Fôramos, nós, imbuídos deste espírito ao acatar o desafio de exteriorizar – através de um trabalho científico – o modo como aferimos essa luz. Assim, iremos, sob a salvaguarda do arcabouço que representa a lição dos mestres, traçar um plano conceitual que descreva a propriedade em seu processo histórico de construção e desconstrução para que então entendamos a estrutura sobre a qual hoje se está a erguer um novo conceito proprietário.

Mas o presente trabalho também é fruto da perseguição do *justo*³, algo que reflete a alma do autor e que este não deve se acanhar em notorizar. E fora, trilhando esses caminhos, em nosso atino – ou desatino, podem dizer – de desbravar a questão proprietária, que nos deparamos com aquele que será o segundo pilar a sustentar esta obra. Trata-se de um posicionamento doutrinário que celebra a *função social* como vértice à concretização de uma legislação proprietária mais *justa*, construída à luz dos ditames constitucionais de equidade, solidariedade, repúdio à belicosidade e dignidade da pessoa humana.

O tema *função social* fora, para tanto, tomado em suas raízes sociológicas, estudado em várias de suas concepções jurídicas e só então albergado no seio da

² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Estética: a idéia e o ideal*. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 331-332.

³ Utilizara-se aqui a noção de justiça visualizada por Roberto LYRA FILHO e agora transcrita: “Quando falamos em Justiça, entretanto, não nos estamos referindo àquela imagem ideológica da Justiça ideal, metafísica, abstrata, vaga (...). Não é o idealismo iurisnaturalista que, ou se rende ao direito positivo (às normas de dominação), porque a este concede o poder de definir, em especial, o que a ‘Justiça’ é, nas situações particulares e concretas; nem aquele outro iurisnaturalismo progressista, de combate, que continua, entretanto, pondo de um lado o ‘direito ideal’ e de outro o ‘direito real’. A contradição entre a injustiça real das normas que apenas se dizem justas e a injustiça que nelas se encontra pertence ao processo, à dialética da realização do Direito, que é uma luta constante entre progressistas e reacionários, entre grupos e classes espoliados e oprimidos e grupos e classes espoliadores e opressores. Esta luta faz parte do Direito, porque o Direito não é uma ‘coisa’ fixa, parada, definitiva e eterna, mas um processo de libertação permanente.” (LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 82).

propriedade, onde se aninhara de maneira a promover uma verdadeira revolução no conceito proprietário, versada humildemente em nossos escritos.

Por derradeiro, é pretenso a esta obra um certo grau de atualidade – o que, por efeito reflexo, nos levara a um campo não muito explorado pela doutrina pátria –, razão pela qual rumamos em direção à face urbana da propriedade socialmente funcionalizada. O globo tem sido alvo de um processo – antes paulatino e ora voraz – de urbanização e, conseqüentemente, o grau de complexidade das relações sociais contemporâneas vem se refletindo em um elevado grau de complexidade do instituto da propriedade⁴, principalmente em seara urbana. A urbe é o hoje sede da maioria das relações proprietárias – por conseguinte, também o palco onde são travados grande parte de seus conflitos – e o estudo de sua funcionalização social ainda há muito que ser desbravado pelos olhos do direito civil *constitucionalizado*.⁵

Eis que lhes fora apresentado o conteúdo do presente trabalho monográfico: a propriedade e a repercussão da funcionalização social em sua face imobiliária urbana, tema que lhes acompanhará ao longo desta futura leitura, na extensão do que sobre o mesmo aferiram os olhos deste *letrando* interlocutor.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18.

⁵ Desde já, trazemos ao conhecimento de nosso leitor, não nos ser pretenso tratar de maneira exauriente as questões – pertinentes ao assunto *função social da propriedade* – de natureza Administrativa. Assim, embora não nos permitamos relegar, de nossos escritos, estas questões, é de bom grado afirmar que as mesmas serão tratadas única e exclusivamente nos limites de sua essencialidade. Outrossim, indicamos, dentre a vasta literatura acerca do tema: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico – 2*; CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*; FERREIRA, Sérgio de Andrea. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro* e SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*.

1 A PROPRIEDADE

Dando-se proêmio ao presente trabalho, algumas considerações introdutórias hão que ser colocadas de maneira a que o conceito de propriedade não seja meramente extraído do cerne da manualística clássica e transposto a novo papel, como se originado do seio etéreo e lançado à baila sob a forma de premissa inquestionável para a construção de um novo estudo.

E a acompanhar-nos em tal direção temos o mestre Boaventura de Souza SANTOS, como bem se afere de seus dizeres *in verbis* transcritos:

Toda a investigação científica tem a presidir-lhe desde o início um conjunto de orientações teóricas e estratégias analíticas, com base no qual é construído o objecto de investigação, escolhida a unidade de análise, seleccionadas as técnicas e os métodos, orientado o trabalho de campo, analisados e teorizados os dados re-colhidos. O trabalho teórico, interpretativo e explicativo, ainda que autonomizado (revelado e ampliado), na fase final, é constitutivo do processo de investigação no seu todo (e neste sentido preexiste-lhe de algum modo), garantindo-lhe a unidade desde o início.⁶

Hemos então de perquirir, *pari passu*, tão intentado conhecimento; quer seja pela persecução dos ensinamentos dos grandes mestres – pois que como analisa Karl ENGLISH estes constituem a firme plataforma que devemos confiar como base ao erigir nosso labor intelectual⁷ –, quer pela concepção heurística da construção do saber por “mão próprias”. Para tanto iniciaremos com uma abordagem periférica acerca da propriedade, intentando promover sua inserção no Direito, na História e no mundo dos fatos.

⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. O estado, o direito e a questão urbana. Separata de: FALCÃO, Joaquim de Arruda. (Coord.), *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 3.

⁷ ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 18.

1.1 A PROPRIEDADE COMO UM DIREITO REAL

Iniciemos nossas colocações exórdias com uma breve abordagem⁸ sobre os denominados Direitos Reais, visto que é – por exato – neste excerto dos estudos civilísticos em que se insere o conceito de propriedade.

Os Direitos Reais, ou Direito das Coisas como prefere parte da doutrina⁹, consistiriam – e aqui tomemos por empréstimo as sábias palavras do professor Clóvis BEVILÁQUA – em um complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem.¹⁰

A individualizar o conceito de Direitos Reais e, mais especificamente, distingui-los dos Direitos Obrigacionais, dera-se gênese a diversas teorias doutrinárias, envolvendo a questão em uma celeuma há muito tida por indesejável ao estudo jurídico. Outrossim, como pondera Orlando GOMES, tais divergências se reduzem fundamentalmente à contraposição da *teoria clássica*, dita *realista*, à *teoria personalista*, não havendo – pois – interesse em alargar o campo em que proliferam.¹¹

Grosso modo, aos integrantes da Escola Clássica ou realistas, os Direitos Reais consistem no poder jurídico – direto e imediato – da pessoa sobre a coisa, que se exerce *erga omnes*, enquanto que àqueles filiados aos ideais personalistas, não se concebe a existência de uma relação jurídica direta e imediata entre um sujeito de

⁸ Ressalva-se – visto que feito mister – não ser o intento desta obra exaurir o tema direitos reais. Outrossim, algumas questões não que ser trazidas a estudo, e o serão na justa medida urgida ao presente trabalho. Acerca do tema, fartas são as doutrinas pátria e estrangeira, dentre as quais cita-se: BESSONE, Darcy. *Direitos reais*; GOMES, Orlando. *Direitos reais*; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. 4; entre outros.

⁹ Não se abordará em sede deste projeto tal divergência, limitando-se apenas a aferir sua existência. Acerca da questão, vide – dentre outros – : FERNANDES, Luís A. de Carvalho. *Lições de direitos reais*. 2.ed. Lisboa: Quid Juris, 1997.

¹⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1, p. 9.

¹¹ GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 19. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 11.

direito e uma coisa, uma vez que uma relação jurídica deve se dar necessariamente entre duas pessoas. Assim, segundo a doutrina personalista, a relação de propriedade teria por sujeito ativo o titular do direito real, contrapondo-se este a um sujeito passivo universal: abstração jurídica que consistiria na generalidade anônima de indivíduos que habitam o globo.

Se preciso for optar por uma destas doutrinas, façamo-lo, pois, trilhando caminhos oportunizados pelo mestre Caio Mário da Silva PEREIRA a quem embora a teoria *realista* seja a mais pragmática, ao encarar-se tal distinção em termos de pura ciência, denota-se ser a teoria *personalista* a mais exata.¹²

Riscando a finos traços a questão, hemos de discernir os direitos reais dos demais direitos albergados em legislação civil e, a guiar tal tarefa, permaneçamos sob a luz dos ensinamentos do professor Caio Mário PEREIRA, a quem os Direitos Reais se individualizam perante os demais: a) por serem oponíveis *erga omnes*; b) por versarem sempre sobre objeto determinado; c) ao exigirem a existência atual da coisa; d) serem exclusivos, no sentido de não se compadecerem com a pluralidade de sujeitos com iguais direitos; e) pela possibilidade de sê-los adquiridos por usucapião; f) pela tendência à perenidade, uma vez que se conservam apesar da falta de exercício, até que se constitua uma situação contrária, em proveito de outro titular; g) ao dotarem-se de seqüela, isto é, da prerrogativa de acompanharem a coisa em poder de quem quer que ela se encontre; h) pela preferência: em caso de falência ou concurso creditório, tem o titular do direito real a faculdade de receber privilegiadamente, elidindo-se de rateio, o produto da venda da coisa gravada, ressalvado o limite de seu crédito; i) pela faculdade do abandono ao titular de tal direito; j) por sua suscetibilidade à posse. Ainda que só posteriormente elencada, o autor soma às demais características precípuas aos direitos das coisas sua natureza *numerus clausus*, ou seja, a limitação de

¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4, p. 4.

sua gênese a instrumento legislativo próprio.¹³

No tocante à sua classificação, prefere a melhor doutrina,¹⁴ dispô-los em duas categorias: *ius in re propria* e *ius in re aliena*. A categoria dos direitos na coisa própria consiste em um conjunto unitário, tendo no direito real pleno, a propriedade, seu único elemento. Em diversa face, pertencem à categoria dos direitos na coisa alheia, ou direitos limitados, os demais direitos reais exaustivamente arrolados no art. 1.225 do Código Civil de 2002: superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca e anticrese.

Sumariamente, este é o trato dado à matéria – ressaltando-se aqui, por suposto, a notória exigüidade cabível ante à natureza do presente estudo – pela academia pátria; todavia, faz-se mister mencionar as palavras do professor FACHIN, quando de seu trabalho de atualização da obra do ilustre mestre baiano Orlando GOMES, a citar-se: “a atilada doutrina vem apontando, e não é de agora, expressivas transformações no estatuto jurídico dos Direitos Reais; tais mudanças, por evidente, se fazem sentir mais intensamente no direito de propriedade, recheado de todo o ornato que conferem luz e cor às dimensões políticas, ideológicas e econômicas”.¹⁵

Findada a pontuação proposta acerca dos Direitos Reais, tratemos de nos centrar naquela que é a expressão máxima do tão aduzido apoderamento do homem sobre a coisa e, por conseguinte, o centro de prolatadas mudanças estruturais: a propriedade.

¹³ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições...*, p. 5-6.

¹⁴ Dentre os adeptos de aduzido critério classificatório encontram-se: Orlando GOMES, Caio Mário da Silva PEREIRA e Sílvio VENOSA, entre outros.

¹⁵ GOMES, O. *Direitos reais...*, p. 7.

1.2 A PROPRIEDADE TOCADA EM ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICOS

A história do homem e a história da propriedade são tão intrinsecamente interligadas que não se concebe em qual momento daquela esta teve sua gênese. Assim, é de bom conteúdo afirmar-se que a propriedade remonta aos tempos mais primordiais da raça humana e lha acompanha até os mais recentes dias.

E, fora – ao longo desta história – a propriedade concebida de tantas maneiras quanto necessárias a embasar o domínio humano sobre a *res*, consonantemente com a concepção paradigmática vigente. Tal mutabilidade fora muito bem relatada – em sua obra – por Caio Mário PEREIRA, precisamente em excerto *infra* transcrito:

Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés, envolve sempre, modifica-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal.¹⁶

Não há, portanto, como se definir a propriedade sem conceber como a mesma fora conhecida ao longo da história humana e, de mesma sorte, sem a perceber como um instituto em constante mutação.

Façamos – então – o que nos ensinara Fustel de COULANGES e auscultemos nossa própria alma a procura do legado deixado pelos tempos pretéritos em nossa visão do mundo, pois como propalado pelo notável historiador, “o passado nunca morre totalmente para o homem, (...) pois o seu estado, tal como se apresenta a cada época, é o produto e o resumo de todas as suas épocas anteriores”.¹⁷

¹⁶ PEREIRA, C. M. da S. *Instituições...*, p. 81.

¹⁷ COULANGES, Fustel. de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Hemus, 1975, p. 9.

1.2.1 Prolusão crítica à construção histórico-jurídica:

Fitando fugir ao comumente realizado por parte considerável da doutrina, esta obra não realizará um estudo linear da chamada “evolução histórica da propriedade”, por não acreditar – e para tanto imbui-se de *data maxima venia* – ser este o melhor dos métodos para sua compreensão histórica. A robustecer tal pensamento, faz-se uso das letras do professor Ricardo Marcelo FONSECA, agora citado:

De fato, o estudo linear da história (e de modo particular da história do direito), que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmônica e coerente de institutos jurídicos através do tempo, acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz tal tipo de conhecimento).¹⁸

Não lograríamos, portanto, de sorte se tentássemos extrair da história uma concatenação lógica e retilínea de atos e fatos que nos levasse à legitimação do direito contemporâneo. Outrossim, diversa pode ser nossa fortuna se lha atribuirmos papel mais oportuno, encarando “o saber histórico-jurídico sobretudo como instrumento de análise e compreensão, que respeite a efetiva lógica da mudança, das contradições e das diacronias do passado”.¹⁹

Isto posto, o que se tem por pretensão doravante é uma análise crítica – ainda que sucinta – da propriedade sob ótica de diversos paradigmas socioculturais, por intermédio de breves relatos que nos contam como a propriedade fora concebida ao longo de sua história.

¹⁸ FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 26.

¹⁹ *Ibid.*, p. 28.

1.2.2 Breves relatos históricos sobre a propriedade:

Ante ao eminente risco de – face à opção por um estudo histórico não-linear – recair-se em uma total ausência de sistematização e, por suposto, não transmitir ao leitor a idéia perquirida, saltam à mente as palavras orientadoras do professor FACHIN, à quem “*como se faz* é tão relevante quanto *o que se faz*”²⁰. Pois, que urge, ao prosseguimento da obra, a apresentação do método sobre o qual se erigiu a construção histórica, bem como as idiosincrasias que lhe são peculiares.

Primeiramente, há que se estabelecer que – em razão da inexistência de instrumento mais adequado – ter-se-á por linha mestra aos presentes escritos a própria ordem cronológica dos fatos; o que não implica – e desde já se aduz – no encadeamento contínuo e necessário dos mesmos ao longo de seu percurso histórico.

Estabeleçamos, então, o termo inicial de nossos estudos: por certo, a idéia de senhorio sobre um dado bem e o uso de todos meios a se manter em sua posse antecede ao próprio homem; todavia, para efeitos do ora apreciado, dar-se-á primazia ao apoderamento consciente, àquele momento em que o homem reclamou para si algo que lhe era útil e sobre o mesmo fez valer o seu domínio.

A mais remota forma de apoderamento conhecida pelo homem fora a propriedade coletiva, por meio da qual os membros de uma dada comunidade exerciam – cada qual a seu turno – o gozo temporário do bem, sendo este (em razão de sua natureza coletiva) inalienável.

Como assertivamente colocou João Rodrigues de MEREJE, “povos os mais diferentes colocados nos pontos mais distintos do globo, não só separados pelo espaço como também pelo tempo, apresentam o instituto da propriedade coletiva: romanos, hindus, germanos, eslavos, árabes, incas, astecas, etc.”²¹

²⁰ FACHIN, L. E. *A função social...*, p. 9.

²¹ MEREJE, João Rodrigues de. *Evolução e involução da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1949, p. 23.

Posteriormente, ao homem se revelara uma nova forma de propriedade, esta agora individual, conforme primorosamente nos discorre Darcy RIBEIRO:

Em algumas sociedades, a propriedade individual de bens, circunscrita originariamente aos produtos do trabalho de cada indivíduo ou de cada família, se estende, progressivamente, com o aumento da capacidade produtiva, até fazer-se o principal sistema de ordenação da vida social. Acaba por abranger os próprios agentes da produção, os animais de tração, os trabalhadores escravizados e, finalmente, a condição básica da produção agrícola, que é a terra.²²

Os tratadistas agora se reportariam a uma substituição natural, como se a passagem do coletivismo para o individualismo fosse uma substituição lógica e irreversível, particular à própria “evolução histórica da propriedade”. Outrossim, tal concatenamento não sobrevive à mera percepção da realidade dos fatos, como se fará prova doravante.

Recobrando aos ensinamentos de MEREJE, a propriedade coletiva assumira variadas formas para se conservar, perseverando em sua permanência na História.²³ Citemos – à guisa de ilustração – o caso da relação proprietária existente em muitos dos povos nativos sul-americanos, dentre os quais os indígenas brasileiros, aos quais a propriedade sempre fora concebida coletivamente, parecendo nunca ter ultrapassado o limite da utilidade²⁴. Observa-se, ainda, em povos que – por isolamento ou brava resistência – mantêm-se arraigados a sua cultura original, uma visão proprietária extremamente coletivista.

Em oposta face, revelara-se entre os romanos uma visão mais individualista da propriedade, pois – como relata Fustel de COULANGES, “cada família, tendo os seus

²² RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52.

²³ MEREJE, J. R. de. op. cit., p. 23.

²⁴ Em seu excelente relato acerca da dominação luso-espanhola das Américas, Tzvetan TODOROV, traz um comentário de Colombo acerca da relação proprietária entre os nativos do Novo Continente: “*Não pude saber se possuem bens privados, mas tive a impressão de que todos tinham direitos sobre o que cada um possuía, especialmente no que se refere aos viveres*” (TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. São Paulo: M. Fontes, 1996, p. 38).

deuses e o seu culto, devia ter também o seu lugar particular na terra, o seu domicílio isolado, a sua propriedade”²⁵.

Todavia, contrariamente ao que fora apregoado outrora – pela doutrina liberal-positivista – não tivera a propriedade, em Roma, sua definição. Como bem propala Maria Cristina Cereser PEZZELA, o Direito Romano sequer possuía um conceito abstrato ou mesmo uma definição de propriedade.²⁶

A primeira concepção proprietária de “*la cité antique*” que chegara até nós refletia a soberania do *pater familias* sobre a coisa. No tocante aos bens imóveis, relata Ebert CHAMOUN, ter havido, nos tempos antiquíssimos da fundação de Roma, uma propriedade privada – *mancipium* – imóvel, familiar e hereditária; correspondente a duas jeiras²⁷ e a *domus (heredium)*, que o *pater familias* administraria e que, com sua morte, passariam aos herdeiros como uma espécie de co-propriedade familiar (*consortium*) e que supostamente teria sua origem em uma distribuição feita pelos reis.²⁸

Trata-se do denominado *dominium ex iure Quiritium* – que hoje chamamos propriedade quirritária – o qual tinha também por objeto coisas móveis, além dos já mencionados bens imóveis. Ressalva atilada doutrina que a propriedade quirritária só recairia sobre bens imóveis situados na Itália ou nas províncias regidas pelo *ius Italicum* e seu titular haveria de ser necessariamente cidadão romano, ou então, latino ou peregrino que tivesse o *ius commercii*. A aquisição de tais bens se dava por meio solene (*mancipatio, traditio* ou *in iure cessio*, de acordo com a natureza da coisa) e sua

²⁵ COULANGES, F. de. op. cit., p. 51.

²⁶ PEZZELA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 124.

²⁷ O autor parece se referir a uma antiga unidade de medida de área de superfície agrária, que se hoje convertido aos atuais hectares corresponderia a um valor de aproximadamente 0,2 ha. Logo, 2 jeiras equivaleriam a 0,4 hectares.

²⁸ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p. 230.

proteção judicial era obtida por meio da *rei vindicatio*.

Com o advento da era clássica do Direito Romano, aliaram-se à propriedade quirritária três situações análogas à propriedade, as quais os romanistas – em geral – denominam *propriedade bonitária* (também chamada *pretoriana*), *propriedade provincial* e *propriedade peregrina*.²⁹

A *propriedade bonitária* ou *pretoriana* surgira da iniciativa do pretor, que – por intermédio de dois institutos chamados: *exceptio rei uenditae et traditae* e *actio publiciana* – passara a proteger o indivíduo que ao adquirir um bem o recebia por meio diverso daquele solenemente previsto (*res mancipi* adquirida pela *traditio* e não pela *mancipatio* ou subsidiariamente pelo *in iure cessio* como então previsto), uma vez que, face ao rigor do *ius civile*, tal procedimento não conferia ao comprador o *status* proprietário, que permanecia com o vendedor, mantendo-se este último no gozo do direito de reivindicar a coisa alienada.

A *propriedade provincial*, segundo Moreira ALVES existia apenas com relação a imóveis que estavam situados em províncias que não eram regidas pelo *ius Italicum*. Nessas províncias, o proprietário do solo era o povo romano (província senatorial) ou o Príncipe (província imperial) e aos particulares – romanos ou não – só era possível a posse (*possessio*) sobre esse solo se adimplido o pagamento do *stipendium* ao povo romano ou do *tributum* ao Príncipe.³⁰

Enfim, a *propriedade peregrina* referia-se ao caso daqueles peregrinos que, pelo fato de não terem o *ius commercii*, lhes era defesa a propriedade quirritária, cabendo-lhes a mera *possessio* do bem adquirido. Paulatinamente fora se conferindo uma maior proteção jurídica a essa situação de fato por meio de ações específicas que

²⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 12. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1. , p. 282.

³⁰ *Ibid.*, p. 284.

as assimilava à propriedade romana.³¹

Por derradeiro, Justiniano – em período pós-clássico – acabou por unificar a propriedade romana sob a forma do *dominium* ou *proprietas*, que recaía sobre qualquer coisa e se fazia acessível a todo cidadão romano³², sujeita a normas jurídicas próprias, dentre as quais se destacavam: a transferência por meio da *traditio*; a sujeição ao pagamento de impostos e diversas limitações impostas por necessidade da administração pública³³.

Ora pois, que a emaranhada linha do tempo nos leva aos tempos medievais e com eles a gênese um novo paradigma histórico e, por suposta, uma nova concepção da propriedade. O sumo da propriedade feudal resta mui bem relatado em trecho abaixo, extraído da obra do professor Eroulths CORTIANO JUNIOR:

A ausência de precisos modelos culturais levou o direito do medievo a dimensionar-se através dos fatos, e as relações efetivas de dominação das coisas impõem-se na criação das regras aceitas pela comunidade. Assim, as relações de assenhoramento das coisas não irão corresponder a um arquétipo predeterminado que lhes dê validade jurídica. Antes disso, o objetivo e o efetivo é que vão determinar a regulação jurídica das situações de dominação de bens, que, no fundo e a rigor, são reflexos da organização social sob a forma de laços pessoais.³⁴

Concebe o mencionado autor – com muita sapiência – ter havido em tempos medievos um deslocamento do foco proprietário do sujeito para a própria coisa; assim, a consideração dos efetivos apossamento e utilização do bem serviriam como ponto de partida para sua juridicização, residindo no já notório desmembramento da propriedade em domínio útil e domínio eminente a comprovação dessa visão proprietária. Isto explicaria com maior clareza a “legitimidade de mais de um

³¹ Moreira Alves denomina tal situação de “uma verdadeira propriedade de fato” (ALVES, J. C. M. op. cit., p. 284).

³² CHAMOUN, E. op. cit., p. 233.

³³ ALVES, J. C. M. op. cit., p. 285.

³⁴ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87-88.

proprietário sobre uma coisa, ao contrário das civilizações individualísticas, que partem do sujeito para construir o jurídico”.³⁵ Observa-se, então, a retomada da visão coletivista da propriedade.

Sucedendo o paradigma feudal, a História observou o nascimento dos ideais liberais; outrossim, parece-nos que o erigir da modernidade será de mais valia ao entendimento da concepção contemporânea da propriedade, razão pela qual reservamo-nos a liberdade de pôr, a cá, termo em nosso capítulo histórico, embora a análise temporal permaneça a pontuar nossos estudos.

1.3 CONCEITO DE PROPRIEDADE (MODERNIDADE E CONTEMPORANIEDADE)

Fora a modernidade que nos ensinara a conceituar a propriedade, dando-lhe as feições pelas quais hoje – *mutatis mutandis* – a reconhecemos.

A priori, a entender o fenômeno da modernidade, valhamo-nos novamente dos ensinamentos de Ricardo FONSECA, que a descreve como um processo histórico de formação difusa, lenta e complexa – iniciado por volta dos séculos X e XI – que promovera um gradual e irregular avanço do mercado de trocas comerciais e a aceleração de um processo de racionalização do ser.³⁶

Este paradigma moderno – mais especificamente, com a instauração da Revolução Francesa – procurou, abolir privilégios e cancelar direitos perpétuos, conferindo, por conseguinte, à propriedade um caráter mais democrático; outrossim, o fez também sob o intento de direcioná-la aos interesses econômicos e políticos de uma insurgente classe hegemônica: a burguesia.³⁷

³⁵ CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 88.

³⁶ FONSECA, R. M. op. cit., p. 30.

³⁷ Acerca do tema, revelam-se providenciais as palavras de Eroulths CORTIANO JUNIOR, ao afirmar que “a ascensão da burguesia com sua ideologia própria converge, igualmente, para a formação de um direito baseado na lei e em conceitos abstratos: sua atividade mercantil competitiva

Havia que se livrar a propriedade de seus lastros feudais e concebê-la à imagem de seu novo sujeito. Tal transformação fora assim descrita por Pietro BARCELLONA:

Ahora es necesario abolir la propiedad-relación que define la forma de dependencia entre el señor y el siervo. Hay que hacer de la propiedad un objeto de derecho, mercancía para el mercado, *res* que pueda ser libremente puesta em circulación y alienada. Es necesario que la propiedad se vuelva abstracto dominio individual y solitario, confin espacial del dominio que el individuo tiene esencialmente sobre sí.³⁸

Essa mudança estrutural levou a um restauro do conceito unitário da propriedade, ao passo que os poderes que lhe são inerentes acabaram por ser majorados exageradamente,³⁹ exaltando-se – a princípio – a concepção individualista; ao seu exercício não se antepõe restrições, senão raras, e o direito proprietário é elevado à condição de direito natural, em pé de igualdade com as liberdades fundamentais.⁴⁰

Criou-se então o molde à semelhança do qual talharam-se grande parte dos conceitos de propriedade na chamada família romano-germânica do Direito, dentre os quais inclui-se nosso Código Civil Brasileiro. Trata-se da definição dada pelo Código Napoleônico, segundo a qual propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos.⁴¹

vai ser incrementada por uma visão individualista da sociedade, a cujos membros são atribuídos direitos subjetivos, devidamente assegurados por uma ordem jurídica que garanta a certeza e a estabilidade imprescindíveis para a racionalidade econômica”.(CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 21).

³⁸ BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996, p. 37.

³⁹ Acerca da majoração dos poderes proprietários e sua imbricação ao ideal de liberdade indica-se: VILLEY, Michel. *En torno al contrato, la propiedad y la obligacion*. Buenos Aires: Gherzi, 1980.

⁴⁰ GOMES, O. *Direitos reais...*, p. 115-116.

⁴¹ Tradução livre do art. 544 do *Code*: “*La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*”.

A forma pela qual o Código Civil Brasileiro assimilou a acepção liberal-burguesa da propriedade fora relatada pelo professor Eroulths CORTIANO JUNIOR em inspirada passagem de sua obra:

Não se define, no Código, a propriedade, mas se estipulam – o que quer dizer: asseguram-se – os poderes do proprietário. A lei brasileira reúne os elementos da definição da propriedade do Código Francês e da não-definição do Código Alemão – que, entretanto, especificou o conteúdo do direito de propriedade. De fato, o legislador brasileiro utilizou o rol dos poderes proprietários que baseou a conceituação da propriedade no *Code*, sem, entretanto conceituá-la. De outro lado, seguiu a orientação alemã de especificar o conteúdo da propriedade, mas arrolando os poderes do proprietário, como fez o legislador francês. O Código Civil fez sua opção: uma definição analítica e estrutural da propriedade.^{42, 43}

Orlando GOMES, quando da confecção de sua definição “manualística” para a propriedade, preferiu fazê-lo à luz de três critérios – que ao autor, se vistos conjuntamente – forneceriam uma noção suficientemente clara de propriedade. Segundo o douto civilista: *sinteticamente*, é de se defini-la, com WINDSCHEID, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa; *analiticamente*, o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de que injustamente o possui e, *descritivamente*, o direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.⁴⁴

Ocorre que, como muito observado, os fatos se impuseram ao direito e a contemporaneidade nos revelara uma nova realidade: o proprietário já não mais desfrutava desta quase antropomórfica posição jurídica de absoluta soberania –

⁴² CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 104-105.

⁴³ A afirmação feita pelo professor Eroulths CORTIANO JUNIOR baseara-se no enunciado do art. 524 do CCB/1916. Contudo, a mesma permanece plenamente idônea à luz do Novo Código (art. 1.228 do CCB/2002), como se demonstra a partir de suas respectivas transcrições:

“Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”(CCB/1916)

“Art. 1.228. 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.” (CCB/2002)

⁴⁴ GOMES, O. *Direitos reais...*, p. 109.

situação esta concebida, no passado, como a relação entre o sujeito e o objeto – e a simples fórmula do *jus utendi et abutendi* não mais se revelava suficiente a descrever a relação jurídica proprietária.⁴⁵

Dentre os fatores preponderantes à revisão de conceitos dantes tidos por basilares, damos – ora – principal relevância ao vigoroso levante do ideal de uma *função social* para a propriedade junto ao mundo jurídico contemporâneo, pois como nos lembra o professor CORTIANO JUNIOR, a funcionalização do direito de propriedade promovera uma ruptura no discurso proprietário da modernidade⁴⁶, ao passo de não mais se conceber a definição da propriedade desvinculada de sua função social.

Claro que, como bem coloca o professor FACHIN, “daí a considerar que a *propriedade é uma função social* toma-se um passo, ao que parece, insustentável”⁴⁷, mas temos por certo que a função social encontra-se imbricada – hoje – na própria configuração estrutural do direito de propriedade, prestando-se como essência qualitativa a seu exercício.

O próprio Orlando GOMES, em texto que produziu em passado mais recente, revira sua idéia e – fortemente influenciado pela doutrina de Pietro PERLINGIERI – chegou a considerar a hipótese de a propriedade *ter e ser* uma função social⁴⁸. Mesmo não compartilhando da idéia professada pelo mestre, parece-nos de suma importância a colocação que o mesmo fizera consequentemente: “A propriedade seria uma situação jurídica subjectiva com a natureza de um poder (potestá) que encerra deveres,

⁴⁵ TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 36, vol. 306, p. 73-78, 1990, p. 74.

⁴⁶ CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 146.

⁴⁷ FACHIN, L. E. *A função social...*, p.19.

⁴⁸ GOMES, Orlando. A função social da propriedade. *Boletim da Faculdade de Direito. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia*, Coimbra, número especial, v. 2, p. 423-437, 1989. p. 431.

obrigações e ónus”⁴⁹

Como há tempos já colocava Miguel Sanchez de BUSTAMANTE:

“La verdad es que la propiedad entraña um derecho y um deber, en el sentido de que el primero importa reconocer la propiedad particular como la mejor forma de obtener el máximo provecho personal y colectivo compatible com la libertad individual, pero com el deber de que la explotación y el uso que se haga de ella, facilite em cierto modo uma participación de sus beneficios a quienes no la tienen, es decir, a los que contribuyen a obtener los frutos mediante su trabajo y a la sociedad em general, indirecta usufructuaria del recto manejo de los bienes.”⁵⁰

Pode-se – portanto – afirmar que, aos olhos do Direito contemporâneo, a propriedade permanece sendo o direito que confere a seu titular as facultades de usar, gozar e dispor da coisa, além de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Contudo, encerra em seu interior o dever de seu exercício “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”.⁵¹

E embora o texto legal ainda reste imerso em uma visão pandectista do Direito – ao desejar enclausurar em sede de lei especial todo o conteúdo relativo à funcionalização econômica e social da propriedade – ainda assim se revela de grande préstimo a demonstrar este misto de poder e dever que hoje melhor representa a situação proprietária.

⁴⁹ GOMES, Orlando. A função social..., p. 431.

⁵⁰ BUSTAMANTE, Miguel. Sanchez. de. *La propiedad*: limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del código civil. Buenos Aires: Libreria Jurídica, 1947, p. 33.

⁵¹ Transcrevera-se no trecho em comento o conteúdo do parágrafo primeiro do artigo 1.228 do CCB/2002.

2 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA

Muitos são o bens passíveis de sujeição ao assenhoramento humano. Ensina a doutrina clássica que seriam objeto do direito de propriedade os ditos bens corpóreos, isto é, coisas que – nas palavras de Clóvis BEVILÁQUA – integram o “mundo físico”⁵². Não obstante, tal posicionamento certamente não tange à unanimidade, pois – a guisa de exemplificação – o próprio BEVILÁQUA, em seus ensaios, admitia a integração de “coisas espirituais” ao patrimônio humano.⁵³

Aliemo-nos, ora, ao notável Orlando GOMES a quem “o fenômeno da *propriedade incorpórea* explica-se como reflexo do valor psicológico da idéia de propriedade, mas, embora esses direitos novos tenham semelhança com o de propriedade, porque também são exclusivos e absolutos, com eles não se confundem”⁵⁴, – conforme pregado pelo ilustre jurista e acatado em sede desta obra – para ser objeto do direito de propriedade, a coisa deve atender a três princípios: o da *materialização* ou *corporiedade*, o da *individualização* e o da *acessoriedade*.⁵⁵

Embasando a inclinação desta obra a uma conotação materialista da coisa, para fins do estudo da propriedade imobiliária urbana, pode-se fazer alusão a Gustavo TEPEDINO, o qual – em excerto de sua obra – afirmou que dentre tantas teorias contraditas, há um mínimo denominador comum na teoria dos bens, no que tange ao objeto do direito de propriedade imóvel. Afirma o civilista que – para tanto – há que se

⁵² BEVILÁQUA, C. op. cit., p. 9.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ GOMES, O. *direitos reais...*, p. 112.

⁵⁵ No tocante à *acessoriedade*, em nota de atualização contida na obra *Direitos Reais*, de Orlando GOMES, traz-se à luz o fato de o CCB de 2002 ter alterado a redação de seu antecessor – sita no art. 5º e, segundo a qual a coisa acessória seguiria necessariamente a principal – ao dispor, em seu art. 95, que apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico. Coevas, afirma-se que a base da acessoriedade não se altera, dado que bem acessório é aquele cuja existência supõe a do principal, consonante art. 92 do CCB/2002. (GOMES, O. *direitos reais...*, p. 113).

considerar o objeto do direito de propriedade em sua concepção mais estrita, como bem corpóreo concretizado em unidade distinta de todas as outras, integrando os direitos patrimoniais das coisas tão somente corpóreas e os direitos que com estas se relacionam e nelas estão radicados.⁵⁶

Façamos então o que restara, até presente momento, insinuado e – dentre os diversos bens sujeitos à apoderação humana – apuremos nosso foco nos chamados bens imóveis urbanos.

2.1 A INDIVIDUALIZAÇÃO E O CONCEITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA

Uma vez que definido o conceito de propriedade resta-nos – no âmbito deste tópico – individualizar o objeto sobre o qual o mesmo ora está a se sobrepor: o bem imóvel urbano.

Releva Gustavo TEPEDINO se tratar a qualificação dos bens imóveis de um processo peculiar, uma vez que os mesmos são – por sua natureza interdependentes – haja visto que se estendem pela superfície como um *continuum*, pois que uno é o solo.⁵⁷

Portanto, ao falarmos de bens imóveis temos de concebê-los como o destacamento de um excerto determinado do solo⁵⁸ – bem como o que lhe seja acessório – sobre o qual se exercem as faculdades proprietárias.

Alinhavando-se ao que fora antes exposto, tem-se por urbano o bem imóvel

⁵⁶ Ao elaborar tal assertiva, o professor Gustavo TEPEDINO inspirou-se nas letras de Caio Mário da Silva PEREIRA (*Condomínio e Incorporações*, p. 272) e Lacerda de ALMEIDA (*Direito das Coisas*, p. 20), como por ele fora relatado em: TEPEDINO, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 92.

⁵⁷ TEPEDINO, G. *Multipropriedade...*, p. 92.

⁵⁸ Salutar se faz a menção acerca do dispositivo de art. 1.229 do CCB/2002, segundo o qual a propriedade do solo abrange a do espaço aéreo e subsolo correspondentes, em altura e profundidade úteis ao seu exercício.

sito na chamada *zona urbana* ou *perímetro urbano*, que ora se conceitua por intermédio das palavras de Hely Lopes MEIRELLES:

Zona urbana ou *perímetro urbano* é a área territorial das cidades e vilas, mas o Código Tributário Nacional (Lei 5.172, de 25.10.1966) ampliou esse conceito para fins tributários, possibilitando sua extensão a áreas em urbanização ou de *expansão urbana*, ainda que descontínuas ou fora do núcleo urbano da cidade ou vila. O essencial é que a área tenha, pelo menos, dois dos cinco melhoramentos urbanos enumerados no Código Tributário Nacional ou se destine à urbanização ou à extensão de aglomerado urbano, através de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, para habitação, indústria ou comércio, e seja definida em lei municipal.⁵⁹

À guisa de um melhor entendimento, os mencionados melhoramentos são: meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; abastecimento de água; sistema de esgotos sanitários; rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar e escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 km do imóvel considerado (art. 32, § 1º, incisos I, II, III, IV e V, do CTN).

Nota-se o agir de dois critérios que coevos determinam o caráter urbano da propriedade. O primeiro, de cunho pragmático, analisa o bem imóvel de acordo com sua vocação – explica-se – exordiano seu conceito, Hely Lopes MEIRELLES imbricou sua definição de *zona urbana* ao conceito prévio do que sejam as cidades e as vilas. Sob a ótica privilegiada do autor, “as *cidade* e *vilas* são divisões urbanas, com perímetro certo e determinado, **para fins sociais de habitação, trabalho e recreação** no território municipal”⁶⁰ (grifos ausentes no original), residindo em ditos fins a urbanidade da coisa. Não obstante, tal conceito se relevaria insuficiente a individualizar a natureza urbana do bem, visto que possível a existência de aduzidas finalidades a bens tidos como rurais. Entra – então – em cena o segundo critério, este fático, que condiciona tal qualificação à existência de uma estrutura própria ao meio

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 77.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 76.

urbano que consiste, basicamente, em obras e serviços provenientes do Estado que, em última análise, destinam-se precipuamente à concretização de propalados fins sociais.

Ao fim e ao cabo, o que temos às vistas é um conceito dotado de uma dosada elasticidade, que nos permite admitir como urbano não só o imóvel sito em excerto de solo designado pelo nome de cidade ou vila, mas também aqueles – legislativamente nomeados de expansões urbanas – que, embora fincados alhures, têm natureza⁶¹ diversa da rusticidade e servem-se de infra-estrutura bastante a que se concretize em seu cerne o intento da urbanidade.

2.2 A URBE

O caminho percorrido em presente estudo urgira uma observação mais apurada a respeito do que se tem por urbanidade e a influência da urbe sobre o conceito proprietário.

Acerca da origem do fenômeno urbano, José Afonso da SILVA nos traz que as primeiras cidade formaram-se por volta do ano 3.500 a.C. no vale compreendido pelos rios Tigre e Eufrates, no atual Iraque; contudo – prossegue o autor – o fenômeno urbano só se manifesta significativamente a partir da primeira metade do século XIX. Assim, pode-se dizer que “embora as cidades existam há cerca de 5.500 anos, a urbanização constitui fenômeno tipicamente moderno”.⁶²

Como bem pondera Fustel de COULANGES, a cidade não surgira como um agregado de indivíduos, mas como uma confederação de muitos grupos já anteriormente constituídos e que a cidade acolhera e deixara subsistir⁶³, dando origem

⁶¹ Acerca da natureza urbana, o *Dicionário Aurélio*, mais especificamente em verbete *cidade*, arrola dentre as atividades que lhe são características: a mercantil, a industrial, a financeira e a cultural. (CIDADE. In: DICIONÁRIO Aurélio Básico de Língua Portuguesa, São Paulo: Nova Fronteira, 1995, p. 150).

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15-16.

⁶³ COULANGES, F. de. op. cit., p. 102.

a uma organização complexa, com diferenças de posições sociais e econômicas, especialização de trabalho não agrícola e divisão de classe.⁶⁴

Criava-se então uma nova estrutura para albergar novas necessidades, dentre as quais uma nova razão de ser para o assenhoreamento do bem imobiliário pelo homem. O urbanismo veio a inserir no ideal proprietário um vínculo até então desconhecido; o homem não mais retirava de seu imóvel o sustento de sua família por obra de seu labor – ou ao menos não necessariamente – e a propriedade pudera significar simplesmente a sua moradia, um reduto a seu lazer e descanso.

Com o decorrer do tempo – e, como dito, principalmente após o paradigma da modernidade – o conceito de urbe fora se especializando e hoje, para que um centro habitacional seja conceituado como urbano, torna-se necessária sua adequação a alguns – por assim dizer – requisitos: 1) densidade demográfica específica (fixada pela ONU em aproximadamente vinte mil habitantes); 2) profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; 3) economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; 4) existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios,⁶⁵ natureza esta que se estende aos imóveis sites em dados locais ou que lhe sejam correlatos, nos termos estabelecidos em item imediatamente anterior.

Com o advento da Revolução Industrial, iniciara-se em todo o globo um processo denominado pelos especialistas de urbanização, o qual – em poucas palavras – consiste no aumento da população urbana em detrimento da população camponesa (seja pelo êxodo, seja pela estagnação rural) e, em grande parte dos países, tal fenômeno fizera-se acompanhar de diversas mazelas; neles “a urbanização gera enormes problemas. Deteriora o ambiente urbano. Provoca a desorganização social, com carência de habitação, desemprego, problemas de higiene. Modifica a utilização

⁶⁴ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional...*, p. 16.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 18-19.

do solo e transtorna a paisagem urbana”.⁶⁶

Em resposta a tais problema, fizera-se mister a intervenção do poder público, por meio da prática da urbanificação: processo pelo qual são aplicadas um “conjunto de medidas estatais destinadas a organizar os espaços habitáveis, de modo a propiciar melhores condições de vida ao homem na comunidade”.⁶⁷

É sob essa nova ótica da propriedade urbana em que se insere o ideal de funcionalização social, com o fito de se garantir o bem-estar a todos os habitantes que convivem em meio à cidade.⁶⁸

2.3 A PROPRIEDADE URBANA E OS MOVIMENTOS SOCIAIS

O presente capítulo constitui-se de mirante cujo feitiço permite-nos, em meio à construção teórica dantes erigida, observar – mesmo que por um breve momento – uma parcela da realidade que nos cerca.

Avistemos algumas das faces sob as quais a realidade se apresenta e seus reflexos na ordem jurídica vigente.

Quando de sua construção literária acerca do discurso proprietário, o professor CORTIANO JUNIOR atentou-nos para a factibilidade de mudanças socioeconômicas alterarem profundamente a função e estrutura do Direito. Parafraseando-lhe, o surgimento de novos sujeitos e novas demandas, as mudanças de valores e a redefinição do papel do Estado – dentre outros fenômenos – acabam por

⁶⁶ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional...*, p. 21.

⁶⁷ MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 585.

⁶⁸ Luiz Edson FACHIN, sintetiza esse pensamento quando fala que “Enfrentar essa argüição é um mister imprescindível para colocar o direito rente à vida, a serviço desta e da realização de necessidades vitais. Significa, numa palavra, refletir sobre o espaço que deve ser o lugar de vida, no qual a potencialidade dos indivíduos e das pessoas em conjunto se manifesta e se desenvolve, e não apenas um traçado horizontal de confinamento e desterro.” (FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 85, v. 723, p. 107-110. jan. 1996, p. 107).

modificar as relações entre o privado e o público, entre o individual e o coletivo, entre o Estado e a sociedade civil.⁶⁹

Sejamos mais concisos e dentre a gama de fatores oportunizados pelo autor, centremos nossos esforços no confronto entre o *status quo* proprietário e o clamor por mudanças incorporado nos chamados movimentos sociais.

Diariamente, chega ao nosso conhecimento, por intermédio dos mais diversos meios de comunicação, a insuficiência do Estado em promover uma justiça retributiva no que concerne à propriedade, as malfeitorias promovidas por um crescimento desordenado e exagerado da urbe nas mais diversas regiões do globo, bem como muitos outros problemas que afligem não só a população pátria como grande parte da população mundial e que se revelam aos nossos olhos por meio de movimentos organizados por parte da sociedade civil, os quais descontentes com o *status* vigente, se insurgem contra o Estado e contra aqueles que desta conjectura extraem seus frutos.

À similitude de uma patologia sintomática, tais movimentos são – mais que um problema em si mesmos – o prenúncio de um mal maior, um aviso de que a aceção liberal de uma propriedade individualista e absoluta não se faz plena a assimilar as novas realidades advindas de uma sociedade complexa e repleta de carências, principalmente de cunho social.

Tomemos por nossos os acurados olhos de Boaventura de Souza SANTOS e contemplemos o que os mesmos aferiram acerca do tema:

O “fracasso” da política fundiária e o da política habitacional que lhe é concomitante (o déficit habitacional das classes trabalhadoras não deixa de crescer no mundo capitalista) são particularmente agudos nos Estados da periferia capitalista. Deles derivam que imensas camadas das classes trabalhadoras e do exército industrial de reserva (cada vez mais numeroso nos países do chamado terceiro mundo) são deixadas com a “solução das favelas ou bairros da lata. As medidas dos Estados perante estas “soluções” e as políticas de habitação popular no seu conjunto são mecanismos de dispersão cujo critério de selecção desenha o perfil da dominação política, ou seja, o perfil da relação repressão/legitimação do Estado com as classes populares. Dependendo de muitos factores, os mecanismos

⁶⁹ CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 206-207.

acionados podem ser repressão/exclusão (por exemplo, a remoção violenta das favelas), de trivialização/neutralização (por exemplo, tolerância para com as favelas, e a manutenção do *status quo* jurídico e social), ou de socialização/integração (por exemplo, legalização da posse ou propriedade seguida de urbanização).⁷⁰

Assim, como outrora escrevera Luiz Edson FACHIN, “entre a compreensão de direitos fundamentais (dentre eles o de moradia) e a efetividade do ter um abrigo e um teto segue ainda uma distância *amazônica*”⁷¹ e àqueles que purgam com o fardo da exclusão social pouco se oferece que não o caminho da clandestinidade.

Não obstante, Joaquim de Arruda FALCÃO – ao promover a apresentação da obra *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*, que nascera sob sua organização – ressalta que nem a eventual ilegalidade, nem a inviabilidade financeira tornam inexistente uma necessidade fundamental: a necessidade de se ter onde morar; ou dizendo juridicamente: a eventual ilegalidade e a inviabilidade financeira não extinguem o direito à moradia; apenas obriga as populações carentes a defenderem este direito por outros meios e um deles foi a invasão de terrenos urbanos não-produtivos.⁷²

Faz-se mister observar, ora , não ser nosso intento propalar a legalidade da violação proprietária; mas seu extremo oposto: o que temos por fito é uma reafirmação da concepção proprietária por meio da ventilação seu ideário – deixando-lhe permear a brisa venturosa da harmonia social –, promovendo “a emancipação dos sentidos num espaço urbano cujo solo seja mais abrigo e menos exclusão”.⁷³

Estamos a falar de um novo conceito de propriedade, adequado aos valores

⁷⁰ SANTOS, B. de S. O estado..., p. 67.

⁷¹ FACHIN, L. E. A cidade..., p. 109.

⁷² FALCÃO, Joaquim de Arruda (Coord.). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. VIII.

⁷³ FACHIN, L. E. A cidade..., p. 109.

que regem esta nação – exteriorizados por nossa Magna Carta em seu Preâmbulo ⁷⁴ –, uma propriedade obrigada pelo encargo do cumprimento de sua função social e, por conseguinte, destinada à minoração das desigualdades sociais e ao fomento de atividades econômico-produtivas; em suma, destinada a promover dignidade ao homem.

3 A FUNÇÃO SOCIAL

O conceito⁷⁵ de *função social* não tivera sua gênese no cerne do meio acadêmico jurídico; na verdade, o mesmo fora tomado por empréstimo da Sociologia. Portanto, não há meios de se conceber o real significado da *função social* sem nos remetermos a sua origem sociológica.

Em seus *Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica*, Florestan FERNANDES nos explica que ao longo de sua história, o termo *função social* recebera, na sociologia, quase tantas definições, quantos foram os contextos de pensamento aos quais fora incorporado.⁷⁶ Isto posto, importou-se tão eminente sociólogo com promover uma sistematização de tais diversas concepções em três grandes grupos: a Concepção Teleológica, a Concepção Mecanicista e a Concepção Positiva.

Segundo a Concepção Teleológica, a função é entendida – logicamente –

⁷⁴ O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, assim dispõe:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o 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 e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.”

⁷⁵ Conceito, aqui, é tido não como a simples idealização do fato, mas como a síntese de sua cognição exauriente.

⁷⁶ FERNANDES, Florestan. *Fundamentos Empíricos da Explicação Sociológica*, São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959, p. 254.

como sinônimo de “fim”, sendo este postulado como algo inerente ao modo pelo qual as necessidades humanas são satisfeitas, através da organização cultural das atividades sociais.

Aos mecanicistas, a função deveria ser entendida, também logicamente, como uma relação de correspondência entre um fato social e seus efeitos socialmente úteis, mas os elementos dessa relação sempre seriam determinados, nunca determinantes.

Por fim, à Concepção Positiva, a função é entendida, logicamente, como uma relação de interdependência entre uma atividade parcial e uma atividade total ou entre um componente estrutural e a continuidade da estrutura, em suas partes ou como um todo, representando-se os elementos dessa relação, de modos diversos e em graus variáveis, quer como determinados, quer como determinantes.⁷⁷

Não obstante, no percurso dos traços de sua exímia pena, FERNANDES colma sua digressão sobre o tema com a afirmação de que “as três noções de função social se ligam entre si, quer por caracteres que possuem em comum, quer por causa de responderem, de modos diversos, a questões essenciais para a explicação do mesmo fenômeno, quer ainda porque elas se pressupõem e se completam”.⁷⁸ Urgindo – por conseguinte – a concepção de uma definição suficientemente inclusiva para compreender as demais acepções heurísticas do termo e dotada de dinamicidade bastante a adequar-se às presentes e vindouras elaborações acerca do tema.

Eis – então – que, a locupletar tais carências surgiram ao mundo científico sociológico duas primorosas teorias, quais sejam: a de RADCLIFFE-BROWN e de MERTON.

A RADCLIFFE-BROWN, a função de qualquer atividade recorrente (por oposição àquelas puramente idiossincráticas ou efêmeras) reside no seu contributo

⁷⁷ As três concepções trazidas são conteúdo de um quadro sinóptico trazido por Florestan FERNANDES em obra antes mencionada (p. 255).

⁷⁸ FERNANDES, F. op. cit., p. 264.

para à manutenção da continuidade de uma dada estrutura, ao passo que na concepção de MERTON, as funções seriam conseqüências observadas que visam à adaptação ou o ajustamento de um dado sistema.⁷⁹

Conciliando ambas as teorias e dando traços finais a uma concepção sociológica de função social, Florestan FERNANDES assim se manifesta:

“Função social – é a conexão que se estabelece quando unidades do sistema social concorrem, com sua atividade, para manter ou alterar as adaptações, os ajustamentos e os contrôles sociais de que dependam a integração e a continuidade do sistema social, em seus componentes nucleares ou como um todo. Por unidade do sistema social deve-se entender todo e qualquer elemento (ação, relação, posição, personalidade, grupo, instituição, camada, etc.), que possa fazer parte de conjuntos interdependentes de fenômenos sociais e desempenhar dentro deles, independentemente de sua própria constituição ou complexidade, uma influência característica.”⁸⁰

Trata-se esta da definição sobre a qual se erigirá a acepção jurídica do termo *função social* de que se fará uso doravante aos fins pretensos à presente obra.

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL E O DIREITO

Dissemos antes que o Direito retirou da Sociologia um conceito para a função social, uma vez que fora este o ramo do saber humano que dotara a questão funcional de um rigor científico bastante a que dela se extraísse uma definição satisfatória a seu pleno entendimento. Todavia, a idéia de destinação social da propriedade há muito já habitava as mentes humanas.

Comenta Gustavo TEPEDINO que, contrariamente ao propalado por alguns autores, o tema *função social* não representa uma inovação dos tempos atuais, mas algo que reticentemente vem sendo estudado “ao menos”⁸¹ desde à doutrina Cristã da

⁷⁹ As teorias de RADCLIFFE-BROWN e MERTON foram sintetizadas a partir do estudo de Peter WORSLEY (WORSLEY, Peter. *Introdução à sociologia*. 5. ed. Lisboa: D. Quixote, 1983, p. 177-178).

⁸⁰ FERNANDES, F. op. cit., p. 268.

⁸¹ Ao utilizar-se da expressão “ao menos” o ilustre civilista e constitucionalista parece concordar com aqueles que aferem das palavras de grandes filósofos gregos e de textos esparsos do

Idade Média. Segue o autor dizendo que a preocupação da utilização da propriedade para o bem comum é presença constante na *Suma Teológica* de São Tomás de AQUINO, a quem os bens disponíveis na terra pertenceriam a todos, sendo destinados provisoriamente à apreensão individual.⁸²

Como fora sintetizado por Caio Mário da Silva PEREIRA, em artigo que denominou *Evolução do direito de propriedade*, a função social da propriedade constitui-se de um conceito relativo e historicamente maleável, de acordo com a tábua axiológica inspiradora da doutrina e do sistema positivo de cada época.⁸³

Assim, *a posteriori*, para os jusnaturalistas – inspirados em critérios de equidade e justiça superlegislativa, a função social da propriedade traduzir-se-ia na necessidade da utilização do bem enquanto instrumento de realização da justiça divina, enquanto que aos liberais, a propriedade cumpriria necessariamente sua função social pela própria apropriação em si, como forma máxima de expressão e de desenvolvimento da liberdade humana.⁸⁴

Ainda no que tange à doutrina eclesiástica da propriedade, há que se destacar o papel exercido pela Encíclica Papal *Rerum Novarum* de LEÃO XIII, escrita em 1891, a qual “reconheceu à propriedade privada sua função social, sua função de utilidade comum a todos, deixando a salvo, contudo, a iniciativa privada, garantindo, desta forma, a liberdade e a dignidade humanas”.⁸⁵ Tratou-se de um marco que veio a influenciar o rompimento institucional do pensamento católico – que à época gozava

Direito Romano (já inspirados pelo Cristianismo) um vestígio do que hoje concebemos como função social, ainda que insuficientemente exaurientes para que os concebemos como o termo inicial de nossos estudos.

⁸² TEPEDINO, G. *A nova propriedade...*, p. 74.

⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Evolução do direito de propriedade*. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 11, n. 1/2, p. 219-230, 1982.

⁸⁴ TEPEDINO, G. *A nova propriedade...*, p. 74.

⁸⁵ HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 103.

de uma influência extremamente acentuada sobre o Direito – com o absolutismo proprietário.

Fora, porém, a partir da Primeira Guerra Mundial – e, mais apropriadamente, há que se dizer em razão dela – que o Estado, antes relegado à função de garantir a sacralidade e a inviolabilidade proprietária, passou a intervir na economia no intuito de promover um abrandamento das então crescentes desigualdades sociais e, por suposto, atender – pelo menos em suas necessidades básicas – ao contingente marginalizado da população.

Vejamos, o que sobre o tema escrevera Gustavo TEPEDINO:

Países como a França, Inglaterra e Itália sofrem radical alteração legislativa, processo identificador do chamado *Welfare State*, *État Providence* ou *Stato del Benessere*, Estado assistencialista que não mais se limita a mediar as relações privadas e ditar as regras do jogo, passando a intervir incisivamente em busca de objetivos fundamentais de justiça social. A meta da justiça retributiva, conquista da revolução francesa, dá lugar à justiça redistributiva, com o acentuado intervencionismo estatal e dirigismo contratual que, no Brasil é fartamente documentado a partir dos anos 30.

A propriedade passa a ter uma função central de redistribuição de rendas. A titularidade da situação proprietária passa a implicar, para o seu titular, no concomitante respeito a crescentes situações não proprietárias.⁸⁶

Por derradeiro, não há como se falar da relação entre função social e Direito sem se tocar a teoria de negação da propriedade como um direito subjetivo proposta por Leon DUGUIT, para o autor:

A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.⁸⁷

⁸⁶ TEPEDINO, G. *A nova propriedade...*, p. 74.

⁸⁷ O trecho da obra de Duguit fora traduzido e transcrito em: GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 403.

Segundo DUGUIT, o homem corresponderia a um instrumento a serviço da sociedade e sob o referencial da função social que lhe fora incumbida, haveria de fazer uso de sua propriedade segundo os ditames dos deveres sociais. Como escreve Giselda HIRONAKA por menção à DUGUIT, “ninguém possui mais direitos senão aqueles de cumprir com seus deveres”.⁸⁸

Fora do solo semeado por mencionadas teorias que brotaram as atuais concepções da funcionalização da propriedade privada, as quais serão – doravante – o foco de nossos esforços acadêmicos.

3.2 FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO GERAL DE ATUAÇÃO JURÍDICA

Dentre os ideais que hoje circundam a questão da propriedade socialmente funcionalizada, aliamos-nos à vertente que avista a função social como uma espécie de conceito jurídico em aberto, um instituto de natureza principiológica a guiar o norteado direito subjetivo a rumos mais adequados ao bem-estar comum e aos fins sociais do Estado. Nesse sentido, podemos citar Francisco AMARAL NETO:

A função social é, por tudo isso, um princípio geral de atuação jurídica, um verdadeiro *standard* jurídico, uma diretiva mais ou menos flexível, uma indicação programática que não colide nem ineficaciza os direitos subjetivos, apenas orienta o respectivo exercício na direção mais consentânea com o bem comum e a justiça social. Podem assim coexistir o direito subjetivo e o *standard* jurídico, e conceitos até então considerados incompatíveis, como direito e função, coexistem na realidade legislativa, em nível de princípios.⁸⁹

A caracterizar esse *status* principiológico – atribuído à função social por Francisco AMARAL NETO em doutrinação supra-disposta – muitas e contraditas são as teorias propaladas. Isto posto, deixamos a cargo de um mestre a tarefa de determinar, em meio ao sistema jurídico vigente, o que são princípios. Segundo José Joaquim

⁸⁸ HIRONAKA, G. M. F. N. op. cit., p. 106.

⁸⁹ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia*, Coimbra, número especial, v. 2, p. 5-41, 1989, p. 39.

Gomes CANOTILHO, são critérios idôneos a tal função:

- a) *Grau de abstracção*: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade no sistema* das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os princípios são «standards» juridicamente vinculantes radicados nas exigências de «justiça» (DWORKIN) ou na «ideia de direito» (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogenética*: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.⁹⁰

É ante ao exposto que vislumbramos na funcionalidade social o carácter de *quadro* ou *moldura* outrora proposto por Kelsen, isto é, a função social representaria a moldura “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo o acto que se mantenha dentro desde quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”⁹¹.

Assim, é certo que a função social tem para si um conteúdo jurídico determinado – quer em sede constitucional, quer em nova codificação civil – e este será tratado avante em presente obra; todavia, o que estamos, ora, a defender é que a função social não se limita ao seu conteúdo mínimo positivado “já que a utilidade

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 166-167.

⁹¹ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Coimbra: A. Amado, 1979, p. 466-467.

social de certos comportamentos não pode ser medida ou colocada *a priori*, exigindo uma constante reconstrução por parte do aplicador⁹², podendo, pois, ir além, desde que *a pintura não exceda aos limites do quadro*.

Portanto, ao aplicador incumbe-se a tarefa de analisar, no caso concreto, o modo como o direito subjetivo vem sendo exercido e então ponderar pela manutenção ou adequação do *status quo* em diapasão com os preceitos que regem a funcionalidade social na ótica do paradigma vigente.

3.3 A FUNÇÃO SOCIAL APLICADA À PROPRIEDADE

Começemos nossa abordagem ao tema com uma das exteriorizações mais marcantes da inserção da função social no mundo proprietário. Como visto preteritamente, ao tanger o direito à propriedade, a questão funcional assume um caráter de ruptura e reconstrução: a função social veio a instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao até então hegemônico conceito estático⁹³, representando uma projeção da reação anti-individualista no seio da propriedade.

Eis que como observa o professor FACHIN, a função social passou a eliminar da propriedade privada tudo o que havia de eliminável⁹⁴, colocando-a em congruência com os atuais interesses sociais. Ou ainda, nos dizeres de Gustavo TEPEDINO:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de

⁹² CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 147.

⁹³ FACHIN, L. E. *A função...*, p.19.

⁹⁴ *Id.*

propriedade.⁹⁵

Ante ao exposto, alguns não de dizer que estamos a propalar, então, a total bancarrota do regime proprietário. A estes dizemos que o que estamos a defender é exatamente o oposto, a função social da propriedade, embora represente um freio ao exercício anti-social da propriedade, não lhe retira todo o seu gozo e exercício; pelo contrário, muitas vezes é ela a mola propulsora do exercício da senhoria, pois representa uma reação contra os desperdícios da potencialidade da mesma⁹⁶. Isto significa que a propriedade, mesmo concebida e tutelada sob a égide de sua função social, continua sendo direito subjetivo de seu titular e em seu proveito estabelecida.

Vamos além, a propriedade permanece elencada por nossa Constituição, em *caput* do art. 5º, como um dos direitos basilares a todos os residentes no País e a inserção da funcionalidade social só fizera por aumentar seu prestígio e a potencialidade de seu exercício.

Prestigia, primeiramente, no sentido em que corresponde a uma formulação contemporânea de legitimação do título que encerra a dominialidade⁹⁷, isto é, aquele que a preza garantirá para si a *perpetuidade* de seu direito, sob a proteção da Lei Fundamental. Mas também prestigia porque, segundo José Afonso da SILVA, garante a preservação de seu conteúdo mínimo – segundo o autor, função social e conteúdo mínimo são aspectos complementares do direito de propriedade – contra qualquer tipo de ação expropriatória injustificada ou supressão por via legislativa.⁹⁸

E potencializa seu exercício ao exigir de todo o proprietário que

⁹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 321.

⁹⁶ GONDINHO, A. O. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, G. (Coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 418.

⁹⁷ FACHIN, L. E., *A cidade...*, p. 108.

⁹⁸ SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional...*, p. 282-283.

simplesmente faça da coisa algum uso, desde que regular e apropriado aos fins que se destina⁹⁹.

Podemos então argüir que o direito propriedade ainda denota-se como de grande valia em nossa sociedade, bem como que suas faculdade de usar, gozar, fruir e dispor da coisa e persegui-la contra quem injustamente a possua ou detenha ainda se fazem dignas de guarda tanto pelo estatuto do homem comum como pela lei fundamental. O que o instituto da função social veio a mudar fora o legado de mazelas promovidas pela sua concepção absolutizada; nos dizeres de Eroulths CORTIANO JUNIOR, não mais há propriedade sem função social, pois o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social.¹⁰⁰

4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA

Aferimos das lições de Gustavo TEPEDINO que uma correta compreensão da função social da propriedade inicia-se com a assimilação de que a mesma possui uma configuração flexível, no sentido em que refuta toda forma de *apriorismo ideológico* ao passo em que se molda à conjectura contemplada pela normatividade vigente. Afirma o autor – e em nossa opinião, com muita sapiência – que a função social modifica-se de estatuto para estatuto, conquanto em conformidade com os preceitos

⁹⁹ “O proprietário de prédio urbano, por exemplo, que nele reside com sua família, ou que o aluga ou empresta para a moradia de outrem, exerce o seu domínio de forma consoante como princípio da função social da propriedade, mesmo que esta ocupação residencial pouco contribua, individualmente, para a redução do grave déficit habitacional existente em nossos centros urbanos. O mesmo não se poderá dizer do proprietário de prédio urbano que mantém seu imóvel fechado, especulando e agravando, com sua desídia, os graves problemas de moradia suportados pela população brasileira.” (GONDINHO, A. O. Função social..., p. 427-428).

¹⁰⁰ CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 184.

constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.¹⁰¹

Falemos então de uma das faces assumidas pela função social: a face urbana. Fora a própria Constituição que – meditamente em nosso Direito Positivo – optara por discernir a funcionalidade social urbana e a rural. Nesse sentido assinala o professor CORTIANO JUNIOR:

A Carta de 1988 trata, separadamente, da função social da propriedade urbana e da propriedade rural. Em relação àquela determina que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*). A função social da propriedade urbana está vinculada ao entendimento das “exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” municipal (art., 182, §2º). No plano diretor de cada município haverá a necessária compatibilização entre a propriedade urbana e sua função social, de acordo com as peculiaridades de cada cidade, apuradas concretamente.¹⁰²

Atribuições distintas para naturezas distintas: a propriedade urbana, diferentemente da propriedade agrícola, é o resultado da projeção da atividade humana, de seu espírito cultural¹⁰³. O homem ergue a cidade ao seu intento, adornando-lhe com obras construídas conforme sua conveniência e necessidade e subjugando o meio ambiente a seu espírito inventivo.

A função social urbana reside, ante ao exposto e acima de tudo, em um sistema de *freios* e *contrapesos* que visam conciliar interesses individuais e coletivos, econômicos e ecológicos, necessidade e comodidade; enfim, harmonizar o crescimento da urbe e o bem-estar de seus habitantes.

Acerca do tema, discursara com probidade Kátia Magalhães ARRUDA:

Significa dizer que a cidade possui funções sociais a desenvolver, o que apenas serve para reafirmar que qualquer propriedade assentada nessa cidade há de possuir, por consequência, uma função social que venha a compatibilizar com as próprias funções da cidade, tais como um meio ambiente ecologicamente equilibrado, vias de acesso e trânsito razoáveis, edificações ventiladas e com distâncias mínimas, garantias de habitação,

¹⁰¹ Tal posicionamento é uma síntese do pensamento expresso por Gustavo TEPEDINO em: TEPEDINO, G. Contornos..., p. 322.

¹⁰² CORTIANO JUNIOR, E. op. cit., p. 181.

¹⁰³ SILVA, J. A da S. *Direito urbanístico...*, p. 67.

recreação e trabalho, entre outras que assegurem uma boa convivência entre os cidadãos¹⁰⁴

Mas função social urbana também é o respeito às exigências fundamentais de ordenação da sociedade expressas no plano diretor, que representam a positivação dos ideais que norteiam a política de desenvolvimento urbano¹⁰⁵, sendo facultado ao Poder

¹⁰⁴ ARRUDA, Kátia Magalhães A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 123, p. 313-319, out./dez. 1996, p. 316.

¹⁰⁵ O arrolamento destas diretivas restam expressos no art. 2º e respectivos incisos da Lei n.º 10.257/2001, também denominada de Estatuto da Cidade:

“Art. 2º. A política urbana tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V- oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão de infra-estrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;

Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, nos termos de lei federal, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de sucessivos: I – parcelamento ou edificação compulsórios; II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III – desapropriação (art. 182, § 4º, incisos I, II e III da CF/88).

O uso do solo privado passa – segundo Orlando GOMES – a se subordinar a diretrizes traçadas pelo Poder Público em planos reguladores e *standards* jurídicos que ao autor representariam um verdadeiro encarceramento da propriedade¹⁰⁶. Outrossim preferimos acreditar que esse arcabouço de que se cercara a propriedade imóvel urbana

VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência;

VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência;

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais;

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização dos imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais;

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.”

¹⁰⁶ GOMES, O. *Direitos reais*, ..., p. 117.

representa um mero liame protetivo erguido a intento não de cercear a vontade individual, mas de condicioná-la ao interesse coletivo.

4.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA COMO INSTITUTO JURÍDICO DOTADO DE EFETIVIDADE

Fitamos aqui demonstrar que independentemente de seu caráter principiológico e, por suposto de seu alto grau de abstração, a função social possui uma aplicabilidade direta, visto que se revestira de um aparato jurídico coercitivo bastante a que sua não aplicação gere ao proprietário sanções de ordem administrativa.

A primeira sanção que comentaremos é aquela prevista em art. 182, § 4º, inciso I da Constituição Federal e consiste no parcelamento ou edificação compulsórios, regulamentado pelos artigos 5º e 6º da Lei n.º 10.257/2001.

Como nos explica Orlando GOMES, o parcelamento é permitido em duas modalidades: o loteamento e o desmembramento e consistem, um e outro, na divisão de determinada gleba em *lotes* destinados à edificação; distinguindo-se – entretanto – porque no *loteamento* há a abertura de novas vias de circulação, ao passo que, no *desmembramento* há o aproveitamento do sistema viário existente.

Já a edificação, como já deve se fazer suposto, consiste na dotação do imóvel de obra edilícia condizente sua vocação social.

Tanto o dever de parcelar o solo, quanto o dever de edificar são obrigações de caráter *propter rem*¹⁰⁷ decorrentes do exercício proprietário em dissonância com sua função social, caracterizado – nos termos do *caput* do art. 182 da CF/88 – pela sua não

¹⁰⁷ “O vínculo obrigacional de caráter *propter rem*, aqui, impõe penalidade pela inatividade do proprietário, se este deixar de destinar seu imóvel para os fins definidos no plano diretor da cidade” (CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. São Paulo: Renovar, 2000, p. 19).

utilização, subutilização ou não edificação¹⁰⁸.

Prevê o mesmo art. 182, § 4º, em seu inciso II, de maneira sucessiva, a oneração do bem anti-social por meio de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo.¹⁰⁹

Segundo determina o Estatuto da Cidade (art. 7º, parágrafos 1º e 2º), durante o prazo de cinco anos o Município poderá proceder a majoração do IPTU em níveis que não excedam a duas vezes o valor referente ao ano anterior e que respeitem a alíquota máxima de 15%. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não seja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima até que se cumpra a referida obrigação.

Conforme prerrogativa prevista no art. 8º da Lei 10.257/2001, decorridos os cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que se obtenha êxito na promoção da função social da propriedade imobiliária urbana, poderá o Poder Público municipal proceder a desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (também previsto em art. 182, § 4º, III da CF/88). Trata-se do que José Afonso da SILVA denomina de *desapropriação-sanção*, isto é, a privação forçada da propriedade destinada a punir o descumprimento de deveres ou ônus urbanísticos fundados na função social da propriedade urbana.¹¹⁰

Por fim, o art. 183 da Constituição prevê a *usucapião pró-moradia* (denominação também utilizada por José Afonso da SILVA), destinada àquele que

¹⁰⁸ Como resta disposto em art. 5º, § 1º, I, da Lei n.º 10.257/2001, considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente.

¹⁰⁹ Após extensas discussões acerca da progressividade do IPTU para fins de adequação da propriedade a seus fins sociais, o STF se manifestou pela sua constitucionalidade e o fizera por meio da Súmula 668, segundo a qual “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”(grifou-se).

¹¹⁰ SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 794.

possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, o qual lhe adquirirá o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Eis que meios existem a que a urbe exija de seus habitantes uma conformação a seus intentos sociais, o que se espera é uma maior vontade política de nossos governantes para que finalmente tenhamos na cidade uma reserva de dignidade e harmonia.

4.2 A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA ADEQUADA A SUA FUNÇÃO SOCIAL

O ideal da propriedade imobiliária urbana socialmente funcionalizada, como se apura a partir do que fora comentado ao longo do presente trabalho, não pode ser tido como um conceito padronizado – fixado na *letra morta* da lei – ao qual todos nós munícipes devemos nos submeter de maneira formalmente igualitária e ao qual servimos como a uma iconoclastia da propriedade padrão.

Como dissera Orlando GOMES: “A despeito, porém, de ser um conceito geral, sua utilização varia conforme a vocação social do bem no qual recai o direito – conforme a intensidade do interesse geral que o delimita e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional”.¹¹¹ Como outrora dissemos, por vezes a nossa simples moradia em um imóvel residencial no centro de uma grande cidade, explorando – pois – em sua plenitude, sua vocação de servir-nos como lar, já acaba por imbuir o bem de sua finalidade social.

Em tom diverso ao apregoado por alguns extremistas, a função social não é sinônimo de *comunização* do bem ou muito menos *carta livre* a que o Estado dite opressivamente a sorte a qual devemos entregar nossos bens.

¹¹¹ GOMES, O. *Direitos reais...*, p. 129.

Trata-se, pura e simplesmente, da submissão do antigo poder proprietário absoluto a um critério de ponderação, no qual em prato avesso da balança encontra-se o bem-estar da comunidade que lhe faz cercania. Tal ponderação, hoje, se faz intrínseca à propriedade e se trata daquilo que antes chamamos de relação poder-dever.

Eis o porquê de a funcionalidade social distinguir-se das chamadas limitações administrativas. Novamente fazemos uso das lições de Orlando GOMES, a quem essas “técnicas também são aspectos da modernização do direito de propriedade, mas aspectos distintos de sua concepção finalística, limitações, vínculos, ônus comprimem a propriedade porque outros interesses mais altos se alevantam, jamais porque o proprietário tenha deveres em situação passiva característica”.¹¹² Claro que, assim como visto no fluir do presente trabalho, a função social vai buscar seu conteúdo também nos mais altos interesses da sociedade; todavia, a mesma se difere das chamadas limitações exatamente por se incorporar à noção de propriedade, por lhe ser tão intrínseca que acaba por condicioná-la.

A propriedade privada urbana é, como ressalta Melhim Namem CHALHUB, além de qualquer conceito, “essencialmente condicionada a sua própria utilidade”¹¹³. Podemos, então, dizer que a propriedade imobiliária urbana adequa-se a sua função social ao respeitar o que sobre o assunto versa o plano diretor, mas hemos também de dizer que isso só não basta; a função social da propriedade urbana está no proprietário, mas também no não-proprietário; está não somente nas necessidades vindouras, com as quais havemos de um dia nos confrontar, mas também nos acompanha nos pequenos assuntos cotidianos; está na satisfação pessoal do gozo do bem, mas também na satisfação dos interesses coletivos; pois: “Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na

¹¹² GOMES, O. *Direitos reais...*, p. 129.

¹¹³ CHALHUB, M. N. *op. cit.*, p. 15.

dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contacto com a chamada norma viva.”¹¹⁴

5 A RECEPÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL PELO PODER JUDICIÁRIO

Inicialmente, iremos estudar um interessante caso de ação reivindicatória que versara sobre a ocupação irregular de um imóvel loteado por uma favela em São Paulo. Em primeira instância a ação fora julgada procedente, uma vez que repelida a hipótese de usucapião, e os réus condenados a promover a imediata desocupação da área, fora-lhes também rechaçado o direito de retenção face à existência de benfeitorias no imóvel e, por fim, lhes fora sentenciado o dever de indenizar ao proprietário pela ocupação indevida do bem desde o ajuizamento da demanda.

Eis que ao serem remetidos os autos ao Juízo hierarquicamente superior, *in casu*, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sua Colenda Turma assim se manifestara:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA; Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos – Função social da propriedade – Lotes de terreno urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados, fazendo, assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos lotes urbanos caracteriza uso anti-social da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários de pleitear indenização contra quem de direito. (TJSP – 8ª Cam., Ap. Cível n.º 212.726-1-8, São Paulo, Rel. Des. José Osório, j. 16.12.1994)

O teor da sentença revela-se uma verdadeira aula acerca do que se deve conceber como propriedade socialmente funcionalizada, e por conseguinte será – doravante - objeto de nosso mero comentário:

Descreve a sentença tratar-se o imóvel objeto da lide de:

(...) favela consolidada , com ocupação iniciada há cerca de 20 (vinte) anos. Está dotada,

¹¹⁴ TEPEDINO, G. *Contornos...*, p. 326-327.

pelo Poder Público, de pelo menos 03 (três) equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. As fotos de fls. 10/13 mostram algumas obras de alvenaria, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira, etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto.

Então, começa o ilustre relator Desembargador José OSÓRIO, a traçar suas considerações. Segundo professa o magistrado, “o objeto da Ação Reivindicatória é, como se sabe, uma coisa corpórea, existente e bem definida”, contudo – prossegue – “no caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existe. É uma ficção”, pois:

Os lotes de terreno reivindicados e próprio loteamentos não passam há muito tempo de mera abstração. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos, lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os 09 (nove) lotes reivindicados residem 30 (trinta) famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestado, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.

Ora pois, manifesta-se, “a realidade concreta prepondera sobre a ‘pseudo-realidade jurídica-cartorária’. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade”.

Ainda, revela o magistrado fabulosa sensibilidade social quando assim se profere:

O desalojamento forçado de 30 (trinta) famílias, cerca de 100 (cem) pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior e extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito.(...)

Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

O acórdão em comento demonstra-se, também, assertivamente adequado ao que sobre o assunto versam os grandes mestres civilistas e constitucionalistas acerca do fenômeno da *constitucionalização* do Direito Civil. Senão vejamos:

O atual direito positivo brasileiro não comporta ao pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo artigo 524 do CC.

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.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (artigos 5º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2º; 184; 186; etc.).

Encerra, pois, o relator com uma colocação digna de todo o nosso apreço: “Assim, o referido princípio [da função social] torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios que lhe são submetidos”.

Fizera-se o relator, ante a seu refinado trato jurídico do tema, acompanhar de seus pares, razão pela qual o *jus reivindicandi* fora tido como neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade; apropriadamente, reconheceu-se a permanência de eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito e ante ao exposto, fora dado provimento ao recurso dos réus no sentido de julgar improcedente a ação, restaram invertidos os ônus da sucumbência e prejudicado o Recurso dos autores.¹¹⁵

Conquanto não verse exatamente sobre a questão urbana – mas sim de uma questão rural –, trazemos a baila a decisão proferida em um acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná no escopo de demonstrar o amplo leque de possibilidades de aplicação da funcionalidade social. Nesta lide, o Tribunal assim se posicionara:

¹¹⁵ Ressalta-se aqui para o fato de a sentença antecipar o que hoje se constitui disposição expressa em lei, como se afere do conteúdo do art. 1.228, parágrafos 4º e 5º, da Lei n.º 10.406/2002:

“Art. 1.228. (...)

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

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

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DE INTERESSES HOMOGÊNEOS AFETOS A INFÂNCIA E JUVENTUDE, COM PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL. ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO A INTEGRIDADE FÍSICA. ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.

É dever legal e constitucional do réu zelar para que a sua propriedade exerça sua função social com a garantia de passagem segura das crianças e adolescentes que a utilizam como acesso à escola. (TJPR – 4ª Cam., Ap. Cível n.º 100.459-5, Siqueira Campos, Rel. Des. Eugênio Achille Grandinetti, j. 11.09.2002)

Falamos outrora na questão da função social como um princípio geral de atuação jurídica e acreditamos ter encontrado em mencionado acórdão um exemplo de como tal construção pode ser albergada em nossa jurisprudência.

No caso em tela, a Colenda Câmara Julgadora ponderara a individualidade proprietária e a dignidade das crianças e adolescentes que – por necessidade – transpunham o imóvel em seu itinerário rumo à escola e nesse excerto do percurso tinham sua integridade física posta em risco ante à omissão do proprietário em promover a guarda de seus animais. Nesse sentido manifestou-se: “O uso de direito de propriedade não é absoluto e jamais poderá ser colocado em patamar superior ao direito à integridade física e à vida das pessoas. É dever legal e constitucional do apelante zelar para que a sua propriedade exerça a sua função social com a garantia segura das crianças e adolescentes que a utilizam como acesso à escola”.

Gratamente, preponderara aqui também a dignidade humana, sendo a função social da propriedade instrumento idôneo à sua concretização, servindo ao caso específico de luzeiro a que se alumiasse de solidariedade a questão proprietária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza terminativa do presente excerto nos faz refletir sobre o real intuito da presente obra: o aprendizado. É – pois – em homenagem a esse notável processo pelo qual passamos ao longo de nossos esforços que nos reportamos ora a um grande docente. Ao discorrer sobre o mesmo tema, Orlando GOMES arrematara o fino riscar de sua pena afirmando que: “Nesses traços confusos de um instituto em crise, que revelam a inadequação de suas formas tradicionais, todavia não deve o jurista desesperar; mas lhe cumpre «divisar uma evolução lógica e transparente» e, como falou LUCKACS, procurar compreender e aliviar as dores do parto de um mundo novo que está para nascer”¹¹⁶

Permitamo-nos fazer alusão à transcrita metáfora para perceber a *constitucionalização* do Direito Civil como a concepção – o trazer ao mundo – de novas idéias que hão de crescer, amadurecer e se reproduzir; hão portanto de *avivar*, de *humanizar* a legislação do homem comum: o Direito Privado.

Nesse sentido, assim se pronunciara Luiz Edson FACHIN:

Sobreleva verificar tal sentido ao alcance de hermenêutica crítica e construtiva, à luz dos postulados do Direito Civil contemporâneo. Do código patrimonial imobiliário rumou-se para a “repersonalização” das relações jurídico-civis. Essa travessia em curso, apanhando como marco histórico a Constituição Federal de 1988, recolhe a contribuição doutrinária crítica que funda as bases do Direito Civil contemporâneo e ancora-se num ponto de partida que não se esgota no direito posto. Alça vôo na centralização da temática jurídica em torno da pessoa. Enfrenta, ainda, as turbulências que flutuam na interseção do Código e da Constituição, e capta, por aí mesmo, o novo desenho dos espaços público e privado, iluminando, nesse cenário, a “funcionalização” das titularidades.¹¹⁷

É em meio a esse *cenário* que inserimos a função social como o luzeiro a guiar a propriedade – urbana e rural – a rumos mais condizentes com a dignificação do homem, hoje o centro do direito privado constitucionalizado.

¹¹⁶ GOMES, O. A função..., p. 437.

¹¹⁷ O frasear mencionado é parte da Introdução realizada pelo professor Luiz Edson FACHIN à obra de Orlando GOMES (GOMES, O. *Direitos reais...*, p. 5).

E, embora tenhamos, em nossa jornada, nos deparado com quem não lhe visse com *bons olhos*¹¹⁸, concebendo-a como não mais do que um mero discurso ideológico, ainda acreditamos estar na função social o germe da solidarização proprietária em sede de um sistema capitalista.

A inserção da funcionalidade social no direito proprietário busca eivar um ciclo malfazejo, iniciado com a concepção individualista e absolutizada da propriedade, que equivocadamente ascendera o domínio ao *status* de meio necessário a que o homem plenificasse sua liberdade e que acabara por legitimar um uso quase arrazoável das faculdades proprietárias, em detrimento da própria sociedade.

Como bem aferira o professor Caio Mário da Silva PEREIRA: “O homem na sociedade moderna procura realizar o equilíbrio entre o individual e o social. Sempre que ele se acha rompido, intervém a lei, para reforçar o bem comum, e amparar o interesse coletivo.”¹¹⁹

Outrossim, como outrora dito por Roberto LYRA FILHO o Direito não nasce de um berço metafísico ou, ainda, é *presente generoso dos deuses*; ele brota nas oposições, no conflito, no caminho penoso do progresso, com avanços e recuos, momentos solares e terríveis e eclipses.¹²⁰

Temos, pois, que acreditar nas soluções jurídicas viáveis – ainda que somente paliativas –, uma vez que a nós operadores do Direito – no exercício de nossa profissão – não nos é oportunizado outro instrumento, que não o próprio Direito, para que perquiramos a justiça.

¹¹⁸ Darcy BESSONE, a guisa de exemplificação, concluíra que “no fundo são as coisas que primacialmente importam, mais que os mecanismos jurídicos variáveis de país para país; (...) por isso, não me seduz a chamada função social da propriedade” e que “problema tão grave e difícil, quanto é o da ascensão social do homem, não se pode esperar que ele encontre terapêutica adequada na verborragia ou na declamação”. (BESSONE, Darcy. *Direitos reais*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 73).

¹¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Evolução do direito...*, p. 230.

¹²⁰ LYRA FILHO, R. *op. cit.*, p. 86.

Como versara Eduardo COUTURE: “A advocacia não é certamente um caminho glorioso. É feito, como todas as coisas humanas, de sacrifícios e de exaltações, de amarguras e esperanças, de desenganos e renovadas ilusões. Entretanto é grande virtude entrever nela esse pequeno fio de ouro da glória que desejamos para nosso filho.”¹²¹

Recebamos então de bom grado o que o Direito nos oferece e façamos das soluções jurídicas cabíveis armas sagazes ao alcance da justiça. Se o direito posto nos oferta o instituto da função social temos de utilizá-lo no máximo de sua potencialidade, ou ainda, abusando de imagem dantes recorrida, devemos estender suas linhas até os extremos permitidos pela moldura que cerca o quadro jurídico para que possamos então *aliviar*, mesmo que minimamente, *as dores* que certamente acompanharão o nascimento deste novo mundo.

¹²¹ COUTURE, Eduardo Juan, *Os mandamentos do advogado*, Porto Alegre: Fabris, 1979, pp. 72,73.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 12. ed. rev. e acresc., Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 1.
- AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia, Coimbra, número especial, v. 2, p. 5-41, 1989.
- ARONE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. São Paulo: Renovar, 2000.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, n. 123, p. 313-319, out./dez. 1996.
- BARCELLONA, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.
- BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, v. 1.
- BUSTAMANTE, Miguel Sanchez de. *La propiedad: limitaciones a la disposición jurídica según el régimen del código civil*. Buenos Aires: Librería Jurídica, 1947.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. São Paulo: Renovar, 2000.
- CHAMOOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro*, São Paulo, a. 25 (nova série), n. 63, p. 64-79, jul./set. 1986.
- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de direito do urbanismo*. Coimbra: Almedina, 2001, v.1.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.
- COUTURE, Eduardo Juan. *Os mandamentos do advogado*. Tradução de Ovídio A. Baptista da Silva e Carlos Otávio Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1979
- DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico – 2*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1991.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 85, v. 723, p. 107-110. jan. 1996.

FALCÃO, Joaquim de Arruda (Coord.). *Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FERNANDES, Florestan. *Fundamentos empíricos da explicação sociológica*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

FERREIRA, Sérgio de Andrea. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. A propriedade urbana na nova ordem constitucional. In: BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.). *A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 15-47.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 19. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A função social da propriedade. *Boletim da Faculdade de Direito*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Ferrer Correia, Coimbra, número especial, v. 2, p. 423-437, 1989.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

GRISARD FILHO, Waldyr. A função social da propriedade: do direito de propriedade ao direito à propriedade. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Coord.). *Direito civil constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 233-253.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Estética: a idéia e o ideal*. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HIRONAKA, Giselda M. Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LEBRUN, Gérard (Org.). *Friedrich Nietzsche: obras incompletas*. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 17. ed. reimp. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MEREJE, João Rodrigues de. *Evolução e involução da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1949.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.3.
- MOZOS, Jose Luis de los. *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*. Madrid: EDERSA, 1993.
- OLIVEIRA, Aluísio Peres de; CARVALHO, Paulo César Pires. *Estatuto da cidade: anotações à Lei 10.257, de 10.07.2001*. Curitiba: Juruá, 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 4.
- _____. Evolução do direito de propriedade. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 11, n. 1/2, p. 219-230, 1982.
- PEZZELA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório: estudos de antropologia da civilização: etapas da evolução sociocultural*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 2, p. 27-64, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, a. 36, v. 306, p. 73-78, 1990.
- _____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Caio Tácito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 309-333.
- _____. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- TODOROV, Tzvetan. *A conquista da América: a questão do outro*. Tradução de Beatriz Perrone Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- WORSLEY, Peter. *Introdução à sociologia*. 5. ed. Tradução de Joaquim Arruda. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1983.