

FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES: A REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SITUAÇÕES PROPRIETÁRIAS¹

SOCIAL FUNCTIONS OF PROPERTIES: THE IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN SITUATIONS PROPRIETARY

Rosalice Fidalgo Pinheiro²
Idovilde de Fátima Fernandes Vaz³

RESUMO: Partindo da ideia de Paolo Grossi, presente na “propriedade e as propriedades na oficina do historiador”, o propósito deste trabalho é revelar a pluralidade de propriedades tuteladas pela democracia, bem como revelar as diversas situações proprietárias emergidas da relação do homem com a terra, analisando as diversas funções sociais incidentes sobre cada uma delas, constatando a realização de direitos fundamentais nas situações proprietárias. O trabalho elege casos concretos como o as Quebradeiras de Coco de Babaçu, o fundo de pasto da Bahia e o caso Raposa Serra do Sol, para evidenciar situações proprietárias alheias à concepção individualista e unitária de propriedade, desenhada pelas codificações modernas. Do mesmo modo, os conflitos de moradia presentes no caso do Edifício Prestes Maia e da Favela do Pullman revelam uma diversidade de situações proprietárias e funções sociais, que se dirigem à realização de direitos fundamentais. Desta forma, o trabalho tem por objetivo evidenciar as rupturas acarretadas à concepção moderna de propriedade e suas diversas funções sociais, ancoradas no pluralismo democrático. Para tanto, divide-se em três partes: o percurso da propriedade às propriedades, evidenciando a ruptura com a concepção moderna e unitária de propriedade; a afirmação e alcance do princípio da função social da propriedade no cenário jurídico brasileiro; as diversas concepções de funções sociais da propriedade, em face de uma pluralidade de propriedades, com amparo no princípio democrático, possibilitando a realização de direitos fundamentais nas situações proprietárias.

¹ Artigo recebido em 24 de outubro de 2011 e aprovado em 31 de outubro de 2011.

² Mestre e Doutora em Direito das Relações Sociais junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. Professora da Universidade Federal do Paraná. Professora titular de Direito Civil do Centro Universitário Curitiba. rosallice@gmail.com

³ Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil. Advogada. idovilde.adv@uol.com.br

PALAVRAS-CHAVES: Propriedade; Democracia; Função Social; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Starting from the idea of Paolo Grossi, present in "property and the properties of the historian at the workshop" the purpose of this study is to reveal the plurality of properties tutelage democracy, as well as the diverse situations reveal proprietary emerged of man's relationship with the land, analyzing the various social functions imposed on each one, noting the realization of fundamental rights in situations proprietary. The work chooses specific cases such as "Quebradeiras do Coco de Babaçu", "fundo de pasto da Bahia" and the indian case "Raposa Serra do Sol", to evidence situations proprietary and not linked to the individualistic conception unit property, designed for modern codifications. Similarly, conflicts of housing present in the case of the "Edifício Prestes Maia" and "Favela do Pullman" reveals a diversity of situations proprietary and social functions, which are aimed at the realization of fundamental rights. Thus, the work aims to evidence the ruptures brought about the modern concept of property and its various social functions, anchored in democratic pluralism. For this purpose, divided into three parts: the route of the property to the properties, evidencing the break with the modern concept of unitary property; the affirmation of the principle and range of the social function of property in the Brazilian legal scenario; the different conceptions of functions social property, in the face of a plurality of properties, with support in the democratic principle, allowing the realization of fundamental rights in situations proprietary.

KEYWORDS: Property, Democracy, Social Function, Fundamental Rights.

SUMÁRIO. Introdução. 1. O percurso de afirmação e mitigação da propriedade moderna. 1.1 Das propriedades à propriedade: a concepção unitária de propriedade nas Codificações modernas. 1.2 Da propriedade às propriedades: a pluralidade de propriedades no cenário constitucional. 2 O princípio da função social da propriedade: afirmação e desenvolvimento no Direito brasileiro. 2.1 Sentidos da função social da propriedade na pluralidade de estatutos jurídicos 2.2 A funcionalização da propriedade aos valores existenciais: os interesses não proprietários. 3 As funções sociais das propriedades e os direitos fundamentais nas situações proprietárias. 3.1 Repercussões da democracia: as funções sociais das propriedades. 3.2 O direito fundamental ao território e a função social da terra. 3.3 O direito fundamental à moradia e a função social dos espaços urbanos. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Partindo da ideia de Paolo Grossi, presente em a "propriedade e as propriedades na oficina do historiador,"⁴ este trabalho tem por objetivo (i) revelar a pluralidade de propriedades

⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Revisão Técnica de: Ricardo Marcelo Fonseca. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 01- 84.

tuteladas pela democracia, bem como as diversas situações proprietárias emergidas da relação do homem com a terra,⁵ e integrá-las a um contexto social e democrático; (ii) analisar a função social incidente sobre cada uma das propriedades reveladas, para constatar a realização de direitos fundamentais nas situações proprietárias; (iii) investigar se a concepção proprietária individualista ainda tem prevalência, e a forma de tutela dos interesses a e inclusão dos não proprietários no contexto da propriedade e das propriedades; (iv) analisar a dimensão democrática de realização de igualdade, e as constantes reivindicações sociais que surgem a cada dia em maior proporção, acarretando a criação ininterrupta de novos direitos.

O trabalho elege casos concretos como o das Quebradeiras de Coco de Babaçu, o fundo de pasto da Bahia e do caso Raposa Serra do Sol, para evidenciar situações proprietárias alheias à concepção individualista e unitária de propriedade, desenhada pelas codificações modernas. Do mesmo modo, os conflitos de moradia presentes no caso do Edifício Prestes Maia e da Favela do Pullman revelam uma diversidade de situações proprietárias e funções sociais, que se dirigem à realização de direitos fundamentais. Deste modo, o presente trabalho se propõe a evidenciar as rupturas acarretadas na concepção moderna da propriedade e as diversas espécies de propriedades e suas funções sociais, ancoradas no princípio democrático, visando inserir a propriedade em um contexto de realização de direitos fundamentais.

A democracia é chamada para conjugar liberdade e igualdade em relação a propriedade⁶ e explicar problemas sociais históricos, bem como dar respostas para novos direitos.⁷ Por conseguinte, a Constituição da República revela a pluralidade de propriedades e suas funções sociais, permitindo que outras situações proprietárias se manifestem. São propriedades coletivas, totalmente estranhas à concepção civilista, decorrentes da relação do homem com a terra,⁸ ligadas a fins existenciais comunitários e coletivos, como as situações de pertencimento nas comunidades tradicionais e nos espaços urbanos.

Diante desse contexto, cumpre descobrir se a função social é um princípio que está atrelado à concepção unitária de propriedade, recortada pelas codificações modernas, ou se ela também incide sobre uma pluralidade de outras situações proprietárias, adquirindo contornos mais específicos. É neste momento que passa a se falar em função social da terra,⁹ do território¹⁰ e dos espaços urbanos.

O trabalho divide-se em três partes: o percurso da propriedade às propriedades, evidenciando a ruptura com a concepção moderna e unitária de propriedade; a afirmação e alcance do princípio da função social da propriedade no cenário jurídico brasileiro; as diversas concepções de funções sociais da propriedade, em face de uma pluralidade de propriedades com

⁵ GROSSI, op. cit., p. 7.

⁶ DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 209.

⁷ DOBROWOLSKI, op. cit., p. 241.

⁸ GROSSI, op. cit., p. 7.

⁹ MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 116.

¹⁰ SÁ, Andrea Alves. Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil). CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coords.) **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 161.

amparo no princípio democrático, e a realização dos direitos fundamentais ao território e à moradia em situações proprietárias.

1 O PERCURSO DE AFIRMAÇÃO E MITIGAÇÃO DA PROPRIEDADE MODERNA

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

O percurso da propriedade privada parte da Modernidade. Constrói-se uma concepção unitária de propriedade¹¹, surgindo como “um produto histórico que, por ter se tornado bandeira e conquista de uma classe inteligentíssima, foi inteligentemente camuflado como uma verdade”¹². Trata-se de uma concepção “perfeita” de propriedade, a moderna, que se coloca por oposição a um modelo de propriedade “imperfeita”, vivenciado no cenário jurídico feudal.

A propriedade, no contexto histórico do feudalismo, sintetiza-se na partilha de titularidade sobre a terra e em laços de dependência pessoal entre senhores, vassalos e servos. O sistema feudal permitia que o proprietário dividisse suas terras em duas partes, a primeira, explorada por ele e seus agentes diretos, e outra, fracionada em pequenas parcelas (*tenures*) concedidas a camponeses de condição mais ou menos livre, que além de trabalharem nas terras do *dominius didirectum*, entregavam uma parcela do que produzissem nas do *dominius utile* ao senhor, como uma espécie de imposto.¹³ Trata-se de uma propriedade cuja titularidade estava fracionada nas mãos de diversos titulares, limitada pela incidência de tributos, e que não se prestava a circular no modelo econômico que estava prestes a se afirmar: o capitalismo.

A Revolução Francesa significou a ruptura com esse modelo de propriedade, na medida em que concentrou todos os poderes nas mãos de um único titular e libertou-a dos entres do Antigo Regime à sua circulação. Por outras palavras, “a propriedade alterava suas concepções tradicionais para servir a uma nova classe social em busca de poder: a burguesia.”¹⁴ Desta forma, a propriedade imobiliária passa a ter conotação econômica pelas mãos da burguesia, cuja pretensão era de exercer poder absoluto sobre a propriedade imobiliária e poder transferi-la. A Revolução Francesa foi um marco para a transformação da propriedade, eis que “procurou dar um caráter democrático à propriedade, abolindo privilégios, cancelando direitos perpétuos, (...)”.¹⁵ Neste sentido, segundo Eroulths Cortiano Júnior, “A Revolução Francesa

¹¹ PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietá nel nuovo diritto**. Milano: Dott. A. Giufere Editore, 1954.

¹² GROSSI, op. cit., p. 12.

¹³ SANTIAGO, Theo. **Do feudalismo ao capitalismo**. 3ª ed. rev. São Paulo: Contexto, 1998, p. 29.

¹⁴ FACHIN, Edson Luiz. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 16.

¹⁵ FACHIN, **A função social...**, p. 16.

decretou destruição do feudalismo e a supressão da propriedade parcelada, criando um modelo proprietário de feição liberal-individualista (...).¹⁶

As transformações da propriedade são constatadas nas entrelinhas do processo de formação do Estado moderno, pois “A formação do Estado moderno, de cor liberal, e a hegemonia das idéias burguesas assentam numa visão individualista da sociedade, que marca o tempo e o espaço da construção do discurso proprietário.”¹⁷ Diante da crise estrutural do feudalismo, abre-se caminho para o Estado absolutista que concentra o poder, ensejando uma ideia de soberania e territorialidade, cujo espaço foi ocupado para preparar terreno para o Estado Liberal.

A concepção de Estado neste período, denominado de Estado de Direito Liberal, apresentava as seguintes características: submissão ao império da lei, já com ideia de ato delegado pelo povo ao poder legislativo; divisão de poderes; e, garantias expressas de direitos individuais, “(...) essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.”¹⁸ Na análise de Eliseu Figueira:

O estado de direito liberal é o conceito que sintetiza o regime jurídico-político da sociedade que, com a ruptura dos vínculos feudais, consolida as novas relações econômicas e sociais adequadas ao desenvolvimento das forças produtivas, e cujos postulados fundamentais se resumem nos seguintes princípios: separação de poderes, princípio da legalidade, abstração e generalidade do sistema normativo entre a esfera pública e privada.¹⁹

A regularização da propriedade estava dentre os principais objetivos do liberalismo, cujas vantagens na época eram de simplificação e a aplicação do direito em forma de sistema jurídico. Essas pretensões foram acolhidas pela codificação napoleônica, que traduziu os penhores de seu tempo e sintetizou as principais ideias do direito no século XIX. E como este foi o lago sereno do individualismo jurídico, aquele foi cognominado de código da propriedade, sendo o precursor da concepção unitária da propriedade.²⁰

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

O Code Civil de 1804 marcou uma ruptura decisiva na evolução gradual do direito. Substitui a variedade o antigo direito por um código único e uniforme para toda a França; aboliu o direito anteriormente em vigor, em particular o direito consuetudinário e romano; incorporou várias medidas ideológicas inspiradas pela evolução de 1789 e tentou tomar supérfluo o papel tradicional do direito erudito, ao

¹⁶ CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**. Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 93.

¹⁷ CORTIANO JR, op. cit., p. 40.

¹⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. 21ª ed. revista atualizada até a emenda constitucional n. 38. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, , p. 112-113.

¹⁹ FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado**. Lisboa: Editorial Caminho, 1989, p. 63, 64 e 65.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 27.

proibir o comentário doutrinário sobre os códigos, na crença de que a nova legislação era clara e autossuficiente.²¹

O percurso da propriedade seria ainda marcado pelo predomínio do capital, forçando a uma iniciativa de propriedade imobiliária. Desta forma, "(...) neste período começa a dar-se o fenômeno da chamada acumulação primária do capital, (...)",²² arrancados dos países colonizados, e com o desenvolvimento das indústrias manufatureiras. Ainda ocorre "(...) a formação paralela de uma mão-de-obra carente de tudo leva ao surgimento do moderno capitalismo".²³ Portanto, a propriedade dos meios de produção das indústrias também alavancou o surgimento da propriedade privada imobiliária, muito mais pelo interesse do capitalismo, do que da sociedade.

Para melhor compreensão da análise sobre a concepção da propriedade privada imobiliária, é relevante ainda analisar outro importante instrumento de transformação da concepção da propriedade e do manuseio da riqueza pelo capitalismo no Estado moderno: o contrato. Ter liberdade para contratar nesta fase era vital para a própria realização dos objetivos capitalistas e da organização política e econômica do Estado. "Nos ordenamentos jurídicos da época moderna (século XVIII e XIX) propriedade e liberdade são intimamente ligadas."²⁴ Pois era do interesse do capitalismo libertar o sujeito, dando ao trabalhador a impressão de que era proprietário de sua mão-de-obra, ou seja, que era livre para se vincular ou não, transferindo a legitimidade da propriedade de seu trabalho para o empregador. Na intervenção de Carlos Frederico Marés:

Quer dizer, a legitimidade da propriedade moderna está assente no contrato: se for legítimo, legítima será a propriedade. A acumulação de bens e o aumento do patrimônio de uns pelo trabalho de outros, apropriando-se do resultado do trabalho alheio ganha status de legitimidade jurídica contratual.²⁵

Liberdade significava obter a propriedade fora das restrições do sistema feudal. Portanto, propriedade, contrato, liberdade e igualdade estavam ligadas à livre circulação das mercadorias produzidas pelo sistema capitalista, idealizando seus objetivos. O contrato representaria abstratamente a soberania individual:

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

²¹ LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

²² BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2008, p. 1033.

²³ BOBBIO, op. cit., p. 1033.

²⁴ AMARAL, **Direito civil...**, p. 146.

²⁵ MARÉS, op. cit. p. 40.

dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar).²⁶

A liberdade de contratar nesta fase da transição do sistema feudal para o sistema capitalista promove uma estreita ligação entre propriedade e contrato. É um instrumento regulador das relações jurídicas entre sujeitos privados, pois “a única e verdadeira riqueza econômica era representada pela propriedade; o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la.”²⁷

1.2 DA PROPRIEDADE ÀS PROPRIEDADES: A PLURALIDADE DE PROPRIEDADES NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 representou um “divisor de águas” para o direito civil contemporâneo. Neste contexto, acolhe-se a propriedade como um direito fundamental. Contudo, indaga-se em que medida tal regulação rompe com a tutela codificada da propriedade que, sob os contornos individualistas, limitava-se a tutelar o interesse do proprietário, resultando na mais alta realização de sua personalidade.

Comprometida com a realização da dignidade da pessoa humana, a Constituição da República opera uma reviravolta no conceito de propriedade, em termos qualitativos, alcançando interesses não proprietários.²⁸ Com efeito, “o conteúdo da propriedade, contemporaneamente, não pode ser extraído apenas do Código Civil, exigindo uma investigação a partir da Constituição Federal de 1988.”²⁹

Ao enunciar um Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 passou a conjugar os valores da liberdade e igualdade com o pluralismo.³⁰ Assim, esse Estado tem o dever de realização do homem, uma vez que o homem é totalmente indissociável da coletividade, concretizando a justiça social por meio de práticas sociais e da cidadania.

Trata-se de transpor os limites de uma igualdade formal, o que acarretaria uma série de injustiças sociais, pois há uma diversidade cultural entre os homens o que os torna desiguais.³¹ Com a devida consideração à igualdade substancial, o discurso reivindicatório é de aceitação das diferenças, ou do “direito à diferença”, sendo impossível contemplar uma identidade comum a todos os homens, pois:

Os homens não são iguais entre si, e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias facilmente visualizáveis, como ricos e pobres, sadios e deficientes, homens e mulheres. A humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e

²⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra: Almedina, 1988, p. 42-43.

²⁷ ROPPO, op.cit., p. 64.

²⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. ____ **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 343.

²⁹ GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizadapor Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 108.

³⁰ LÔBO, op. cit., p. 46.

³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 86.

regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade.³²

A Constituição permite um diálogo entre as propriedades provocando rupturas com uma concepção unitária e individualista da propriedade codificada. O compromisso com uma coletividade nacional, pontuada pela diversidade cultural, amplia as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e os povos formadores da tradição brasileira no processo de construção de uma nova mentalidade jurídica estatal na proteção dos direitos coletivos, exatamente porque permite a discussão sobre a titularidade da defesa desses direitos.³³ Ao permitir o reconhecimento da diversidade, há um reconhecimento das diferenças, bem como que a propriedade deve ser plural para servir aos diferentes. Comentando Francisco Amaral:

Constata-se o declínio da noção unitária da propriedade, desenvolvendo-se a idéia de um instituto plural. Não mais a propriedade, mas as propriedades, dada a diversidade do objeto (propriedade mobiliária e imobiliária, propriedade urbana e rural ou agrária, propriedade de águas, de minas, propriedade intelectual, industrial, patentes, marcas, propriedade literária, artística e científica, etc.)³⁴

A Constituição dispõe sobre uma pluralidade de propriedades, "(...) de onde ser cabível falar não em propriedade, mas em propriedades."³⁵ Eis a constatação de que outras propriedades são consagradas pelo texto constitucional: a propriedade dos índios (art. 231) e dos quilombolas (art. 68, do ADCT) definidas como terras públicas; propriedade cultural (arts. 215 e 216), e outras espécies de propriedades como as não-urbanas e as coletivas. Eis que como pondera Paulo Lôbo:

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que os códigos civis ainda alimentam. Coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais. As riquezas são transferidas de bolsas de valores, transitando de país, em investimento voláteis. Todas essas dimensões de propriedades estão sujeitas ao mandamento constitucional da função social.³⁶

A constatação das inúmeras espécies de propriedades reveladas pela Constituição Federal de 1988 permite mencionar uma ruptura com uma regulamentação unitária de propriedade, delimitada pelas codificações modernas, nos dizeres de Ana Prata:

³² MORAES, op. cit., p. 88.

³³ SÁ, op. cit., p. 162.

³⁴ AMARAL, **Direito civil...**, p. 146.

³⁵ SILVA, op. cit., p. 273.

³⁶ LÔBO, op. cit., p. 57.

O conceito unitário de propriedade, descalçado sobre a noção de propriedade fundiária, tem, a pouco e pouco, cedido lugar à idéia de que não existe uma única propriedade, mas múltiplas propriedades, isto é, múltiplos regimes de propriedade em cada ordenamento jurídico.³⁷

Por conseguinte, uma pluralidade de estatutos proprietários encontra amparo em uma abertura interpretativa ensaiada pela Constituição Federal de 1988. Por outras palavras, haverá a incidência da função social sobre bens individuais, coletivos, comunitários, culturais, tradicionais e outras propriedades que venham a ser reveladas pelo Estado Democrático de Direito, delineando uma pluralidade de funções sociais das propriedades.

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

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

A recepção da função social no Brasil tem estreita relação com as transformações no contexto social brasileiro, com as mudanças na concepção proprietária, e com o Estado Democrático de Direito. A Constituição Alemã de Weimar de 1919 foi precursora na introdução do conceito de função social, portanto, responsável por modificar a concepção de propriedade, inspirando outras constituições.

Sob o influxo dessas ideias, foi no cenário constitucional, que a função social encontrou lugar. A Constituição brasileira de 1946 ensaiou os primeiros passos em direção ao acolhimento do princípio da função social da propriedade, ponderando, Gustavo Tepedino:

A função social da propriedade apresenta-se, portanto, no direito brasileiro, estranha ao Código Civil. A norma constitucional de 1946 introduziu, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade, na esteira de copiosa legislação intervencionista que caracterizou os primeiros passos do Estado assistencialista e da socialização do direito civil.³⁸

Contudo, antes da Constituição Federal de 1946 mencionar a função social, a Constituição de 1934 já ousava dispor sobre um conceito de função social da propriedade, suscitando discussão acerca da concepção de propriedade, vigente no Código Civil de 1916. Neste sentido, já se posicionava Clóvis Bevilacqua, ao mencionar que “A Constituição, porém, fixou a verdadeira doutrina social da propriedade, estatuidando: é garantido o direito de propriedade,

³⁷ PRATA. Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982, p. 186.

³⁸ TEPEDINO, op. cit., p. 269.

que não poderá ser exercido contra interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.”³⁹

A Constituição de 1934 impôs um dever social e coletivo a terra. As Constituições de 1967 e 1969 mantiveram a função social, mas de forma pálida, por conta da própria natureza despótica e sem fins sociais.⁴⁰

A Constituição de 1988 rompeu com a concepção individualista de propriedade, tecendo-a sob uma perspectiva plural. Neste sentido intervém Grace Tanajura:

Nesse espírito, a Constituição de 1988 inova, avança e inculpe a função social da propriedade entre os direitos e garantias individuais e coletivas (art. 5º, XXIII), conferindo-lhe status de Cláusula Pétreia (art. 60, § 4º). Além disso, mantém a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica (art. 170, III) e prevê os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis, urbanos ou rural, cumpre sua função social.⁴¹

No Texto Constitucional de 1988 “a noção de função social nasceu ligada à idéia de distribuição mais equitativa de riqueza e melhoria das condições de vida da população em geral, relacionando-se diretamente com a reforma agrária.”⁴² O compromisso de erradicação de pobreza obrigou de certa forma a interferência premente na concepção proprietária, incluindo a propriedade como meio eficaz para redução das desigualdades, ensejando outras, como a realização da pessoa humana, mencionando Gustavo Tepedino: “(...) a dignidade da pessoa humana está também incluída nos objetivos da República, pelo artigo 1º. Tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinando, a guiar o intérprete nos conflitos de interesse.”⁴³

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

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

³⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil. Escritos esparsos.** _____. Rio de Janeiro: Destaque, 1995, p. 78.

⁴⁰ TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2000, p. 26.

⁴¹ TANAJURA, op. cit., p. 26.

⁴² MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional. **Revistas dos tribunais.** Ano 96, vol. 860, junho de 2007, p. 95.

⁴³ TEPEDINO, op. cit., p. 15.

complementares à proteção que a Constituição oferta à pessoa humana, e instrumentalizadoras dessa mesma proteção.⁴⁴

Somando-se a imposição de uma propriedade funcionalizada, o texto constitucional através do Estado Democrático de Direito revela que a propriedade, “não constitui uma instituição, mas várias instituições diferenciadas”.⁴⁵ Portanto, há uma diversidade de espécies de propriedades⁴⁶ sendo relevante entender que cada um dos regimes jurídicos das espécies de propriedades “não é uma função do Direito Civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais.”⁴⁷ Portanto, cada espécie de propriedade terá função social própria: “Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade.”⁴⁸

Anderson Schreiber entende que o instituto da propriedade é

múltiplo, é plural, porque, dependendo do interesse tutelado pelo ordenamento, poderá atrair disciplinas normativas inteiramente diversas. As diferentes funções a serem exercidas pela propriedade, conforme as características de seu sujeito ou objeto, fazem incidir sobre ela regras particulares.⁴⁹

A Constituição Federal de 1988 determinou que para o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e como meio de garantir o bem-estar de seus habitantes o solo urbano deverá se submeter a políticas urbanas executadas pelo Poder Público Municipal, cujas diretrizes estão no § 1º do art. 182, que prevê: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” No § 2º, do artigo 182 determina como será cumprida a função social da propriedade urbana, “quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”⁵⁰ O solo urbano passa a ser regido pelo seguinte quadro normativo: a Constituição Federal, o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor do Município.⁵¹ E ainda:

A propriedade privada teria que ser desenhada como uma consequência dos novos direitos coletivos à vida, ao fim das desigualdades e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, introduzindo nela uma razão humana de existência, vinculando-a em

⁴⁴ CORTIANO JR, op. cit., p. 184.

⁴⁵ SILVA, op. cit., p. 273.

⁴⁶ SILVA, op. cit., p. 273.

⁴⁷ SILVA, op. cit., p. 273.

⁴⁸ SILVA, op. cit., p. 273.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. Apresentado no congresso internacional de direito civil constitucional da cidade do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: www.2dbd.puc-rio.br, p. 07.

⁵⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da cidade e a função social da propriedade. **Revista do Tribunais**. Ano 97, vol. 867, 2008, p. 56.

⁵¹ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008, p. 204.

todos os lugares que a reconheçam como direito à função social, especialmente em relação à terra.⁵²

Na Constituição Federal de 1988, a propriedade rural vem regulada nos artigos 184, 185 e 186, sendo que este último artigo exige o cumprimento de determinados requisitos: Art. 186, *caput*: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I) aproveitamento racional e adequado; II) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” Para que o proprietário rural não se sujeite a desapropriação, deve observar os quatro requisitos de forma simultânea.⁵³

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

Quanto a este último requisito, surgem críticas, pois segundo a doutrina “andou mal o constituinte de 1988 ao estabelecer que insuscetível de desapropriação a propriedade produtiva.”⁵⁴ Primeiro porque determina o § único do artigo 185 que o requisito produtividade será definido por lei.⁵⁵ Para Carlos Frederico Marés: “Ao submeter a função social à produtividade, esta interpretação desconsidera toda a doutrina e a evolução da teoria da função social e reduz o artigo 186 da Constituição a uma retórica cínica.”⁵⁶ E completa:

Se esta interpretação fosse verdadeira, que sentido teria o artigo 186 que define os critérios da função social? E que sentido teriam os artigos 5º, incisos XXII e XXIII e título VII, artigo 170, incisos I e II, que indicam uma clara vinculação ente propriedade privada e a função social? Esta exegese ligeira acaba por comprometer todos estes dispositivos constitucionais, como se tivessem sido escritos apenas para ludibriar o povo.⁵⁷

Ao mencionar o requisito produtividade a Constituição certamente não propôs uma análise egoísta de lucro e patrimonialista, no sentido enriquecedor, mas de preservação da terra e da natureza, “isto é, o respeito ao que a Constituição chamou de meio ambiente ecologicamente equilibrado garantindo-o para presentes e futuras gerações (artigo 225).”⁵⁸ Novamente Carlos Frederico Marés intervém para dizer que:

⁵² MARÉS, op. cit., p. 115-116.

⁵³ PENTEADO, op. cit., p. 200.

⁵⁴ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. Gustavo Tepedino (coord.).

Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 414.

⁵⁵ MARÉS, op. cit., p. 119-120.

⁵⁶ MARÉS, op. cit., p. 120.

⁵⁷ MARÉS, op. cit., p. 120.

⁵⁸ MARÉS, op. cit., p. 121.

Neste sentido, a interpretação do capítulo relativo à política agrícola e fundiária e da reforma agrária, especialmente dos artigos 185 e 186, combinados com o caráter emancipatório e pluralista de toda a Constituição a propriedade que faz a terra cumprir sua função social, porque a ocupação que não a cumpre, por mais rentável que seja, incorre em ilegalidade.⁵⁹

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

O fato de estar em uso, porém, não significa que está cumprindo sua função. O uso da terra pode ser intenso, gerando grande renda a seu proprietário, às vezes pode ser até muito rentável ao mesmo tempo em que não cumpre a função social. Aliás, algumas vezes o uso intenso e altamente rentável é sinal de descumprimento da função social.⁶⁰

Portanto, a propriedade imobiliária privada pode ser urbana e rural cuja destinação é para produção agrícola ou moradia urbana. Cada qual com função social específica definida pela Constituição, ora devendo cumprir com o Plano Diretor, ora com requisitos de produtividade, normas trabalhistas e utilização adequada dos recursos naturais. E ainda, haverá incidência genérica da função social, ou seja, sobre a propriedade rural ou urbana incidirá o conteúdo da função social, que importa no dever de observar os objetivos da Constituição Federal: solidariedade, dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades e erradicação da pobreza.

À época do Código Civil de 1916 não existiam discussões em torno da funcionalização da propriedade, justificando uma concepção de propriedade codificada pautada no individualismo, sem qualquer vinculação com a função social. No entanto, o que dizer do Código Civil de 2002, inserido em um contexto social e democrático, acolhido pela Constituição Federal de 1988, vigente há quase vinte anos quando da recodificação? Limitou-se a dispor no artigo 1.228, “caput”, que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como, evitada a poluição do ar e das águas”, limitado pela proibição do abuso do direito.

Pouco se avançou no que se refere a uma pluralidade de funções sociais da propriedade, inscrita pela Constituição da República. Eis que, por exigência constitucional, cada espécie de propriedade seja rural ou urbana, propriedade dos índios, propriedade dos quilombolas, ribeirinhas, de consumo e/ou individual terão que cumprir com determinada função, e por estarem inseridas no contexto plural e democrático deverão ter sua função social específica de acordo com os interesses envolvidos.

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

⁵⁹ MARÉS, op. cit., p. 122.

⁶⁰ MARÉS, op. cit., p. 125.

Em atenção à função social, a propriedade não pode mais ser considerada como uma relação jurídica de feição estática: em contraposição ao sujeito, titular da situação ativa da propriedade, existiria uma “coletividade, que se encontra na condição de dever respeitar aquela situação e de não se ingerir na esfera do titular.”⁶¹ A propriedade, vista pelo ângulo de uma relação jurídica, imputaria deveres e obrigações aos não proprietários em contraposição aos poderes do proprietário de uso e gozo sobre a coisa. No entanto, após o advento da Constituição da República, assevera Gustavo Tepedino:

A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta.⁶²

A propriedade passa ser definida como uma situação jurídica, composta de direitos e deveres destinados aos proprietários aos não proprietários. Sua definição será de um “direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações constitucionalmente protegidas.”⁶³ A inclusão dos interesses não proprietários, como dignidade, erradicação da pobreza e redução das desigualdades na esfera da propriedade serão somados aos interesses dos não proprietários e como direito subjetivo dúctil “ao intérprete apresenta-se indispensável propor soluções correspondentes ao dado normativo e ao momento atual.”⁶⁴

Desta forma, a propriedade não se constitui mais em “uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas uma situação jurídica subjetiva típica e complexa,”⁶⁵ ensejando deveres dos proprietários em relação aos não proprietários. Somando-se a isto, a função social atinge o direito patrimonial que passa a ter valor mais flexível e regulado no âmbito da relação da propriedade que terá como incumbência a realização de múltiplos interesses extraproprietários. Tais interesses irão perfazer uma relação jurídica complexa, nas palavras de Francisco Eduardo Loureiro:

(...) podemos definir propriedade como a relação jurídica complexa que tem por conteúdo as faculdades de uso, gozo e disposição da coisa por parte do proprietário, subordinado à função social e com correlatos deveres, ônus e obrigações em relação a terceiros.⁶⁶

⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Pietro Perlingieri; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 221.

⁶² TEPEDINO, op. cit., p. 344.

⁶³ TEPEDINO, op. cit., p. 349.

⁶⁴ TEPEDINO, op. cit., p. 345.

⁶⁵ TEPEDINO, op. cit., p. 336.

⁶⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 52.

Portanto, "(...) a relação de propriedade é ligação (relazione) entre a situação do proprietário e aqueles de interesses antagônicos. A situação do proprietário é relevante somente enquanto pressupõe a obrigação de comportamento."⁶⁷ A conceituação da propriedade como relação jurídica complexa, certamente importará uma abertura para a ideia de cooperação⁶⁸ entre os sujeitos envolvidos.

Essa concepção é resultado de uma repersonalização da propriedade no contexto de descodificação do direito civil, segundo o qual "o código Civil não mais garante a unidade do sistema do Direito Privado, deixando a posição central que nele ocupava e passando o centro do poder civil à própria Constituição."⁶⁹ Neste momento, ocorre a constitucionalização do direito privado, nas palavras de Joaquín Arce y Flórez Valdés :

*(...) la descodificación se entiende como el fenómeno de proliferación indicado, pero las leyes especiales o sectoriales obedecen, no tanto a la regulación específica de una materia que se encuentra ya contemplada en líneas generales en el Código como al afán de regular materias extrañas al mismo, sustrayendo a su esfera compeltas relaciones y respondiendo a principios autónomos o antitéticos al mismo Código, en tal caso se produciría, como primera consecuencia, la de hacer perder al Código civil su tradicional prerrogativa de Derecho general y, lo que puede resultar de mayor gravedad para el Derecho civil, (...).*⁷⁰

A primazia do valor da pessoa, em detrimento do patrimônio, encerra a despatrimonialização do direito civil, isto é, "*la transformación despatrimonializadora em el Derecho civil se produce fundamentalmente como consecuencia del mayor relieve dado a persona, (...) lo que supone que en la jerarquía de valores la persona humana prevalece sobre el interes económico.*"⁷¹ Portanto, chega-se à modificação da própria natureza do instituto patrimonial, cujo valor é qualitativo e não mais quantitativo, nas palavras de Francisco Eduardo Loureiro:

O eixo do sistema jurídico é agora a Constituição Federal, que não só passou a tratar de temas antes circunscritos ao direito privado, como também a iluminar, com seus princípios cardeais – dignidade e solidariedade – toda a legislação infraconstitucional. Houve por assim dizer uma despatrimonialização e personalização do direito civil.⁷²

Nesse contexto, a interpretação conforme a constituição passa a ocupar a hermenêutica do direito civil, relegando-se ao Código Civil papel

⁶⁷ PERLINGIERI, op. cit., p. 221.

⁶⁸ PERLINGIERI, op. cit., p. 222.

⁶⁹ AMARAL, **Racionalidade e sistema...**, p. 77.

⁷⁰ FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1986, p. 60.

⁷¹ FLÓRES-VALDÉS, op. cit., p. 56.

⁷² LOUREIRO, op. cit., p. 91.

subsidiário, na regulação da propriedade. Para Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino, ao ser constitucionalizada a regulação da propriedade, o uso e o gozo não poderão mais ocorrer de forma abusiva: “(...) foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretam a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual desnaturaria o próprio direito.”⁷³

Diante da constitucionalização, repersonalização e despatrimonialização do direito privado, há uma reestruturação do direito civil sob égide qualitativa, interligando o patrimônio ao desenvolvimento da pessoa.⁷⁴ Isso induz a repelir a afirmação – tendente a conservar o caráter estático-qualitativo do ordenamento - pela qual não pode “radicalmente ser alterada a natureza dos institutos patrimoniais do direito privado.”⁷⁵ O direito patrimonial razão do direito privado integra-se aos “(...) novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.”⁷⁶

Outros interesses fazem parte do instituto proprietário, já que ocupa espaço delineado pela democracia, acarretando inúmeras transformações no espaço privado, suscitando “a presença de mais pessoas que demandam o uso de bens, a pretensão das democracias de atender e não ignorar, como antes sucedia, (...)”⁷⁷

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

A fundamentação jurídica do mínimo existencial não ganhou tutela expressa da Constituição Federal de 1988. No entanto, para Ricardo Lobo Torres, este direito está contido em dois momentos na Constituição Federal: dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III), cuja finalidade é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; e na interpretação do art. 6º da Constituição Federal de 1988, ao definir os direitos sociais, pois “há um certo espaço para o mínimo existencial, tendo em vista que este se aproxima dos direitos

⁷³ TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil** (imobiliário, agrário e empresarial). São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul/set. 1993, p. 31.

⁷⁴ PERLINGIERI, op. cit., p. 33.

⁷⁵ PERLINGIERI, op. cit., p. 33.

⁷⁶ PERLINGIERI, op. cit., p. 33.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 110.

fundamentais sociais ou, em outro giro, o mínimo existencial marca a jusfundamentalidade dos direitos sociais.”⁷⁸

No que se refere à fundamentação do mínimo existencial Ricardo Lobo Torres entende que:

(...) está ancorada na ética e se fundamenta na liberdade, ou melhor, nas condições iniciais para o exercício da liberdade, na idéia de felicidade, nos direitos humanos e nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Não é totalmente infensa à idéia de justiça e ao princípio da capacidade contributiva. Mas se estrema dos direitos econômicos e sociais.⁷⁹

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial está pautado na realização da dignidade da pessoa humana, transformando-o em “um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”.⁸⁰ Desta forma, torna-se possível vincular o mínimo existencial com o conteúdo do direito de propriedade, pois seu conteúdo mínimo de realização existencial delimita seu poder, daí a afirmação de que “a sustentação do mínimo não quantifica e sim qualifica o objeto.”⁸¹ Sob este ângulo, o patrimônio mínimo parece ser capaz de concretizar, “(...) de algum modo, a expiação de desigualdade, e a justa, ao menos em parte, a lógica do Direito à razoabilidade da vida daqueles que, no mundo do ter, menos têm e mais necessitam.”⁸²

Nesses termos, a garantia do mínimo existencial estende-se às propriedades, pois segundo Luiz Edson Fachin,

nessa visão diversa, captada pela lente da pluralidade, o mínimo não é referido por quantidade, e pode muito além do número ou da cifra mensurável. Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a idéia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo.⁸³

Tomando por base a discussão referente ao conteúdo da função social da propriedade, os objetivos da República Federativa do Brasil, contidos no conteúdo da função social, também se encontram inseridos no conteúdo do mínimo existencial. A função social e o mínimo existencial incidiram na concepção de propriedade, de modo a alcançar os interesses dos não-

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 08.

⁷⁹ TORRES, op. cit., p. 13.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 83.

⁸¹ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2ª ed. revista atualizada / Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 280.

⁸² FACHIN, **Estatuto jurídico...**, p. 278.

⁸³ FACHIN, **Estatuto jurídico...**, p. 280-281.

proprietários. Isto quer dizer, que a propriedade que realiza o mínimo existencial cumpre com sua função social.

3 AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS SITUAÇÕES PROPRIETÁRIAS

3.1 REPERCUSSÕES DA DEMOCRACIA: AS FUNÇÕES SOCIAIS DAS PROPRIEDADES

A democracia, acolhida pela Constituição Federal de 1988, é pluralista o que envolve o reconhecimento de outras culturas e etnias. Isso significa que a concepção de propriedade, enunciada pelas codificações modernas, não pode mais prevalecer. Ela não é a única concepção de propriedade possível. Há outras situações proprietárias que devem ser tuteladas, mas que se encontram excluídas do ordenamento jurídico.

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

A democracia é chamada para dar conta da complexa sociedade contemporânea.⁸⁴ Para Samantha Chantal Dobrowolski dentre os desafios que perfaz o contexto da democracia contemporânea estão: o aumento da complexidade social; os avanços tecnológicos; a globalização de vários sentidos, a proeminência do fato do pluralismo e a explosão das minorias e identidades culturalmente diferenciadas que alteram os padrões civilizatórios. Neste cenário há ainda o confronto de identidades múltiplas e reivindicações coletivas que exploram a dimensão da democracia, constantes de novos e mais direitos. Através de suas reivindicações e de suas práticas cotidianas, estes sujeitos coletivos exploram a dimensão da democracia *“e deflagram a reinvenção dos espaços sociais e políticos, ao promoverem a criação ininterrupta de novos direitos, (...)”*⁸⁵

A Constituição Federal de 1988, embalada pelo princípio democrático, enfrentou com vigor o caráter unitário da propriedade, “basta ler os capítulos do meio ambiente, dos índios, da cultura, basta dizer que cada vez que garante a propriedade, determina que ela tenha uma função social.”⁸⁶ Desta forma, várias funções sociais das propriedades são expressas no texto constitucional, delineando diversas situações de pertencimento.

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

⁸⁴DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos**. 2007, p. 218.

⁸⁵ DOBROWOLSKI, op. cit., p. 242.

⁸⁶ MARÉS, op. cit., p. 114.

Assim, não há dúvida que a democracia contemporânea está inserida em um cenário complexo no que se refere às concepções das propriedades. Grupos de múltiplas identidades sociais, culturalmente diferenciados, levam a concepção de propriedade codificada a “tornar-se de tal modo vã a ponto de colocar em dúvida a legitimidade de um único recipiente propriedade”.⁸⁷ Deste modo, é possível estabelecer um diálogo entre outras situações proprietárias e o princípio da função social, a fim de realizar direitos fundamentais. Diante de casos concretos que tratam do direito à terra e do direito à moradia, é possível constatar que muitas das situações originaram-se da relação do homem com a terra e com os espaços urbanos, afastando-se da concepção moderna de propriedade.

3.2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO TERRITÓRIO E A FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA

Nas comunidades de fundo de pasto da Bahia, as terras que servem para o sistema de cultivo comunal de fundo de pasto são um exemplo pontual das injustiças cometidas contra as comunidades tradicionais pelo sistema de colonização e privatização de terras no Brasil. Em detrimento dos usos e costumes seculares das pessoas da região, a ordem jurídica estatal criou mecanismos legais de expropriação de suas posses.⁸⁸ Isto acarretou a exclusão social dos proprietários tradicionais⁸⁹ das terras e o aniquilamento de seus costumes. Não demorou muito para que aparecessem títulos de propriedade que autorizavam a invasão e a construção nas terras de uma comunidade que vivia ali desde o século XVII, desqualificando a propriedade das comunidades tradicionais, cujos possuidores nunca precisaram de títulos provar seu vínculo com a terra.⁹⁰

A comunidade enxerga a terra como seu território “lugar do uso e do trabalho para si e para a comunidade e não aquele desenhado em um documento ou descrito em lei.”⁹¹ Desta forma, “não importa muito o nome com que o direito batiza sua forma de viver: apropriação, posse, propriedade, ocupação ou outra palavra qualquer. Isso porque o que importa é a situação real na qual eles se encontram.”⁹²

Outro caso que demonstra a importância da terra e seus recursos naturais é o das Quebradeiras de Coco de Babaçu. Assim como o fundo de pasto, a comunidade das Quebradeiras de Coco também representa uma forma de uso comum da terra. Trata-se de uma atividade que consiste na extração livre e comum de coco das palmeiras de babaçu, pela comunidade, pois as palmeiras são consideradas recurso natural de uso de todos. Uma atividade exercida em sua maioria por mulheres, que consiste no livre acesso às palmeiras de babaçu para coletar coco e deles extrair amêndoas.⁹³ A atividade de exploração das palmeiras de babaçu vai muito além do consumo e da comercialização dos produtos, pois servem para a garantia de direitos fundamentais de reprodução das próprias famílias.⁹⁴

⁸⁷ GROSSI, op. cit., p. 09.

⁸⁸ SÁ, op. cit., p. 165.

⁸⁹ SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco de babaçu e normas correlatas**. Manaus: PPGSCA-UFAM/Fundação Ford, 2006, p. 09.

⁹⁰ SÁ, op. cit., p. 166.

⁹¹ SÁ, op. cit., p. 167.

⁹² SÁ, op. cit., p. 167.

⁹³ SHIRAIISHI NETO, op. cit., p. 17.

⁹⁴ SHIRAIISHI NETO, op. cit., 17-18.

Nessa perspectiva, o babaçu livre e o uso comum são mais importantes que a própria terra, o “babaçu livre é um direito fundamental, pois é garantia de sua reprodução física e social.”⁹⁵ Por conseguinte, a privatização das palmeiras de babaçu representa uma ofensa aos costumes e aos direitos fundamentais das Quebradeiras de Coco.

Outro caso concreto que contribui para a compreensão das situações proprietárias é o da demarcação das terras indígenas da Raposa Serra do Sol, julgado recentemente pelo Supremo Tribunal Federal. A suprema corte teve a oportunidade de analisar e aplicar dispositivos constitucionais de tutela dos direitos indígenas expressos no capítulo VIII da Constituição Federal de 1988. A reserva indígena da Raposa Serra do Sol situa-se no Estado de Roraima, tendo sido homologada de forma contínua no ano de 2005 pelo presidente da República, determinando-se que os não-índios deveriam se retirar em um ano do local:

AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.⁹⁶

As Comunidades de Fundo de Pasto, as Quebradeiras de Coco de Babaçu e os Índios são portadores de identidade cultural social própria e toda esta luta por sua inclusão ocorre na esteira da democracia. A pluralidade e igualdade, presentes no princípio democrático permitem o acolhimento de interesses não proprietários, que prevaleçam em face da função social da situação proprietária.

A forma de exploração da terra por estas comunidades depende única e exclusivamente da disponibilidade da terra para exploração de seus recursos naturais: no caso de Fundo de Pasto, a comunidade é dependente da caatinga para sobrevivência; no caso das

⁹⁵ SHIRAISHI NETO, op. cit., p. 27.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular n.º2.833. Rel. Min. CARLOS BRITTO, Julg. em 19/03/2009 e publ. no DJ 25-09-2009. republicação: dje-120 divulgo 30-06-2010 public 01-07-2010. Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). Consulta dia 18.08.2010.

quebradeiras de coco dependem do reconhecimento constante, renovado a cada impedimento da livre exploração; no caso dos índios, dependem de amplo espaço territorial a ser demarcado como forma de proteção e permissão da preservação de seus costumes e tradições.

Portanto, houve o reconhecimento de diferentes etnias dentro da cultura brasileira, e este espaço não se chama posse ou propriedade, mas território. Estas terras não representam simples objeto de trabalho ou fonte de alimentos e de renda, mas direito fundamental de manutenção de suas vidas, de coesão de grupo, local de exercício de sua organização social, costumes e tradições, de preservação da identidade cultural,⁹⁷ sendo possível falar em um direito fundamental ao território.

Nos artigos 215, 216, 225, 231 e 68 do ADCT da Constituição da República de 1988, a terra é concebida como um espaço cultural. Na sua maioria, estas propriedades são destinadas ao uso coletivo e comum destituídas de qualquer comercialização, como as terras públicas dos índios, das comunidades remanescentes de quilombolas, e das reservas extrativistas e florestas nacionais.⁹⁸ Revelam-se situações proprietárias, nas quais é possível constatar que a terra e o território terão uma função social a cumprir. Deste modo, torna-se possível falar em função social do território, em conformidade com Carlos Frederico Marés:

Na realidade quem cumpre uma função social não é a propriedade, que é um conceito, uma abstração, mas a terra, mesmo quando não alterada antropicamente, a ação humana ao intervir na terra, independentemente do título de propriedade que o Direito ou o Estado lhe outorgue. Por isso a função social é relativa ao bem e ao seu uso, e não ao direito.⁹⁹

3.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E A FUNÇÃO SOCIAL DOS ESPAÇOS URBANOS

No contexto plural, que ora se desenha, a propriedade urbana revela-se como o cenário de maior exclusão social, no qual é corriqueira manutenção das desigualdades. A concepção individualista de propriedade se faz presente nas decisões dos tribunais brasileiros, impossibilitando o acesso e aumentando a escassez de moradia. Nesta seara, dois casos foram submetidos ao Judiciário e amplamente debatidos pela doutrina: o caso da Favela do Pullman¹⁰⁰ e o do Edifício Prestes Maia.

Os terrenos que foram transformados na Favela do Pullman resultaram da divisão em nove lotes, adquiridos em 1978 e 1979. Em 1985 os proprietários ingressaram com pedido de reivindicação de posse, alegando seu direito de propriedade. Em primeira instância, a decisão foi favorável aos proprietários, refutando o julgador os argumentos de Usucapião da defesa dos réus, condenando-os à desocupação imediata da área ocupada e ao pagamento de indenização pela ocupação desde o início da ação, e sem direito de retenção por benfeitorias.¹⁰¹

⁹⁷ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001, p. 73.

⁹⁸ MARÉS, op. cit., p. 122.

⁹⁹ MARÉS, op. cit., p. 116.

¹⁰⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8 e STJ. REsp. 75.659. **Revista dos Tribunais**. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. p. 1-769, p. 206.

¹⁰¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8 e STJ. REsp. 75.659. **Revista dos Tribunais**. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. p. 1-769, p. 204.

Em fase recursal, os réus (possuidores) reclamaram a existência de Usucapião Urbana com base no art. 183 da Constituição Federal de 1988, alegando ocupação há mais de cinco anos, área inferior a duzentos metros quadrados e ausência de propriedade de outro imóvel. Em fase de julgamento, o tribunal constatou que nos anos de 1978 e 1979, antes da aquisição do imóvel, a Favela já existia, compondo-se de seis barracos. Em decisão unânime, a reivindicatória foi julgada improcedente com amparo na função social da propriedade:

Civil e Processual. Ação Reivindicatória. Terrenos de Loteamento situados em área favelizada. Perecimento do direito de propriedade. Abandono. CC, arts. 524, 589, 77 E 78. Matéria de fato. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. I. O direito de propriedade assegurado no art. 524 do Código Civil anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser concretamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, uma nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipótese prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' - Súmula n. 7-STJ. III. Recurso especial não conhecido. Íntegra: RECURSO ESPECIAL Nº 75.659 - SP (1995/0049519-8) RELATOR: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR - RECORRENTE: ALDO BARTHOLOMEU E OUTROS - ADVOGADO: ANTÔNIO LUIZ PINTO E SILVA E OUTRO - RECORRIDO: ODAIR PIRES DE PAULA E OUTROS - ADVOGADO: LUIZ FERNANDO S DA RESSURREICAO - DEFENSOR PÚBLICO – EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. TERRENOS DE LOTEAMENTO SITUADOS EM ÁREA FAVELIZADA. PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. ABANDONO. CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ.

Portanto, ainda que a Constituição Federal de 1988 não estivesse vigente na época da propositura da ação, o Código Civil de 1916 foi lido à luz da Constituição Federal de 1988:

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela. As regras legais como se sabe se arrumam de forma piramidal. Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, 182, 2º; 184; 186. etc.). Esse princípio não significa apenas limitação a mais ao direito de propriedade como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por forças externas àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social)

que pode não coincidir com os interesses do proprietário. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos. No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercido, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas mediações – ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.¹⁰²

O caso do Edifício Prestes Maia constitui-se em mais um conflito urbano: 468 famílias do movimento do MSTC – Movimento dos Sem-Teto do Centro, perfazendo 1.630 pessoas, ocuparam dois edifícios situados na Rua Prestes Maia. Na época da invasão, os dois edifícios já estavam abandonados pelos seus proprietários há mais 13 anos, sendo adquirido em 1989 por duas empresas do ramo imobiliário. Nestes quase quatorze anos, o abandono por parte dos proprietários revelou-se na ausência de registro público cartorário e não pagamento de IPTU, acumulando uma dívida de cinco milhões de reais, devidos desde a data da aquisição do imóvel.¹⁰³

Em ação reintegração de posse, os proprietários obtiveram, em março de 2003, a concessão liminar de reintegração de posse, que foi rechaçada pelo Movimento dos Sem-Teto, amparando-se na conduta anti-social dos proprietários. A prefeitura de São Paulo também se opôs à liminar de reintegração, declarando o imóvel de interesse social em uma tentativa de desapropriação, para que reintegração de posse não fosse executada. Porém, confirmou-se a decisão, sob o argumento de que o particular não tem a obrigação de satisfazer os problemas sociais de moradia, por se tratar de uma obrigação do poder público.¹⁰⁴

O Poder Judiciário exclui sua responsabilidade na resolução do problema, limitando-se a garantir a propriedade privada, não obstante o direito fundamental à moradia, expresso no artigo 6º da Constituição da República de 1988. Na intervenção do Município, mencionando o não cumprimento da função social e o seu interesse pela desapropriação, o intérprete afastou a incidência do princípio da função social dos espaços urbanos. Atentando-se para o mínimo existencial, o direito à moradia cedeu em favor do direito de propriedade.

Da análise das reivindicações coletivas urbanas surgem as maiores controvérsias em torno da função social da propriedade privada. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet a realização do mínimo existencial para uma vida digna concernente a uma obrigatoriedade do Estado em assegurar

¹⁰² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8 e STJ. REsp. 75.659. **Revista dos Tribunais**. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. p. 1-769, p. 207 e 208.

¹⁰³ ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (coords.). **Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2007. ¹⁰³ ALVES; PASSOS; PONTES; CORDEIRO, op. cit., p. 133-135.

¹⁰⁴ ALVES; PASSOS; PONTES; CORDEIRO, op. cit., p. 133-135.

moradia, ainda “é uma questão necessariamente aberta ao debate e carente de desenvolvimento”.¹⁰⁵

Na maioria dos julgados os intérpretes admitem que estejam diante de um fato novo, ausente de instrumento adequado para solução das demandas. Assim, a solução para os intérpretes diante dos casos concretos envolvendo moradia ainda é a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação de bens que devem ser sacrificados em nome da realização da moradia, ou mesmo para declarar inconstitucional qualquer tentativa de restrição de realização de tal direito, sempre visando a tutela da dignidade da pessoa humana.¹⁰⁶

Qualquer ponderação que seja feita entre realização de direitos fundamentais e a efetividade da função social sobre a concepção moderna de propriedade ou das situações proprietárias aqui discutidas, deve ser feita com amparo da democracia e em prol da dignidade da pessoa humana. Eis que os direitos fundamentais sociais não se constituem em mero capricho ou privilégio, mas em uma necessidade, já que sua supressão ou desconsideração contraria os valores da vida e da dignidade da pessoa:

O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade.¹⁰⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade foi idealizada pelas codificações modernas, sob a égide de uma concepção individualista e unitária. Recebida do feudalismo como um modelo “imperfeito”, no qual era partilhada nas mãos de diversos titulares, mostrava-se pouco apta a circular em novo cenário tecido pelo capitalismo. Sob o influxo da Revolução Francesa, o Código Civil francês delineou um modelo de propriedade “perfeita”, na qual todos os poderes concentravam-se nas mãos de um único titular.

As rupturas com essa concepção de propriedade ficaram a cargo do princípio democrático, em sua dimensão pluralista e igualitária. A propriedade foi fragmentada em uma pluralidade de estatutos jurídicos, delineando tantos conteúdos, quantos fossem os direitos. Permitiu-se que em lugar de uma única propriedade conjugassem-se várias propriedades; em lugar de um único interesse, vários interesses; em lugar de uma normatividade abstrata, uma normatividade concreta; e em lugar de uma relação simples, uma relação jurídica complexa. A

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 166.

¹⁰⁶ SARLET, **O Direito Fundamental...**, p. 167.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 89.

propriedade passa a ser identificada em face das necessidades existenciais, impondo deveres ao seu titular em favor dos não proprietários.

A função social da propriedade congrega a realização do mínimo existencial dos não proprietários, despatrimonializando o instituto e conferindo-lhe feição complexa e flexível, na qual se integra a realização de direitos fundamentais. É a propriedade repersonalizada, em atenção aos valores existenciais.

A terra e o território são chamados a cumprir a função social. Mas, não se trata de uma função social atrelada à concepção unitária de propriedade; função social específica, cujo papel fundamental é a realização de valores existenciais e culturais, no sentido de manutenção dos costumes seculares. Nela, o título é descartado em favor da relação com a terra, pois suas vidas suplantam o domínio.

Para a realização de direitos fundamentais, nestas situações proprietárias, basta o contato com a terra, o livre acesso aos recursos naturais, e a liberdade para criar e cultivar. Basta que o lugar que se chama território, seja o lugar em que estejam suas raízes com seus antepassados, os costumes e a mensuração do livre acesso.

Da análise destas situações proprietárias, constata-se o desmoronamento da concepção unitária da propriedade, caracterizada pela pretensão de transformar todas as terras em espaço submetido ao poder exclusivo de um único titular. É a queda de uma concepção de função social atrelada à propriedade codificada. O fundamental desta terra é que ela sirva para reprodução física e cultural, dando efetividade aos preceitos constitucionais da realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

A propriedade urbana torna-se espaço de realização do direito fundamental à moradia, sendo regulada tanto pela Constituição Federal como pelo Estatuto da Cidade. Tais propriedades estão limitadas pelo conteúdo da função social, que é informado pelo direito fundamental à moradia.

Porém, no solo urbano ainda é corriqueira a manutenção das desigualdades. O caso da Favela do Pullman deixou evidente que decisões de manutenção da posse nas ações reintegratórias são cada vez mais raras. Eis que conforme se extraiu do caso do Edifício Prestes Maia, mesmo quando se evidencia que se estava diante de uma demanda cujo polo passivo era composto por uma coletividade, e que do outro lado está um proprietário, cuja conduta é anti-social, deu-se preferência à manutenção da propriedade privada do titular. Consequentemente, ocorre a exclusão de qualquer interesse dos não proprietários, sob o argumento de que o direito à propriedade privada também é um direito fundamental.

Em relação à propriedade urbana, o intérprete mostra-se indiferente diante da democratização, repersonalização e despatrimonialização do direito civil. Resta concluir que em relação ao solo urbano, os tribunais preferem realizar a propriedade em desfavor da dignidade da pessoa humana. Não se atenta para a função social da cidade, deixando intacto um contexto de desigualdades que desponta da propriedade moderna.

REFERÊNCIAS

ALVES, Carolina Caraíba Nazareth; PASSOS, Cynthia Regina de Lima; PONTES, Daniele Regina; CORDEIRO, Noemia Paula Fontanela de Moura. Entre o real e os limites da moldura: apontamentos críticos sobre o acesso à propriedade e a ocupação Prestes Maia. CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (coords.).

Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo. Curitiba: Juruá, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução.** 5ª ed. ver. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Separata da Revista O DIREITO, ano 126, 1994.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil.** São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

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

BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil. Escritos esparsos.** _____. Rio de Janeiro: Destaque, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política.** Trad. João Ferreira; ver. geral João Ferreira e Luis Guerreiro pinto Cacais. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular n.º2.833. Rel. Min. CARLOS BRITTO, Julg. em 19/03/2009 e publ. no DJ 25-09-2009. republicação: dje-120 divulg 30-06-2010 public 01-07-2010. Disponível em: [Http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp](http://www.stf.jus.br/portal/geral/verImpressao.asp). Consulta dia 18.08.2010.

CORTIANO JR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. **A construção social do sentido da Constituição na democracia contemporânea: entre soberania popular e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

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

_____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** 2ª ed. revista atualizada / Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Estatuto da cidade e a função social da propriedade. **Revista do Tribunais.** Ano 97, vol. 867, 2008.

FIGUEIRA, Eliseu. **Renovação do sistema de direito privado.** Lisboa: Editorial Caminho, 1989.

FLÓRES-VALDÉS, Joaquín Arce y. **El derecho civil constitucional.** Madrid: Editorial Civitas, S.A, 1986.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 20ª ed. atualizada/por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. Gustavo Tepedino (coord.).

Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios.** Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Revisão Técnica de: Ricardo Marcelo Fonseca. - Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na constituição federal e legislação infraconstitucional. **Revistas dos tribunais**. Ano 96, vol. 860, junho de 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 3ª ed. atualizada segundo legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Pietro Perlingieri; tradução de: Maria Cristina De Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

PUGLIATTI, Salvatore. **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Dott. A. Giufere Editore, 1954.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra: Almedina, 1988.

SÁ, Andrea Alves. Um jeito de viver no sertão: por uma nova crítica do direito civil sobre a função social da terra de uso comum – estudo de caso sobre as comunidades de fundo de pasto de casa nova (Bahia, Brasil). CONRADO, Marcelo; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo (coords.) **Direito privado e constituição**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTIAGO, Theo. **Do feudalismo ao capitalismo**. 3ª ed. rev. São Paulo: Contexto, 1998.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 212.726-1/8 e STJ. REsp. 75.659. **Revista dos Tribunais**. Ano 85. V. 723. Janeiro de 1996. p. 1-769, p. 206.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). Crises e desafios do Constitucionalismo perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

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

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. **Leis do babaçu livre: práticas jurídicas das quebradeiras de coco de babaçu e normas correlatas**. Manaus: PPGSCA-UFAM/ Fundação Ford, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. 21ª ed. revista atualizada até a emenda constitucional n. 38. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

- TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro Magalhães. **Função social da propriedade rural: com destaque para a terra, no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2000.
- TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. ____ **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ____. Contornos constitucionais da propriedade privada. ____ **Temas de direito civil**. 4ª ed. revista atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil** (imobiliário, agrário e empresarial). São Paulo, n. 65, p. 21-32, jul/set. 1993.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem, outubro de 2009. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.