

A&C

Revista de Direito

Administrativo & Constitucional

Visite nosso site na internet:

www.jurua.com.br

e-mail:

editora@jurua.com.br

ISSN: 1516 – 3210



Curitiba/PR: Av. Munhoz da Rocha, 143 – Fone: (0**41) 352-1200

Fax: (0**41) 252-1311 – CEP: 80.035-000

Atendimento exclusivo para livreiros:

São Paulo/SP: R. Jesuíno de Brito, 21 – Freguesia do Ó

Fone/Fax: (0**11) 3932-0974 – CEP: 02925-140

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

R454

Curitiba : Juruá, n. 3, 1999.

230 p.

1. Direito administrativo – Periódicos. 2. Direito constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342

CDU 342.951

00354

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: MITO OU REALIDADE?

Carlos Araújo Leonetti¹

Sumário: 1. Introdução. 2. A função social da propriedade no direito brasileiro. 3. Conteúdo do princípio à luz da CF/88. 4. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o direito à propriedade foi considerado como absoluto (ou quase), permitindo que seu titular o exercesse (ou não) como melhor o aprouvesse, sempre levando em conta, apenas, os seus interesses pessoais. Assim o era nos primórdios do direito romano,² raiz histórica do instituto da propriedade.³

CRETELLA JÚNIOR, no entanto, anota que *“mesmo entre os romanos dos primeiros tempos, o caráter absoluto (da*

(1) Procurador da Fazenda Nacional; Professor da Universidade Federal de Santa Catarina, da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina e da Escola Superior da Advocacia do Estado de Santa Catarina.

(2) DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 4. Direito das coisas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 171; CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 170. Diz CRETELLA JÚNIOR: *“No direito romano, a propriedade principia por ser um direito absoluto exclusivo, que permite a alguém – o proprietário – utilizar a coisa como bem entender, inclusive de (sic) destruí-la, em virtude do jus abutendi. Não interessa ao romano dos tempos primitivos o que possa acontecer com a coisa, nem os danos que sua destruição possa ocasionar ao vizinho ou à coletividade. A propriedade tem um sentido personalíssimo, individualista”*. (ob. e loc. cit.).

(3) PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v. 4, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 65.

propriedade) não é totalmente invulnerável",⁴ já que, desde a *Lei das XII Táboas*⁵ se observam algumas restrições.

Com a Revolução Francesa, em 1789, que se caracterizou pela ascensão da burguesia ao poder, destronando as então classes dominantes, i. é, a nobreza e o clero,⁶ o direito à propriedade privada e, notadamente, o relativo aos bens imóveis, ganhou maior prestígio ainda, a ponto de o Código civil francês de 1804, por ela gerado, receber o apelido de "*código da propriedade*".⁷

A própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte francesa em 26.08.1789, consagrou, em seu art. 17, a propriedade como um direito sagrado e inviolável, somente admitindo que o titular fosse dela despojado em caso de indiscutível interesse público e após justa indenização.^{8/9} A 5ª Emenda à Constituição dos Estados

(4) Ob. cit., p. 171.

(5) Ou *lex duodecim tabularum* : conjunto de leis, de amplo espectro, abrangendo o direito público, o privado, o sagrado e o processual, editadas por volta do ano 450 a.C., durante o período da República.

(6) De acordo com AURÉLIO WANDER BASTOS, na Introdução à edição brasileira do clássico *Qu'est-ce le Tiers État?*, de EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS (*A Constituinte Burguesa/que é o Terceiro Estado?* Org. e introd. Aurélio Wander Bastos. Trad. Norma Azeredo. 2. tir. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 10), na França pré-revolucionária, seguindo-se uma tradição criada em 1302 por Felipe, o Belo, a população era dividida em três classes ou Estados, cujos representantes se reuniam em assembléias convocadas pelo Rei. Ainda segundo WANDER BASTOS, ob. cit., p. 35, a esta assembléia, que não era propriamente um Parlamento mas, um Conselho Consultivo do Monarca, deu-se o nome de *Estados Gerais*, justamente porque era constituída por representantes dos três Estados: o 1º, que reunia o clero; o 2º, formado pela nobreza e, finalmente o 3º Estado, composto por todos os demais súditos e que eram liderados pela burguesia (comerciantes, banqueiros, proprietários rurais), aliada ao baixo clero. SIEYÈS, ele mesmo um abade, foi eleito para representar o Terceiro Estado na reunião dos Estados Gerais (que não se reuniam desde 1614) que se instalou em 05.05.1789 (WANDER BASTOS, ob. cit., p. 39).

(7) PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 66.

(8) SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 59.

(9) Segundo JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ob. e loc. cit., o texto original do citado art. 17 é o seguinte: "*Art. 17 – La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité*".

Unidos da América, ainda em vigor, e que integra o chamado *Bill of Rights*,¹⁰ também prevê que ninguém será privado de sua propriedade senão para uso público e mediante justa compensação.¹¹

Durante todo o século XIX, até as primeiras décadas do atual, a propriedade privada foi encarada pelo direito ocidental como um direito subjetivo quase absoluto, somente cedendo diante das raras hipóteses previstas em lei.

Com o advento do chamado *Estado social*, que a doutrina costuma situar na segunda década deste século, com a promulgação das Constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919,¹² mais conhecida como *Constituição de Weimar*, em homenagem à cidade onde foi elaborada, a situação começou a mudar de forma mais rápida e drástica.

No campo doutrinário, o francês LÉON DUGUIT tem sido considerado o precursor da moderna concepção do direito de propriedade, lastreada na idéia de que esta deve cumprir sua *função social*.¹³ Em ciclo de palestras proferidas em Buenos Aires, em 1911, convertidas, posteriormente, em livro publicado em Paris, no ano seguinte, DUGUIT expôs a revolucionária idéia de que o proprietário não é, em verdade, titular de um direito subjetivo mas,

(10) As primeiras dez Emendas à Constituição americana, todas propostas pelo Congresso, em 25.09.1789 e ratificadas, pelos Estados, em 15.12.1791, são conhecidas, também, como *Bill of Rights* (Declaração de direitos).

(11) O texto original da 5ª Emenda é do seguinte teor: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, (...) nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation*”. (*The U. S. Constitution and fascinating facts about it*. Org. Robert F. Tedeschi, Jr. Fairfield, Connecticut: Oak Hill Publishing Co., 1993, p. 33-34).

(12) PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 2. ed., Florianópolis: Editora Estudantil, 1988, p. 43.

(13) GOMES, Orlando. **A Função Social da Propriedade**. In: ——— Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Salvador:, 1986, p. 60; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público**. In: ——— Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Salvador, 1986, p. 68.

apenas, o detentor da riqueza, uma espécie de gestor da coisa que devia ser socialmente útil.¹⁴

São suas as palavras:

*“A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito inatingível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder”.*¹⁵

Como bem observa HELY LOPES MEIRELLES, a propriedade continua a ser um direito individual mas, um direito individual condicionado ao bem estar da comunidade.¹⁶

Ou seja, o direito à propriedade sofreu um processo de *relativação*,¹⁷ ou de *publicização*¹⁸ ou, ainda, de *socialização*,¹⁹ como preferem alguns.

Em outras palavras, o exercício do direito de propriedade foi sendo, pouco a pouco, condicionado ao bem-estar social²⁰ ou ao cumprimento de sua *função social*, expressão, como já visto, cuja aplicação à propriedade tem sido atribuída à DUGUIT, o qual, possivelmente, inspirou-se nos ensinamentos de ARISTÓTELES, principalmente em *A Política*, e, de SÃO TOMÁS DE AQUINO.

(14) MELLO, Celso Antônio Bandeira de, ob. e loc. cit.

(15) *Apud* GOMES, Orlando, ob. e loc. cit.

(16) **Direito Administrativo Brasileiro**, 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 504.

(17) JOSSERAND, *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva, ob. cit., p. 67.

(18) MELLO, Celso Antonio Bandeira de, ob. cit., p. 67.

(19) MAZEAUD *et* MAZEAUD, *apud* PEREIRA, ob. e loc. cit.

(20) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 94.

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Até o advento da Constituição de 1934, o direito à propriedade privada era quase-absoluto, no Brasil, cedendo, apenas, diante da desapropriação pelo Poder Público, sempre mediante justa indenização.²¹

01. A primeira Constituição brasileira, a do Império, de 1824, consagrou, em seu art. 179, item 22, o direito à propriedade privada, nos seguintes termos, *verbis*:

“22) É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público, legalmente qualificado, exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos com que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização”.

Por seu turno, a Constituição de 1891, a primeira das Cartas republicanas, manteve o mesmo espírito, asseverando, em seu art. 172, § 17, que: “O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”.

O condicionamento do direito à propriedade privada ao cumprimento de sua função social somente ganhou, no Brasil, *status* constitucional com a Carta de 1934, inspirada no modelo alemão da *Constituição de Weimar*,²² cujo art. 113, item 17, rezava:

“17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei,

(21) JOSÉ CARLOS MORAES SALLES, ob. cit., p. 59, ensina que o primeiro diploma a regular a desapropriação, no Brasil, de que se tem notícia, é o Decreto, do então Príncipe Regente, de 21.05.1821, ainda antes da independência, portanto, no qual invoca o *Sagrado Direito de Propriedade* de nítida inspiração nos ideais da Revolução Francesa.

(22) BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 334.

mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

Infelizmente, como se sabe, a Carta de 1934, cuja feitura foi provocada pela *Revolução Constitucionalista* de 1932, após o movimento revolucionário de 1930, que alçou GETÚLIO VARGAS ao poder, teve vida curta. Com efeito, em 1937, VARGAS implanta o chamado *Estado Novo* e impõe ao país uma nova Constituição, de nítida inspiração na sua congênere polonesa de 1935, o que lhe valeu a alcunha de *Polaca*.²³

A *Constituição* de 1937, como era de se esperar, não repetiu o tratamento dado ao tema pela sua antecessora, assegurando “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia” (art. 122, item 14).

A Carta de 1946, redigida sob os ventos da redemocratização que se seguiu ao final da Segunda Grande Guerra, restaurou a necessidade do cumprimento da função social da propriedade, incluindo-a entre os princípios regentes da ordem econômica e social, nos seguintes termos:

“Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16,²⁴ promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

A Emenda Constitucional 10/64, acresceu parágrafos ao art. 147 da Constituição, prevendo a possibilidade de a União promover a desapropriação de imóveis rurais “para os fins previstos neste artigo”.

(23) BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 20.

(24) Art. 141, § 16: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. (omissis)”.

A Constituição de 1967 manteve, por seu turno, a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social, asseverando, em seu art. 157, III:

“Art. 157 – A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

.....

III – função social da propriedade”.

Não obstante, o direito à propriedade privada restou garantido, no art. 150, § 22, ressalvados os casos de desapropriação. A situação foi mantida com a Emenda 1/69.²⁵

Finalmente, a Carta de 1988 inovou, substancialmente, o tratamento dado à matéria, ao incluir a *função social da propriedade* entre os *direitos e garantias individuais e coletivos* (art. 5º, XXIII), conferindo-lhe, assim, o *status* de “*cláusula pétrea*” (art. 60, § 4º, IV).

Por outro lado, a Constituição atual manteve a função social da propriedade entre os princípios da ordem econômica (art. 170, III) e, não satisfeita, cuidou de, inclusive, prever os requisitos mediante os quais a propriedade de bens imóveis, sejam urbanos ou rurais, cumpre sua função social.

3. CONTEÚDO DO PRINCÍPIO À LUZ DA CF/88

O art. 5º da Carta de 88, encimando o Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), dá ao tema o seguinte tratamento:

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

(25) O art. 153, § 22, consagrava o direito de propriedade, ressalvados os casos de desapropriação. Por sua vez, o art. 160, III, incluía a *função social da propriedade* entre os princípios regentes da ordem econômica e social.

.....
 “XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV – no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Por sua vez, o art. 170, II e III, que inicia o Capítulo I (Dos Princípios gerais da atividade econômica) do Título VII (Da ordem econômica e financeira), estabelece, *verbis*:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
 II – propriedade privada;

III – função social da propriedade”.

No dizer de JOSÉ AFONSO DA SILVA, bastava a disposição contida no inc. XXIII do art. 5º para que “toda forma de propriedade fosse intrinsecamente permeada daquele princípio constitucional”.²⁶

Com efeito, ao asseverar que “é garantido o direito de propriedade” mas, também, NO MESMO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL e, portanto, com o mesmo campo de aplicação, que “a propriedade atenderá a sua função social”, o constituinte de 1988 deixou claro que o TODO o direito à propriedade está condicionado a que esta cumpra sua função social.

(26) SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 254.

Ou, por outra, APENAS a propriedade que atende a sua função social está albergada pela Constituição, como um *direito*, ou *garantia, fundamental*.

Outra não pode ser, *data venia*, a inteligência da análise sistêmica do art. 5º da Constituição. Na verdade, empregada tivesse sido, pelo legislador constituinte, a correta técnica legislativa, os comandos inculpidos nos incs. XXII e XXIII do art. 5º da Carta Magna deveriam estar contidos num mesmo dispositivo, cujo teor seria: “*é garantido o direito de propriedade, desde que esta atenda a sua função social*”, ou algo do gênero.

De qualquer modo, embora não tenha o legislador fundamental conferido à matéria o formato mais adequado, do ponto de vista técnico, resta claro que a inclusão do texto do inc. XXIII no art. 5º, LOGO APÓS o inc. XXII, que garante o direito de propriedade, não teve outra finalidade senão a de *condicionar* tal garantia.

Esta redação da matéria em dois dispositivos distintos, ainda que do mesmo artigo, além de poder ser creditada à falta de intimidade do constituinte, de modo geral, com a boa técnica legislativa, também se explica pela sistemática utilizada pela Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, e à disputa político-ideológica que se travou em seu seio.

Conforme bem lembra LUÍS ROBERTO BARROSO, “*além das dificuldades naturais advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final*”.²⁷

Como se sabe, a Assembléia Nacional Constituinte,²⁸ convocada pela Emenda Constitucional 26/85,²⁹ e instalada em 01.02.87, não partiu de um texto básico, conforme previa a idéia

(27) Ob. cit., p. 40.

(28) Para JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 82, na verdade, o que se instalou, em 1987, foi um *Congresso Constituinte*.

(29) Inovando a tradição observada até então, tanto no Brasil, como no estrangeiro, a substituição da ordem constitucional então vigente (a Constituição de 1967, na redação dada pela Emenda 1/69, e alterações posteriores) foi prevista pela própria Carta substituída, por meio de uma Emenda ao seu texto.

inicial do candidato vencedor das eleições presidenciais de janeiro de 1985, TANCREDO NEVES.³⁰

Assim, o texto constitucional foi redigido do particular para o geral: i. é, cada uma das oito comissões temáticas,³¹ por sua vez formadas por três subcomissões, em que se dividiu a Assembléia Constituinte, elaborou um anteprojeto parcial, versando determinado tema. Numa segunda, fase, os textos destes oito anteprojetos foram consolidados, pela Comissão de Sistematização, em um único texto final, com, nada menos, de 551 artigos, mais tarde, “enxugado” para 246 artigos no corpo permanente e 70, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Na lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, “a falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento desta natureza”.³²

Além disto, a acirrada disputa entre as forças conservadoras e as progressistas, na Constituinte, aquelas representadas, na fase final das votações, pelo então chamado “*Centrão*”, fez com que algumas matérias, como a atinente à propriedade, fosse tratada em mais de uma proposta distinta, por meio do sistema de “*destaques*”, o que possibilitou situações como a dos incs. XXII e XXIII do art. 5º.³³

(30) O anteprojeto de Constituição elaborado pela comissão de *notáveis*, nomeada pelo Presidente JOSÉ SARNEY, em cumprimento à promessa de campanha de seu companheiro de chapa, TANCREDO NEVES, e presidida por AFONSO ARINOS, acabou não sendo utilizado pela Assembléia Nacional Constituinte.

(31) Cada uma destas responsável pela elaboração do anteprojeto de um dos oito Títulos que formam a parte especial permanente da Constituição (excluindo-se, portanto as Disposições gerais e as Disposições Transitórias).

(32) Ob. cit., p. 40.

(33) O sistema de votação “*em destaques*”, tradicional no processo legislativo brasileiro, permite que dispositivos versando o mesmo tema sejam apreciados separadamente, e não, “*em bloco*”. No caso em tela, a ala mais conservadora insistiu em fazer figurar na Constituição a garantia ao direito de propriedade, o que gerou, além da sua inclusão no *caput* do art. 5º, o inc. XXII do mesmo

O texto do art. 5º da Carta atual leva, inexoravelmente, a nosso ver, às seguintes conclusões:

a) a ordem constitucional brasileira admite a propriedade privada, de bens e direitos, ao lado da propriedade pública, condicionando, no entanto, a primeira, ao atendimento de sua *função social*;

b) o princípio da função social da propriedade, ao invés de se revelar uma mera *restrição* ao direito de propriedade, compõe o próprio *desenho* do instituto, de sorte que, a partir de 05.10.88, no Brasil, somente é garantida a propriedade particular que cumpra sua função social;

c) a expressão "*propriedade*", nos arts. 5º e 170, da Constituição, é utilizada em sentido amplo, de forma a englobar a titularidade de quaisquer bens ou direitos do particular, sejam de natureza corpórea, ou não;

d) finalmente, como se trata de direito individual, o regime da propriedade privada estabelecido no art. 5º não pode ser objeto de Emenda Constitucional tendente a abolí-lo, por força do disposto no art. 60, § 4º, IV, da Carta Magna, que o erigiu em *cláusula pétrea*.³⁴

JOSÉ AFONSO DA SILVA, com o nosso aplauso, repudia as manifestações doutrinárias que vêm na função social da propriedade um mero sistema de limitação da propriedade. Este, diz ele, com apoio em KARL RENNER, ANGEL SUSTAETA ELUTIZIA e M.S. GIANNINI, diz respeito "*ao exercício do direito, ao proprietário; aquela (a função social da propriedade), à estrutura do direito mesmo, à propriedade*".³⁵

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, por seu turno, também anota que há duas grandes correntes doutrinárias quanto à

artigo; por seu turno, o bloco dito progressista se empenhou no sentido fosse insculpido, no art. 5º, dentre os direitos individuais e coletivos, o princípio da função social da propriedade, objetivando, obviamente, *relativizar* a garantia à propriedade privada.

(34) Diz o mencionado dispositivo constitucional: "§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais".

(35) Ob. cit., p. 254.

natureza do princípio da função social da propriedade: para uns, seria uma forma de manifestação do poder de polícia de que se reveste a Administração Pública; para outros, seria um novo instrumento que, conjugado aos já existentes, possibilita a obtenção de uma ordem econômica e social que realize o desenvolvimento com justiça social.³⁶

FÁBIO KONDER COMPARATTO segue na mesma trilha de JOSÉ AFONSO DA SILVA, supraexposta, afirmando que “*a chamada função social da propriedade representa um poder-dever positivo, exercido no interesse da coletividade, e inconfundível, como tal, com as restrições tradicionais ao uso de bens próprios*”.³⁷

Aduza-se, também, a opinião de ORLANDO GOMES, segundo a qual o princípio da função social da propriedade atinge a *substância* do direito de propriedade, dando origem a uma *nova concepção* do instituto.³⁸

4. CONCLUSÕES

A partir da Constituição de 1988, o direito brasileiro, a ordem jurídica pátria, somente protege a propriedade que cumpra a sua função social, i. é, que aproveite, ainda que de forma indireta, à sociedade como um todo. Aqui, pouco faz, em nossa opinião, se a propriedade em tela dispõe de *função individual*, ou não, distinção feita por EROS ROBERTO GRAU.³⁹ Mesmo a propriedade com função precipuamente individual, v.g., a residência de alguém, pode, e deve, cumprir uma função social, na medida em que é efetivamente utilizada para seu fim (habitação), colaborando, assim, com o bem-estar geral.

Aliás, o próprio GRAU admite que a incidência do princípio não se restringe aos *bens de produção* mas, afeta, também, “*a propriedade que excede o quanto caracterizável como propriedade*”

(36) Ob. cit., p. 96.

(37) *In Anais...*, supracitado, p. 85.

(38) Ob. cit., p. 63.

(39) *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 246-247.

erguida por função individual”, assim entendida, *“especialmente, a propriedade detida para fins de especulação ou acumulação sem destinação ao uso a que se volta”*.⁴⁰

Assim, no exemplo visto acima, estivesse o terreno, no qual a casa foi erguida, não edificado, e sem nenhuma outra utilização compatível com o plano diretor do respectivo município (se situar em área urbana) a conclusão *podia* ser outra: ou seja, no sentido que a sua função social não estava sendo cumprida.

Não é por acaso que a própria Constituição, em seu art. 182, § 2º, reza que a *“propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”*.

Analogamente, em se tratando de propriedade de imóvel rural, a Carta cuida de arrolar os requisitos que devem ser, simultaneamente, atendidos, a fim de sua função social seja considerada atendida.⁴¹

Por outro lado, a inclusão da função social da propriedade, a exemplo das Cartas anteriores, entre os princípios que regem a ordem econômica e social, ao lado da propriedade privada (art. 170, II e III), veio a reforçar a idéia da *relativação* do direito à propriedade particular, conforme observa JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Os conservadores da constituinte, contudo, insistiram para que a propriedade privada figurasse como um dos princípios da ordem econômica,⁴² sem perceber que, com isso, estavam relativizando o conceito de propriedade, porque submetendo-a aos ditames da justiça social, de sorte

(40) Ob. cit., p. 249.

(41) *“Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, os 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”*.

(42) Até então, a *propriedade privada* jamais havia sido, expressamente, incluída entre os princípios constitucionais da ordem econômica.

*que se pode dizer que ela só ela é legítima enquanto cumpra uma função dirigida à justiça social”.*⁴³

Oportuna aqui, também, a lição de FÁBIO KONDER COMPARATTO,⁴⁴ para quem “a destinação social dos bens de produção⁴⁵ não deve estar submetida ao princípio da autonomia individual, nem ao poder discricionário da Administração Pública”.

Outra questão importante que se impõe, nesta matéria, é a respeitante às *conseqüências* do descumprimento do princípio da função social da propriedade. Isto é, será que o não atendimento da função social da propriedade gerará, para seu titular, alguma conseqüência de ordem prática ou a previsão do inc. XXIII do art. 5º e do art. 170, III, configuram meros indicativos, simples programas, destinados aos Poderes constituídos e à sociedade em geral?

Para aqueles que, como nós, repelem a idéia de que a Constituição possa conter normas despidas de eficácia, aquelas às quais a doutrina mais tradicional convencionou denominar de *normas meramente programáticas*, a resposta, necessariamente, terá de ser no sentido de que o descumprimento do princípio da função social da propriedade como, de resto, de qualquer outro veiculado, explícita ou implicitamente, pela Carta Magna, gera, para o titular da propriedade,⁴⁶ conseqüências jurídicas concretas.⁴⁷

(43) Ob. cit., p. 690.

(44) Ob. cit., p. 85.

(45) A menção de COMPARATTO aos *bens de produção*, no texto citado, se justifica porque, à época (1986), o princípio da função social da propriedade, em sede constitucional, restringia-se à ordem econômica.

(46) Como já exposto anteriormente, o termo *propriedade* deve, aqui, ser entendido, no seu sentido mais amplo possível, abrangendo a titularidade de qualquer bem ou direito e, inclusive, a posse.

(47) Entre outros juristas, perfilham conosco o entendimento de que as normas constitucionais ditas programáticas têm eficácia vinculante: BONAVIDES, Paulo, ob. cit., p. 210; GRAU, Eros Roberto. **A Constituição brasileira e as normas programáticas**. In: ——— Revista de direito constitucional e Ciência Política. n. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 41; SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 65.

A própria Constituição, como já visto, trata de arrolar algumas destas conseqüências, como, v.g., nos arts. 153, § 4º, 156, § 1º, 182, § 4º e 184.

Assim, o proprietário, ou possuidor, de um imóvel situado em área urbana que não esteja edificado ou, ainda que edificado, esteja sendo subutilizado ou não utilizado, sempre à luz das disposições do respectivo plano diretor, poderá ser compelido, pelo Município, nos termos da *lei federal*, e mediante lei municipal específica, a promover o seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de parcelamento ou edificação compulsórios, tributação, pelo IPTU,⁴⁸ com alíquotas progressivas no tempo e, finalmente, desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública.⁴⁹

Analogamente, o imóvel rural que não esteja atendendo sua função social, nos termos do art. 186 da Constituição, está sujeito a, além de tributação mais gravosa, pelo ITR,⁵⁰ conforme preconiza o art. 153, § 4º, desapropriação para fins de reforma agrária, a teor do disposto no art. 184, todos da Magna Carta.

Pessoalmente, entendemos que as conseqüências do descumprimento da função social da propriedade não se limitam àquelas expressamente arroladas pelo constituinte. Como, conforme já visto, o princípio da função social integra o próprio conceito (constitucional) de propriedade privada, no Brasil ou, pelo menos, o conceito da propriedade privada que goza da garantia constitucional (art. 5º, *caput* e incs. XXII e XXIII), a conclusão inexorável é a de que apenas esta *propriedade* (no sentido lato) é que merece a proteção da ordem jurídica.

Em outras palavras, todas as garantias, prerrogativas e privilégios que o direito brasileiro outorga à propriedade (e à posse),

(48) Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, de competência dos Municípios.

(49) Constituição, art. 156, § 1º c/c art. 182, § 4º. Apesar de a *lei federal* prevista no art. 182, § 4º, não ter sido, ainda, editada, entendemos que os Municípios podem exercer, plenamente, a faculdade mencionada, em respeito ao *princípio federativo*, um dos alicerces de nosso sistema constitucional.

(50) Imposto sobre a propriedade territorial rural, de competência da União.

inclusive às relativas à proteção possessória, estão restritas, a partir de 05.10.88,⁵¹ à propriedade (e à posse) que cumprir sua função social.⁵²

Como bem lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA, “a norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais”.⁵³ E, ainda:

“aquela norma tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina, nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada houvesse mudado”.

Em se tratando de ações possessórias, ou reivindicatórias, incidentes sobre bens imóveis, por exemplo, este princípio constitucional faz com que o Magistrado seja obrigado a examinar, no caso concreto, o cumprimento da função social da propriedade (ou da posse), tanto por parte do autor, como do réu, se for o caso. Se concluir que o princípio não era atendido pelo autor da ação, o Juiz deve julgar a ação improcedente, ainda que os requisitos exigidos pela lei, para sua procedência, restem atendidos.

Uma sentença desta natureza não implica, no entanto, que a parte vencida não faça jus a uma indenização, principalmente se for, efetivamente, o proprietário do bem. Neste caso, a indenização deverá ser paga ou pela parte vencedora na ação ou, pelo Poder Público, se aquela for hipossuficiente.⁵⁴

(51) Data em que a atual Constituição foi promulgada e, conseqüentemente, entrou em vigor.

(52) Tivemos oportunidade de manifestar esta opinião em palestra proferida em Fortaleza – CE, em julho de 1997, durante o XVIII Encontro Nacional de Estudantes de Direito.

(53) Ob. cit., p. 255.

(54) JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 256, também entende que o princípio “não autoriza esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de sua garantia”.

Cabe, aqui, lembrar o sempre valioso ensinamento de ORLANDO GOMES, segundo o qual a função social da propriedade é uma concepção com eficácia autônoma que atua, diretamente, sobre o direito de propriedade. São suas as palavras:

*“A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do direito, civil, como princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário. Nessa ótica, a ação do Juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do Magistrado passa a ser, no particular, uma “ação de invenção e de adaptação”, como se exprime LANVERSIN⁵⁵ definindo a ação pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito”.*⁵⁶

FÁBIO KONDER COMPARATTO, em artigo publicado no jornal “FOLHA DE SÃO PAULO”, intitulado **A propriedade ou a vida**, observou, com muita propriedade que *“se faz algum sentido declarar – e por duas vezes! – que a propriedade deve atender a sua função social (Constituição, art. 5º, XXIII; art. 170, III), é inadmissível que os Juízes acolham a pretensão de expulsão de dezenas de famílias que se instalam em imóveis inaproveitados por seus proprietários”.*⁵⁷

Acrescenta COMPARATTO: *“se o proprietário de imóveis desocupados não lhes dá uma destinação conforme as necessidades coletivas, o Poder Público pode, e deve, forçá-lo a*

(55) LANVERSIN, Jacques de. *La propriété, une nouvelle régie du jeu?* Paris: Presses Universitaires, 1975, p. 57 (apud GOMES, ob. cit., p. 60).

(56) Ob. cit., p. 63.

(57) Apud TAVOLONI JÚNIOR, Alexandre. **O papel do advogado público no controle da legitimidade constitucional (a reforma agrária como instrumento concretizador de princípios constitucionais)** In: ——— Revista Jurídica da Procuradoria da Fazenda Estadual de Minas Gerais. n. 11, p. 39-40.

desempenhar seu dever social de proprietário, para neles alojar famílias sem teto".⁵⁸

Por óbvio, a verificação do atendimento, ou não, do princípio da função social da propriedade deve ser feito, em cada caso, sempre com muita cautela e, se necessário, mediante perícia.

Assim, o tão-só fato de um imóvel, urbano ou rural, se encontrar, aparentemente, sem uso, não autoriza a ninguém a concluir que sua função social não esteja sendo preenchida. O que se visa coibir, com este princípio, é o não uso do bem com fins meramente especulativos ou de acumulação.⁵⁹

Conforme anota JOSÉ AFONSO DA SILVA,⁶⁰ "*o princípio da função social da propriedade não autoriza suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada*", embora possa "*fundamentar até mesmo a socialização de algum tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário*".

Nesta linha de raciocínio, mesmo a propriedade (ou posse) de um imóvel que seja utilizado, apenas, esporádica ou sazonalmente, v.g., uma casa de praia, ou de campo, uma chácara, etc., pode cumprir sua função social, desde que atenda os requisitos constitucionais aplicáveis.

No mesmo diapasão, o simples fato de haver um terreno, urbano ou rural, aparentemente, sem utilização não autoriza a conclusão, *a priori*, de que sua função social não esteja sendo atendida. É preciso examinar-se as *circunstâncias* que cercam esta aparente não utilização. O proprietário do imóvel pode estar, por exemplo, aguardando a obtenção de um financiamento para nele edificar sua residência; ou, no caso de o imóvel pertencer a uma empresa incorporadora imobiliária, esta pode estar à espera de que o mercado ofereça as condições necessárias para o lançamento do empreendimento previsto para aquele local.

(58) Ob. e loc. cit.

(59) GRAU, Eros Roberto, ob. cit., p. 249.

(60) Ob. cit., p. 256.

Ou, ainda, o proprietário do bem pode ser uma pessoa jurídica qualquer, de direito público ou privado, que pretende nele erguer sua nova sede, por exemplo.

Enfim, a questão atinente ao atendimento, ou não, do princípio da função social da propriedade requer um exame cuidadoso e isento, sob pena de distorcer-se os objetivos do instituto.

De qualquer sorte, fica claro que o princípio da função social da propriedade somente se tornará uma autêntica realidade, em nosso direito, na medida em que a sociedade brasileira como um todo e, em especial, a comunidade jurídica, se conscientizar de sua existência e passar a aplicá-lo, de forma efetiva.