

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUSTENTABILIDADE¹

SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND SUSTAINABILITY

Helena Nastassya Paschoal Pítsica²

Sandra Krieger Gonçalves³

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceituações que esboçam uma essência da propriedade privada; 1.1 Escorço histórico; 2 Função social do direito de propriedade; 3 Sustentabilidade e a percepção do direito de propriedade com fundamento coletivo; Considerações Finais; Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade abordar a função social e a sustentabilidade como elementos intrínsecos do direito de propriedade. Para tanto devem ser observadas as conceituações que o direito de propriedade traz em si, tanto pelo ponto de vista conceitual quanto histórico, com o fim de compreensão da necessidade de releitura do mesmo. Se por um lado temos um direito que vem permeado do individualismo e do exclusivismo, por outro tem-se a função social da propriedade como elemento nuclear, sob o qual está assentada a sustentabilidade e a urgente necessidade de valorização de princípios outros além do individualismo.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade; Função Social; Sustentabilidade.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo abordar la función social y la sostenibilidad como elementos intrínsecos del derecho de propiedad. Sin embargo deben ser observados los conceptos que el derecho de propiedad trae consigo, tanto del punto de vista conceptual como histórico, con el objetivo de comprender la necesidad de una segunda lectura del mismo. Si por un lado tenemos un derecho

¹ Artigo escrito originalmente como trabalho final das disciplinas Derecho Ambiental y sostenibilidad e Principios constitucionais e a proteção a vida, ministradas pelo Professor Doutor Gabriel Real Ferrer e pelo Professor Doutor Andrés Molina, do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí, 2011, I em Alicante, ES.

² Doutoranda e Mestra pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogada, Professora de Graduação e Pós-Graduação.

³ Doutoranda e Mestra pela Universidade do Vale do Itajaí, Advogada da Sociedade Krieger Advogados Associados, Professora de Graduação e Pós-Graduação.

que viene impregnado del individualismo y el exclusivismo, por el otro se tiene la función social de la propiedad como elemento central, en el cual se asienta la sostenibilidad y la urgente necesidad de reconocimiento de otros principios además del individualismo.

PALABRAS CLAVE: Propiedad; Función Social; Sostenibilidad.

INTRODUÇÃO

A partir da premissa primeira deste artigo, qual seja, perquirir a função social da propriedade e a sustentabilidade, faz-se necessário analisar os variados espectros da propriedade, tendo em vista o objetivo central do presente artigo, qual seja, apontar o que efetivamente esboça o melhor contorno da sustentabilidade alinhada à função social da propriedade. Para tanto formula-se o seguinte problema a ser perquirido, qual seja: qual a leitura desejável do direito à propriedade e sua inerente função social frente aos valores da Sociedade contemporânea?

Ora, a propriedade e seu espectro tem acompanhado a dinâmica da Sociedade em que está inserida variando desde de o absoluto individualismo que a caracterizou a partir das inspiradoras conquistas advindas da Revolução Francesa até os dias atuais em que a franca consciência da sua função social diretamente ligada a questões como a sustentabilidade dão um contorno bem coletivo e socialmente preocupado com os interesses difusos diretamente a ela ligados e condicionados.

Mas alguns ainda têm a equivocada noção de que a função social da propriedade é como que um “enfeite” um algo mais que a propriedade traz em si. Ora, convém, desde logo, afirmar que, ao contrário, a função social é a priori, ou seja, é da essência da propriedade. É sua mola propulsora, seu núcleo vital.

1 CONCEITUAÇÕES QUE ESBOÇAM UMA ESSÊNCIA DA PROPRIEDADE PRIVADA

A propriedade pode ser observada e estudada com diversos filtros e, de acordo com o objetivo de cada um deles, encontra-se uma gama variada de conceituações. A possibilidade de conceituações decorre, no campo jurídico, do objetivo a que se propôs o legislador, o intérprete da lei e o contexto historicossocial em que a mesma está inserida.

Seguindo o pensamento de Bobbio, quando buscamos as definições dos termos que sujeitamos à análise é possível verificar os variados significados que lhe atribuem a Sociedade em que está inserido num determinado momento histórico. Vale dizer, "A etimologia do termo, quando é possível encontrá-la, permite avaliar, mediante cotejo, a eventual diferença entre o significado atual e o original"; mais que isso, permite "investigar historicamente, tendo em conta essa mesma base, sua evolução através dos tempos"⁴.

Assim com os termos jurídicos e, assim também o é com a propriedade. As feições que a propriedade sobre a coisa tiveram ao longo do tempo refletem a dinâmica social e os anseios da Sociedade num determinado local e momento histórico.

Iniciando pelo aspecto etimológico da propriedade, faz-se presente o raciocínio de Bobbio que preleciona:

O substantivo propriedade deriva do adjetivo latino *proprius* e significa "que é de um indivíduo específico ou de um objeto específico (neste caso, equivale a: típico daquele objeto, a ele pertencente), sendo apenas seu". A etimologia oferece os traços de uma oposição entre um indivíduo ou um objeto específico e o resto de um universo de indivíduos e de objetos, como categorias que se excluem reciprocamente.⁵

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB. 1991. 2 v. p.1021.

⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB. 1991. 2 v. p.1021

Esse olhar primeiro é pragmático e ainda superficial mas expõe o núcleo central exteriorizado da propriedade, qual seja o *elo* que possui a coisa e seu titular. O conceito que daí emerge é o de "objeto que pertence a alguém de modo exclusivo", logo seguido da implicação jurídica: "direito de possuir alguma coisa", ou seja, "de dispor de alguma coisa de modo pleno, sem limites"⁶.

E, neste sentido, é fato que estamos tratando de um determinado objeto que tem um ou mais titulares e que, independentemente do número de titulares, a exclusividade e a oponibilidade mantêm-se unas, indissociáveis.

Assim, dentre outras, a propriedade sobre a coisa traz consigo faculdades positivas, como a de o proprietário usar, transformar, transmitir ou abandonar a coisa, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. A isso corresponde a obrigação passiva universal, ou dever jurídico, decorrente da oponibilidade *erga omnes* do direito.

Nas palavras de Topedino "tais poderes, expressão do elemento interno ou econômico do domínio [...] e do elemento externo ou jurídico [...] compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto"⁷.

Estendendo o raciocínio, Nusdeo analisa a natureza econômica dos direitos e relações previstos no Código Civil Brasileiro destacando que, quase 90% do conteúdo do Código é composto por disposições com enfoque econômico e cita como exemplos: contratos, regime de bens do patrimônio e nas sucessões, a propriedade, as obrigações, todos têm subjacente a si uma realidade econômica, por implicarem situações ou operações onde se cogita de bens escassos.⁸

Nusdeo, ainda sobre esse aspecto, destaca que "quanto mais Economia, mais Direito" posto que, quanto mais escassos ficam os bens pelo desenvolvimento da

⁶ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB. 1991. 2 v. p.1021.

⁷ TOPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.310

⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p.19.

Sociedade e sua expansão populacional, "maior a quantidade de normas jurídicas necessárias para regular aqueles interesses", surgindo um sem número de leis para "tutelar o consumo, a concorrência, o meio ambiente, os códigos florestais de pesca, de águas, o urbanismo, a regulamentação de investimentos, da agricultura, dos bancos, comércio e indústria"⁹.

Ainda acerca da variada gama de conceituações possíveis acerca da propriedade, Gilissen tem-na como "um direito real, ou seja, uma relação entre uma pessoa e todas as outras relativamente a um bem; um direito oponível *erga omnes*".¹⁰ Note-se o cuidado do autor em relacionar a propriedade a relações interpessoais interligando o direito real às pessoas e destacando essa relação, não a reduzindo a uma "relação" do titular com a própria coisa.

É possível, ainda, conceitua-la de forma ainda mais exteriorizada como um direito ou faculdade que interliga o homem à sua coisa, de tal forma que seu titular tenha as prerrogativas de extrair dela (a coisa), toda utilidade, comodidade e frutos que ela possa, por sua natureza, proporcionar. Neste viés, a propriedade pode ser vista, inclusive, como "o poder jurídico, geral e potencialmente absoluto, de uma pessoa sobre a coisa corpórea"¹¹.

Esse pensamento, coaduna com o de Ruggiero que destaca ser uma relação de direito privado em que a coisa está completamente sujeita à vontade do titular, respeitados os preceitos de direito público e a "concorrência com o direito alheio".¹²

A propriedade e suas possíveis conceituações retrata a evolução ao longo do tempo e os contornos ditados por momentos historicolegais, sociais e coletivos de tal forma que não se pode evidenciar um único, completo e invariável

⁹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p.21.

¹⁰ GILISSEN, John. **Introdução histórica do direito**. Tradução de Antônio Manoel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979. p. 633.

¹¹ CRETELLA JÚNIOR, J. **Curso de direito romano**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.169

¹² RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2, p.372.

conceito que abarque seu âmbito diante de situações reais nos quais interagem indivíduos e direitos.

1.1 Escorço histórico

A vinculação social da propriedade, de forma restrita, através de princípio jurídico, por seu turno, implica em negar que o interesse individual do proprietário possa sobrepor-se, incondicionalmente, aos interesses de uma coletividade. Coulanges, ao traçar o início da individualização do espaço físico da propriedade destaca a necessidade de o "lar"¹³ e sua destinação de servir ao altar de culto aos antepassados, ser isolado, ou seja, que fosse exteriorizada a sua separação em relação àquele pertencente aos demais. Essa individualização da terra, necessária para que, no momento em que se realizassem as cerimônias e cultos aos antepassados, nenhum outro pudesse interferir ou interromper.

Essa é a canalização religiosa, com aspecto sagrado dado à propriedade.

Assim, existe a propriedade exclusiva da família e não de um homem só. A propriedade, dentro de seus limites, é sagrada e inviolável, sendo respeitada não só por imposição legal, mas por ser inerente à religião doméstica. Existe a propriedade exclusiva da família e não de um homem só.

Por estar tão intimamente ligada a convicções religiosas, de início não era possível abandonar ou transmitir a propriedade a estranhos que não pertencentes à família, a não ser em casos específicos. No entanto, aos poucos, foi sendo permitido ao proprietário, através de preceitos legais, desfazer-se de suas terras.

Neste ponto, a propriedade de coletiva à privada perpassa por estágios sucessivos. Desde a propriedade coletiva na horda, em que todos eram proprietários das coisas de interesse do grupo, ou seja, a terra e os meios de defesa e produção, ao seguinte, em que surgiram as famílias como unidades

¹³COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1998. p. 50.

internas do grupo e, assim, a propriedade familiar¹⁴ administrada e sob o domínio do *pater familias*¹⁵, até a propriedade privada com feição individual, estágios estes que cumpriram a lenta e gradual dinâmica acompanhante da Sociedade.

Por sua vez, Friedrich Engels, com base no estudo elaborado por Morgan, distinguiu a história da existência da humanidade em três fases distintas, quais sejam: o estado selvagem, a barbárie e a civilização.

Engels afirma que, até a fase inferior da barbárie, “a riqueza duradoura limitava-se, pouco mais ou pouco menos, à habitação, às vestes, aos adornos primitivos e aos utensílios necessários para a obtenção e preparação dos alimentos: o barco, as armas e os objetos caseiros mais simples”; e prossegue questionando a quem, efetivamente, caberia essa nova riqueza para, enfim, concluir que, em sua origem, pertenceu às gens¹⁶

Mas bem cedo deve ter-se desenvolvido a propriedade privada dos rebanhos [...] como propriedade particular dos chefes de família, com o mesmo título que os produtos artísticos da barbárie, os utensílios de metal, os objetos de luxo e, finalmente, o gado humano: os escravos.¹⁷

Para Engels, pelo menos nos primeiros tempos da cidade, a *gens* romana tinha como atribuição a manutenção da propriedade entre os gentílicos por meio do direito de herança recíproco. Neste ponto, ainda estamos tratando de um direito concedido exclusivamente ao lado paterno posto que, “na gens romana, da mesma forma que na grega, os descendentes por linha feminina eram excluídos da herança”.

¹⁴ “Esta ainda não é a propriedade individual, porque o chefe da casa dela não dispõe absolutamente e as famílias primitivas são grupos amplos, que comportam todo um vasto parentesco, e se propagam por muitas gerações.”. In PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 149.

¹⁵ “Pater familias, era o termo utilizado pelos romanos para identificar o chefe do grupo familiar, sobre o qual recaía o poder sobre todos os bens e pessoas da família mas também a responsabilidade pela sua sobrevivência”. In PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 175

¹⁶ No sentido de clã ou agrupamento de pessoas que se julgam descender de um ascendente comum

¹⁷ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 57-58

Ora, segundo a Lei das XII Tábuas, na ordem da vocação hereditária, os primeiros sucessores a serem chamados para suceder a terra seriam os filhos, na qualidade de herdeiros diretos. Somente não os havendo é que, então, seriam chamados os agnados, ou seja, os parentes advindos da linha masculina. Não havendo nem mesmo os agnados é que chamar-se-ia os demais membros da gens.

Essa ordem da vocação hereditária tinha, por certo, a premissa primeira de que, em caso algum, a propriedade deixaria de pertencer à gens¹⁸.

O direito sobre a coisa, ou melhor, a exclusividade ante todos os demais, em quaisquer dos casos retro mencionados, já delineia o direito de propriedade com sua feição de perpetuidade e um certo individualismo.

Fora o aspecto religioso e de união familiar, há ainda a feição econômica da propriedade. Vaz traça esse aspecto de forma mais aguda ao afirmar que “o direito econômico das propriedades”, no plano das relações pessoais, pode ser um dos aspectos incisivos na formação da família monogâmica, posto que, segundo a concepção materialista, ela se forma a partir da necessidade de acumular riquezas e garantir heranças, ocasionando a submissão da mulher e dos filhos ao chefe da família e pervertendo as antigas instituições das gens¹⁹.

Contudo, é no direito romano que a propriedade deita suas raízes posto que, “em traços largos, o direito de propriedade que veio a prevalecer entre os romanos, após longo processo de individualização, é o que modernamente se qualifica como individualista”²⁰. Cada coisa, assim, tem apenas um dono, ou titular cujos poderes de proprietário somam-se mais amplos.

Cabe destacar que com essa visão de contorno individualista, não se está fazendo referência a uma Sociedade que virasse as costas para o coletivo, para o

¹⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987. p. 134.

¹⁹ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.151.

²⁰ GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 101.

social. Ao contrário, Segundo Pilati, "deve-se rever o equívoco de colocar no Direito Romano a origem do individualismo moderno"²¹.

No transcorrer desta evolução o conceito do direito de propriedade sofreu inúmeras influências, sendo basilar: a ordem econômica, social e política.

A organização política sob a perspectiva histórica fica evidente em críticas formuladas ao sistema de cada período histórico e pensadores de sua época. Essa influência, ao tempo em que houve a supremacia do feudalismo, transpassava as prerrogativas do proprietário e expressava a organização da Sociedade. Arone destaca que:

A propriedade civil, à época do feudalismo, trazia ainda em seu bojo em poder político (efetivo), que dava aos senhores feudais a capacidade de julgar, tributar e legislar, inerentes à sua condição de detentor do domínio eminente, harmonizados com o domínio civil do respectivo soberano.²²

Segundo, na Idade Média, a titularidade sobre as terras teve um papel relevante posto que a pirâmide social da época catalizava o poderio econômico e o transpassava para a propriedade

Na época medieval, prevalecia a máxima *nulla terre sans seigneur*, fragilizando o proprietário livre, ante o poder do senhor feudal, que se situava no topo da pirâmide social, por seu poderio econômico e político.²³

Esse "topo da pirâmide social" era exteriorizado no momento em que os feudos eram dados, a título de usufruto condicional a certos beneficiários que se comprometiam a prestar serviços, inclusive militares.

Com o passar do tempo esses feudos transmutaram-se em propriedade que transpassou a ser perpétua, mantendo a economia agrária e a pouca circulação monetária e os grupos sociais existentes praticamente fixos sem que os indivíduos pudessem migrar de um para outro grupo. Tal situação garantida por

²¹ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

²² ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 153.

²³ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.153.

meio de legislações e governos respaldados pela áurea divina conferida ao seu poder e autoridade.

Na Europa do século XVII Hobbes, um absolutista em suas convicções, em vez de apoiar-se na teoria do direito divino, pretendeu justificar a existência de um Estado forte e do governo absoluto com fundamentos racionais. O Estado é, nesta ótica o grande Leviathan, gigante construído por todos os homens, que em si contém a unidade absoluta e o poder soberano.

Segundo ele, os homens, por sua natureza, são aproximadamente iguais não sendo nenhum tão forte que não possa temer os outros, nem nenhum tão débil que não possa constituir um perigo.

Ora, essa visão absolutista e individualista que tem como pilar o raciocínio que inclui uma arrastada existência solitária, pobre, desagradável, brutal e curta dos homens reflete também na compreensão do direito de propriedade já que, no estado de natureza os indivíduos viveriam isolados e em luta permanente, impondo-se-lhes a guerra de todos contra todos num ambiente de medo que culmina na necessidade de proteção. Essa proteção, de uns em relação aos outros, exteriorizada por meio das armas para conquistar e conservar seus interesses e das delimitações das propriedades ocupadas e/ou ainda por ocupar.

No século seguinte a percepção acerca da propriedade a vê como um direito fundamental e essencial à natureza humana em Locke²⁴ sob o argumento de ter sido Deus quem "deu a terra em comum aos filhos dos homens" conforme raciocínio desenvolvido no Segundo Tratado sobre o Governo.

Se por um lado Locke opõe-se também à teoria do direito divino, por outro lado também critica o absolutismo de Hobbes confirmando um novo entendimento que fundamenta o Estado Liberal acerca do Contrato Social e a idéia segundo a qual a origem do Estado encontra-se num pacto social elaborado pelo povo.

²⁴ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Alex e Estado Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

Neste aspecto a propriedade (feudal) é tida como um direito fundamental no mesmo patamar que os direitos do homem (livre) à integridade e à posse de sua pessoa de tal forma que sirvam de base ao direito à vida e à liberdade, formando a tríade de direitos por Locke tidos como fundamentais: vida, liberdade e propriedade.

A propriedade era então absoluta e total. O regime feudal somente desapareceu do cenário jurídico mundial com a Revolução Francesa de 1789, que fez com que a propriedade pudesse ser livre e individual:

A Revolução Francesa consagra legislativamente essa deslocação da propriedade. Na célebre noite de 4 de Agosto de 1789, a Assembléia Constituinte, sob a influência das Jacqueries de Julho (a Grande Peur) e por proposta de dois deputados da nobreza, decretou a destituição do feudalismo , assegurando deste modo a libertação do solo dos numerosos e complexos encargos que, desde a Idade Média, pesavam sobre cada parcela; restabeleceu assim a propriedade plena, livre e individual que o direito romano tinha concedido.²⁵

A propriedade dominial moderna é, para Pilati, advinda das "mãos e cabeças da Revolução Francesa"²⁶ Com ela a propriedade assumiu caráter individualista, com a proclamação de que este seria um direito natural, ilimitado e individualista.

Na França de 1789 o pensamento reinante, então tido como revolucionário e advindo após o pensamento Rousseauiano, propunha que poder-se-ia regular os problemas da vida político-social com a aplicação da razão pura desde que os homens se libertassem de seus preconceitos e bem assim externassem seu descontentamento perante os exorbitantes encargos da tributação e o espetáculo da desigualdade reinante que, aliados à concepção filosófica de uma lei natural, com a crença no contrato social.

A partir do século XVIII, a escola de direito natural passa a reclamar leis que definam a propriedade. A Revolução Francesa recepciona a idéia romana. O Código de Napoleão, como consequência, traça a conhecida concepção extremamente individualista do instituto no art. 544: "a propriedade é o direito de

²⁵ GILISSEM, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1979. p. 645.

²⁶ PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.

gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos". Como sabido, esse código e as ideias da revolução repercutiram em todos os ordenamentos que se modelaram no Código Civil francês.²⁷

O movimento constitucional, surgido no final do século XVIII, na Europa, se expandiu e conquistou espaço em todo o mundo ocidental. Atravessou o Oceano Atlântico e ancorou no Brasil na primeira metade do século XIX conforme pode ser observado na análise dos preceitos constitucionais acerca do direito de propriedade.

Assim, a propriedade como fenômeno social vem, contemporaneamente, eivada ainda pelos princípios da Revolução Francesa e sua essência individualista, tendo por base a omissão estatal, caracterizadora do liberalismo do século XIX, com os acentuados poderes do proprietário admitindo, só excepcionalmente, a intervenção do Estado, evidenciando seu afastamento da esfera privada em contraposição ao Estado absolutista.

A liberdade vinha, para os mais afoitos, *prima facie*, como uma defesa, de tal maneira que, na propriedade, em verdade, os titulares tivessem a continuidade de seu corpo físico de titular individual.

Se, por um lado, ser titular de um determinado direito de propriedade confere segurança e exterioriza algum tipo de sucesso pretendido, hodiernamente, o que se ilumina são os demais princípios inerentes à Revolução Francesa, quais sejam a igualdade e a fraternidade. Neste ponto, destaca-se a função social da propriedade e seu enfoque difuso.

2 FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE

A função social é, *a priori*, a essência do direito de propriedade, onde é possível verificar, ou "densificar o princípio da igualdade, cidadania e dignidade da pessoa humana"²⁸. Mesmo sendo um princípio jurídico-constitucional indeterminado,

²⁷ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. v.5 p.140

²⁸ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar,1999. p. 204.

aberto e imóvel, ainda assim, por ser estruturante incide sobre o ordenamento e as pessoas a ele sujeitas.

Ocorre que ser igual perante a lei traduz mais que mera aplicação igual da lei, na medida em que induz (positiva implicitamente, quando visto à luz do princípio do Estado Democrático - Princípio Estruturante) que a própria lei deve tratar por igual todos os cidadãos. Neste sentido, o princípio da igualdade virá informar diretamente os atos do próprio legislador, que por ele está vinculado, para a criação de um direito igual, não excludente, isonômico, para toda a sociedade, desdobrando-se daí o princípio da universalidade.²⁹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e suas duas antecessoras incluíram a função social da propriedade em seu texto alçando a propriedade a um direito fundamental. O que não se traduz como "justificativa para toda e qualquer restrição aos direitos dos proprietários, exceto os destinados a privilegiar os interesses privados de outros proprietários"³⁰ posto que a função social relaciona-se ao uso da propriedade, alterando, por conseguinte, a exteriorização do exercício posto que "a doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração conceitual do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização"³¹.

Ora, da propriedade exclusivista, excludente, individualista e, até mesmo sagrada, ao momento atual em que há um fantástico parâmetro imperativo ao ordenamento jurídico pátrio previsto constitucionalmente, percebe-se a transmutação da função social a ela inerente. Se hoje a preocupação recai no direito difuso envolvido quando do exercício das prerrogativas inerentes à propriedade, em tempos outros havia, por exemplo, a preocupação com a ocupação do território nacional com as Capitanias Hereditárias ou a fortificação do Estado com políticas próprias da época facilmente encontradas nos textos constitucionais brasileiros.

²⁹ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar,1999. p. 199.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v.4. São Paulo: Saraiva. 2006. p.71

³¹ FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p.18

Este é o raciocínio: o direito de propriedade *não é uma função social*, mas sim um direito que *tem* essa função.³² A função social, pois, não é externa à propriedade, mas interna, de tal maneira que a melhor concepção que se apresenta é aquela que a função social é elemento constitutivo do conceito jurídico de propriedade posto que a função social não é um elemento externo, um adereço do direito de propriedade, mas elemento interno central sem o qual não se perfectibiliza o direito de propriedade³³.

Não basta, então, ser titular do domínio pura e simplesmente. Há o dever de conciliar o interesse individual e o interesse coletivo.

A expressão "destinação social" opõe-se à expressão "destinação individual". "Social" e "individual" são pólos da mesma esfera que se contrapõem, antiteticamente. Em nossos dias, a destinação social da propriedade põe-lhe em relêvo um traço que inexistia na propriedade romana. Se a propriedade, "total sujeição jurídica de uma coisa", foi até fins do século XVIII, considerada como um direito subjetivo do proprietário, nos dois últimos séculos passou a ter uma função eminentemente social.³⁴

Para conciliar esses interesses individuais com os coletivos, há necessidade de se buscar as sementes primeiras da função social da propriedade em Duguit que compreende a propriedade sob o prisma de uma instituição jurídica que, ao atender a necessidade econômica, "transforma a propriedade em função social, deixando, assim, de ser um direito individual para se transformar em uma função".³⁵

De tal maneira deve ser entendido levando em consideração o poder de empregar a coisa de acordo com a sua natureza que Mota expressa uma função natural de cada coisa que existe na natureza e que somente com análise jurídica do caso concreto com a união de dois fatores complementares "por um lado o

³² FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 1988. p.19

³³ SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In **O direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 13.

³⁴ CRETELLA JR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 3.ed. São Paulo : Forense Universitária, 1992. p. 188. v.1

³⁵ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Função social da propriedade privada**: notas sobre sua evolução conceitual. Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18317/2/Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_da_Proprietade_Privada.pdf Acesso em 29 de junho de 2011.

estudo da natureza e, num segundo momento, a precisa determinação do legislador ou do juiz" quanto à função de cada "bem expressa a ordem das tendências ou inclinações naturais aos fins próprios do ser humano, aquela ordem que é própria do homem enquanto pessoa"³⁶.

Neste sentido, concorda-se que a função social é, deve ser vista, antes de mais nada como expressa num "compromisso (dever de agir) e na atuação (agir) em favor de **toda a Sociedade**" (grifo no original)³⁷ surgido da necessidade de uma interação contínua dos elementos que compõem a Sociedade. Para fins do presente estudo, então, adotar-se à o conceito operacional formulado por Pasold, segundo o qual,

À função social compete servir não só como grande estímulo ao progresso material, mas sobretudo à valorização crescente do Ser Humano, num quadro em que o Homem exercita sua criatividade para crescer **como** Indivíduo e **com** a Sociedade.³⁸ (grifo no original)

O equilíbrio necessário nem sempre é alcançado pelas leis, "normas abstratas e frias, ora envelhecidas pelo ranço de antigas concepções, ora falsamente sociais e progressistas, decorrentes de oportunismos e interesses corporativos"³⁹. Faz-se necessária a aplicação da lei ao fato concreto, dinâmico, através, inclusive, de decisões proferidas pelo Judiciário. Judiciário, aliás, em cujas mãos assenta-se, em termos imediatos, a responsabilidade de análise e interpretação do ordenamento.

³⁶ MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. In **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 92, p.01-37, out./2008 a jan./2009. p. 29.

³⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC. 2003. p.21.

³⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC. 2003. p.94.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo : Atlas, 2001. p. 142.

3 SUSTENTABILIDADE E A PERCEÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE COM FUNDAMENTO COLETIVO

Se, por um lado, temos a propriedade como exteriorização de segurança e de sucesso, por outro lado, devemos ter presente a noção primeira de que o comportamento adotado frente aos recursos dela advindos são os já disponíveis. Assim, somente com uma pauta de comportamento ajustada a padrões de sustentabilidade, ou seja, termos noção de limites baseada na idéia nuclear de que já sabemos o que temos disponível no planeta, e o que temos é o que já existe⁴⁰. Cabe-nos, gestionar o existente no planeta, no âmbito da propriedade, de tal forma que não sucumbamos à nossa má gestão dos recursos.

A sustentabilidade, aqui pode ser vista a partir da formulação de Juarez Freitas, segundo a qual,

é o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos⁴¹.

Com esse raciocínio, nos é fato que a solidariedade está fundada no princípio da função social da propriedade posto que o agir preventivamente em relação ao que se quer de futuro, de concretização solidária e de desenvolvimento inclusivo, ético e eficiente.

Constumeiramente, a legislação civil adotada nos países de tradição romano-germânica tem sua semente em conceitos e tradições seculares os quais não

⁴⁰ FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. Disponível em: <<http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20ODA.pdf>> . Acesso em: 04 set 2011.

⁴¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum. 2011. p.5

condizem as necessidades da Sociedade contemporânea, e isto se deve ao fato dos fundamentos aplicados a estas normas refletirem um momento histórico-político diferenciando do atual.

A Sociedade contemporânea vive um paradoxo no qual se tem a franca noção da necessidade de novos padrões de gestão da propriedade, voltados para a sustentabilidade com a aplicação, de acordo com legislação vigente, pautada em normas atinentes a função social, mas que não se mostra suficiente, em argumentos, para alterar o caráter conservador e individualista da grande maioria dos titulares do direito de propriedade.

Some-se a isso, o fato as novas regras permanecerem presas a interpretações rígidas determinadas pela codificação civil⁴², apesar dos preceitos constitucionais muito bem intencionados.

Para uma análise crítica direito de propriedade contemporâneo é necessário pensar em alguns paradigmas que trarão uma postura mais evoluída a essa parte do Direito Civil, no qual haja uma ruptura com o padrão estático das codificações e se abra para a análise interpretativa que considere mais fortemente as diretrizes constitucionais, bem como os mais diversos princípios que atuam em co-relação com as normas civis.

Na Constituição Brasileira há exemplos de determinações, anteriormente consideradas exclusivamente de caráter privado e que hoje integram a Carta Magna. Mormente, de acordo com Fiúza, no tocante à propriedade que, segundo os publicistas, não pode ser admitida "desvinculada da coletividade, à qual deverá servir" posto que "propriedade maléfica não é direito. É um antidireito. O exercício dos direitos deve ser útil à coletividade"⁴³.

Esta publicização do direito privado e seu contorno voltado para a coletividade enquadra-se no 'constitucionalismo social', que tem como característica "[...] a

⁴² É na parte geral do Código Civil Brasileiro que encontramos os conceitos de sujeito, conceito de relação jurídica, princípio informador, dentre outras categorias fundamental para a interpretação tradicional do direito civil.

⁴³ FIÚZA, César. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código Civil de 2002. 6 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 637.

crescente inclusão, nas Constituições, não só de previsões de regulação estatal das relações contratuais mas também de comandos aos poderes públicos para que passem a prover ou financiar uma série de prestações de serviços, em geral público e gratuitos, aos cidadãos."⁴⁴

Essa é a essência que deve ser perseguida. A busca pela cidadania em todos os aspectos, inclusive em relação a qualidade de vida que o respeito à função social da propriedade e as ações voltadas para a sustentabilidade podem trazer aos cidadãos não só do Brasil, como do Planeta.

Dentre os princípios que ora se vislumbra no panorama jurídico destaca-se o princípio da relevância social previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXIII que, como dito, preceitua-se que "a propriedade atenderá a sua função social" no sentido de que só alcançará os objetivos que a Sociedade moderna almeja, se atender, além da determinação das partes inseridas na relação da titularidade, também, as normas individuais que atendam e respeitem o meio social em que estão inseridas.

O direito privado afastou-se da realidade social em decorrência da pretensão de neutralidade e cientificidade imposta pelos século XVIII. "E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam, aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem."⁴⁵

Ora, tratar de sustentabilidade e de função social da propriedade ainda é um debate que se faz necessário, mormente por conta de todo um tradicionalismo histórico que se tem acerca do proprietário e suas prerrogativas. Como visto, historicamente o direito veio pautando garantias e liberdades aos titulares, distanciando o coletivo do particular.

O raciocínio de até bem pouco tempo atrás de que os recursos naturais são infinitos e que o individualismo deve pautar as ações no ambiente privado há

⁴⁴ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 202.

⁴⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. São Paulo: Renovar, 2000. p. 55.

muito já está superado. O problema é que, por uma questão cultural e histórica, boa parte da população ainda simpatiza com o individualismo no âmbito de seus deveres na esfera privada e com a sustentabilidade em relação aos deveres “dos outros”, no coletivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Romper paradigmas é o grande desafio para libertar o jurista da clausura imposta pelos dogmas liberais do direito privado, possibilitando que se faça uma leitura atual do direito de propriedade em simetria com os valores da Sociedade contemporânea.

A legislação civil, mesmo nos dias atuais, tem forte influência dos dogmas oriundos do Estado Liberal (com destaque para os valores revolucionário franceses) e eternizados pelo sistema da codificação. É necessário abrir o horizonte do operador jurídico com a intenção de demonstrar uma nova aurora que tenta surgir.

Nos últimos anos, surgiu no panorama civil normas com um condão modernizador com legislações, a exemplo do Código Civil Brasileiro e o Estatuto da Cidade que, dentre outras, trazem em seus objetivos o respeito a relevância e função social, mas que dependem ainda de uma sedimentação da consciência de todos acerca das prerrogativas advindas do direito de propriedade e do inerente alinhamento ao interesse da Sociedade.

O grande desafio a ser enfrentado pelo ordenamento contemporâneo, seus intérpretes e os cidadãos em geral, é o de solucionar e harmonizar a sustentabilidade contida nos preceitos da função social da propriedade e o interesse exclusivista e individualista do proprietário em relação à coisa.

No caso da onipresente observância da função social da propriedade, quando a utilização de um determinado bem, gerar a colisão, em algum caso do interesse do proprietário em se manter como seu titular, e o interesse da coletividade, deve prevalecer a função social, de tal forma que se

evite que uma ou outra preferência ocasione prejuízos até mesmo para o proprietário como um ser pertencente à coletividade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro : Renovar,1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de C. Varrialle. 3 ed. Brasília: UnB. 1991. v. 2.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. v.4. São Paulo: Saraiva. 2006.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. 3.ed. São Paulo : Forense Universitária, 1992. v.1.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.:

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 202.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução de Leandro Konder. 11 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

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

FERRER, Gabriel Real. **La construcción del derecho ambiental**. Disponível em:

<<http://web.pnuma.org/gobernanza/cd/Biblioteca/Derecho%20ambiental/04%20Construcci%F3n%20del%20DA.pdf>> . Acesso em: 04 set 2011.

FIÚZA. César. **Direito civil**: curso completo de acordo com o Código Civil de 2002. 6 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum. 2011.

GILISSEM, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e Manuel Macaísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa: 1979.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Alex e Estado Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MOTA, Maurício Jorge Pereira da. Fundamentos teóricos da função social da propriedade: a propriedade em Tomás de Aquino. In **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 92, p.01-37, out./2008 a jan./2009.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: OAB/SC. 2003.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. **Propriedade privada no direito romano**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

PILATI, José Isaac. **Propriedade e função social na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **Função social da propriedade privada**: notas sobre sua evolução conceitual. Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br/jspui/bitstream/2011/18317/2/Fun%C3%A7%C3%A3o_Social_da_Proprietade_Privada.pdf> Acesso em 29 de junho de 2011.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução de Ary dos Santos. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1958. v.2.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresch da. A propriedade agrária e suas funções sociais. In **O direito agrário em debate**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: direitos reais. 4 ed. São Paulo: Atlas. 2004. v.5