

Breves notas sobre o direito de propriedade imobiliária – do absolutismo à função social

*Wanderley José Federighi*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: Introdução ao tema. 1. Conceito e natureza jurídica do direito de propriedade. 2. A Constituição Federal e o Código Civil brasileiro: textos fundamentais no que refere ao tema. 3. Das limitações ao direito de propriedade. 4. A função social da propriedade. 5. Disposições legais mais recentes sobre a função social da propriedade. 6. Conclusões. Referências bibliográficas.

Introdução ao tema

O direito de propriedade, como é sabido, é antiga aspiração do homem, desde tempos imemoriais. A ocupação progressiva de terras pelos homens primitivos; a subsequente criação de aldeias; depois, de vilas e cidades, mostram a predisposição do homem de se fixar ao solo – e, por fim, de proclamá-lo seu.

As mudanças e vicissitudes que esse direito sofreu, ao longo dos séculos, é bem conhecida. Basta que nos lembremos dos monarcas e dos senhores feudais, que exerciam um *direito de propriedade absoluto*.

Nos tempos mais recentes, a propriedade imobiliária passa a ser consagrada como um *direito do cidadão*. Cuida-se, à evidência, de fato ligado às grandes transformações sociais e políticas dos últimos séculos, como a Revolução Francesa, por exemplo, em que os privilégios da monarquia são postos abaixo, assegurando-se maiores direitos ao homem comum.

A Constituição norte-americana, um dos mais importantes documentos das nações democráticas dos últimos séculos, consagra o

¹ Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura (EPM). Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela mesma Faculdade. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados.

direito de propriedade, expondo que todo homem tem o direito à vida, à liberdade e à busca da felicidade (*life, liberty and the pursuit of happiness*), conceito bastante amplo, que abarca, decerto, tanto o progresso econômico como a propriedade, que com o mesmo há de vir.

De outra banda, a evolução da ciência do Direito, no quadro geral da sociedade contemporânea, leva o direito de propriedade imobiliária a patamar diferente; já não se o encara apenas como respeitante só a seu titular, mas analisa-se o seu papel perante toda a comunidade, para o fim de vir o mesmo a cumprir sua *função social*. A crise habitacional pela qual passa o País, aliada à imensa (e ainda mais grave) crise econômica que enfrentamos, com seu flagelo de desemprego, de fuga de investimentos, trazem um quadro sombrio para o futuro próximo.

É o referido direito encarado, nos dias atuais, sob diversos aspectos, sendo ainda extremamente pertinente lembrar-se da questão *ambiental* cuja consciência foi efetivamente despertada na sociedade contemporânea, não se podendo olvidar o quanto os dois direitos – o de propriedade e o direito a um meio ambiente saudável (como autêntico reflexo do direito à vida) – são atualmente interligados.

É nesse contexto que avulta a referida *função social* da propriedade, impondo-se algumas reflexões sobre o tema.

1. Conceito e natureza jurídica do direito de propriedade

Para o Direito Romano, lembra Thomas Marky que a propriedade (que advém de *dominium, proprietas*) é “um poder jurídico absoluto e exclusivo sobre uma coisa corpórea” (MARKY, 2007, p. 65). É um conceito, recorda o mestre, que vem da jurisprudência clássica, sendo considerada uma “relação direta e imediata entre a pessoa, titular do direito, e a coisa” (*idem, ibidem*).

Sob o Direito Romano, Sílvio de Salvo Venosa afirma que a propriedade era considerada como ligada à própria religião, e esta, por seu turno, à família, o que lhe dava um caráter sagrado, ligado ao lar, a casa, conceito que permaneceu na civilização ocidental (VENOSA, 2003, p. 153). Tal concepção foi “transmitida pelos glosadores para a cultura jurídica da Europa continental” (*idem, ibidem*). O conceito da mesma evoluiu com os séculos, passando, na Idade Média, a ser ligada à soberania nacional, já sem o caráter sagrado do Direito Romano; quanto ao Direito Canônico, lembra ainda Venosa que, por influência de Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho, tinha-se que a propriedade

era “ímanente à própria natureza do homem que, no entanto, deve fazer justo uso dela” (idem, *ibidem*).

Na França, a partir do século XVIII, o Código de Napoleão, contudo, veio trazer de volta a concepção romana em seu art. 544², tendo tal Código tido imensa repercussão em todos os ordenamentos jurídicos que o tomaram por modelo, inclusive o Código Civil brasileiro de 1916.

O referido *direito de propriedade* acaba por ter diversos enfoques, de acordo com a matéria que se estuda.

Hely Lopes Meirelles afirmava que tal direito:

é o que afeta diretamente as coisas corpóreas – móveis ou imóveis –, subordinando-se à vontade do homem. Daí ser classificado como *direito real*, em oposição a *direito pessoal*, concernente às prestações a que as pessoas se obrigam mutuamente (MEIRELLES, 2005, p. 19).

Reportava-se tal jurista ao conceito de propriedade do direito romano, como sendo “o poder de usar, gozar e abusar da coisa sob seu domínio: *jus utendi, fruendi et abutendi re sua*” (MEIRELLES, 2005, loc. cit.)³.

José Afonso da Silva traz à baila o conceito de que o mencionado direito seria uma relação entre um *indivíduo* (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como um modo de *imputação jurídica de uma coisa a um sujeito* (SILVA, 2008, p. 117).

O mencionado autor, outrossim, como estudioso do Direito Constitucional, critica essa visão que reputa como *civilista* do direito de propriedade, trazendo à baila a necessidade da observância da *função social* da mesma (SILVA, 2008, loc. cit.), o que em breve se analisará.

² Denota, outrossim, a segunda parte do referido dispositivo que é cabível usar-se e dispor-se da propriedade dentro do que a lei e os regulamentos permitem: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.

³ A propósito, Thomas Marky lembra que, já no Direito Romano, a propriedade “confere ao titular o direito de usar, gozar e dispor da coisa e, no sentido negativo, exclui toda e qualquer ingerência alheia, protegendo-o, no exercício de seus direitos, contra turbacão por parte de terceiros” (2007, p. 65). Interessante observar, a propósito, que o moderno direito norte-americano igualmente conceitua a propriedade como sendo “the right to possess, use, and enjoy a determinate thing” (vide, a propósito, Black’s Law Dictionary, p. 573), o que, nada mais, nada menos, é o próprio *jus utendi, fruendi et abutendi* dos romanos.

Silvio Rodrigues ressaltava a preponderância do *domínio* sobre os demais direitos reais, reputando-o o mais completo dos direitos subjetivos, aduzindo ser a propriedade a espinha dorsal do direito privado, pois o conflito de interesses entre os homens, que o ordenamento jurídico procura disciplinar, se manifestam, na quase generalidade dos casos, na disputa sobre bens (RODRIGUES, 1976, p. 75). O mesmo autor socorria-se da célebre definição de Lafayette, segundo a qual o domínio é o “direito real que vincula e legalmente submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na sua substância, acidentes e acessórios” (RODRIGUES, 1976, p. 76).

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf afirmam ser o direito de propriedade:

o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência. É o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas. [...] Sua importância é tão grande no direito como na sociologia e na economia política. Suas raízes aprofundam-se tanto no terreno do direito privado como no direito público (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 99).

Outrossim, ao analisar a natureza do direito em questão, novamente Silvio Rodrigues destacava o fato de ser o mesmo considerado como *um direito absoluto, exclusivo e perpétuo* (RODRIGUES, 1976, p. 77). E lembrava que o caráter de absoluto desse direito advém do fato de que o proprietário tem sobre aquilo que é seu o mais amplo poder jurídico, usando e desfrutando a coisa da maneira que lhe aprouver (RODRIGUES, 1976, loc. cit.). Seria *exclusivo*, pois é exercido sem a concorrência de outrem, cabendo ao proprietário o direito de afastar da utilização da coisa quem quer que dela queira tirar proveito (RODRIGUES, 1976, p. 78) e *perpétuo* por extinguir-se apenas pela vontade do dono ou por disposição de lei (RODRIGUES, 1976, p. 80).

Indaga-se: será que, nos dias atuais, ainda se vê o direito de propriedade dessa maneira?...

2. A Constituição Federal e o Código Civil brasileiro: textos fundamentais no que refere ao tema

A Constituição brasileira, espelhando a norte-americana, também enfoca o direito de propriedade. A Constituição anterior, de 1967, com

a Emenda Constitucional de 1969, aduzia em seu art. 153, *caput*, que: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade”.

Esse texto constitucional assegurava o *direito de propriedade*, que apenas poderia ser tirado do indivíduo mediante ação de desapropriação, a qual deveria se dar mediante *prévia e justa indenização em dinheiro*. Não havia a possibilidade de *confisco* de bens do cidadão, e o processo expropriatório, regulado pelo Decreto-Lei n. 3.365/41, ainda em pleno vigor, assegurava que quem tivesse sua propriedade desapropriada pelo Poder Público, com fins voltados ao interesse público, deveria ser indenizado integralmente pela sua perda – determinação esta que, a bem da verdade, nem sempre foi seguida à risca pelo Poder Público expropriante. O longo exercício das funções jurisdicionais nas Varas da Fazenda Pública da Capital do Estado de São Paulo, bem como nas Câmaras da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mostram o quão grande era (e ainda é) a luta dos proprietários expropriados para a obtenção da referida *justa indenização* – que, para ser *justa*, demanda muitos anos de litígio, o que denota não ser a mesma *prévia*, como quer a Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXIV)!...

O Código Civil brasileiro de 1916, por seu turno, assegurava ao proprietário o direito de usar, fruir e dispor de seus bens (o conhecido *jus utendi, fruendi et abutendi* do Direito Romano), em seu art. 524.

O Código Civil atual, de 2002, igualmente dispõe sobre o tema, em seu art. 1.228, além de observar que o proprietário poderá reaver os seus bens de quem quer que injustamente os possua ou detenha.

A Constituição Federal ora em vigor, de 1988, aprovada sob o alarido da abertura democrática, procurou ser mais liberal do que a antecedente, outorgada na época do regime militar, fato este inegável e que se reflete em muitos dispositivos, que não são o objeto deste pequeno estudo.

O direito de propriedade continua garantido. O art. 5º, inciso XXII, diz expressamente: “é garantido o direito de propriedade”.

Logo a seguir, no entanto, o art. 5º traz o inciso XXIII, que diz que “a propriedade atenderá a sua função social”.

Daí nasce uma celeuma que vem tomando vulto, com o passar dos anos, em especial pela dificuldade dos juristas de definir o que é a referida “*função social*” da propriedade.

É o que mais adiante se procurará analisar.

3. Das limitações ao direito de propriedade

O mencionado caráter *absoluto* do direito de propriedade veio, ao longo dos séculos, gerar diversos abusos no seu exercício. Conquanto a lei busque consagrar o mencionado direito para protegê-lo daqueles que o turbariam, muitas vezes quem necessita de proteção são os vizinhos do proprietário individualista ou inconsciente; ou, até mesmo, dada a proporção dos abusos cometidos, a própria comunidade onde o mesmo vive, eis que os abusos cometidos são de toda a sorte⁴. Os repertórios de jurisprudência certamente o mostram.

Silvio Rodrigues lembra, a propósito do tema, da prática de *atos ilegais* por conta do proprietário de imóvel, como, por exemplo, o que lança lixo em terreno de seu confinante, ou que atea fogo em suas plantações, aduzindo serem tais atos ilegais compostos por meio de indenização obtida em ação judicial. Outrossim, o mesmo autor lembra da maior dificuldade existente quando o ato do proprietário que causa prejuízo ou incômodo a seu vizinho resulta de ato praticado pelo confinante *dentro de seu direito*. Os exemplos citados são os de proprietário de imóvel que apenas acende sua lareira, ou o industrial que acende seu forno, mas a fumaça e o calor invadem o prédio contíguo, causando enorme incômodo a seus habitantes (RODRIGUES, 1975, p. 119).

Nesses casos, haveria a possibilidade de os prejudicados remanescerem irressarcidos, em especial ao se considerar a máxima *neminem laedit qui jure suo utitur*; entretanto, a teoria do *abuso de direito* veio em socorro dos prejudicados, estabelecendo-se que não pratica ato ilícito o proprietário que exerce seu direito de propriedade de *maneira regular* ou *normal*, podendo vir a responder por abuso de direito quando o exerce de forma *irregular* ou *anormal*.

Consagrando tal entendimento, o art. 188, I, do Código Civil de 2002, espelhando o que constava do art. 160, I, do Código Civil de 1916, estabelece que “não constituem atos ilícitos: I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

⁴ Verifica-se que até mesmo no Direito Romano havia limitações ao direito de propriedade. Lembra Thomas Marky, a propósito, da existência de *limitações de interesse público*, referentes, entre outros, aos terrenos situados nas *margens de rios*, que deveriam tolerar o uso público da margem; a manutenção de estradas marginais ficaria a cargo do proprietário do terreno; não seria possível a *demolição de prédios* sem autorização administrativa, e outros. De outra banda, também haveria limitações decorrentes de *direito de vizinhança*, como a questão dos frutos caídos sobre terreno vizinho, que continuariam de propriedade do dono da árvore, devendo o vizinho tolerar seu recolhimento dia sim, dia não; também a questão do fluxo normal de águas pluviais deveria ser suportada, e outros (MARKY, 2007, p. 66).

Muitos exemplos, outrossim, podem ser lembrados, para ilustrar, o denominado *abuso de direito*. O próprio Silvio Rodrigues lembrava o caso do proprietário que, por mero espírito de emulação, ergue uma enorme chaminé em seu terreno, com o objetivo de deitar sombra sobre o imóvel de seu vizinho (o que, no entendimento do referido autor, configura *ato ilícito*, pois cometido com o intento de prejudicar o confinante) (RODRIGUES, 1975, p. 120).

De outra banda, as queixas dos vizinhos também podem levar a exageros, o que deve ser devidamente mensurado pelo juiz da causa, para evitar prejudicar o proprietário que está a exercer seu direito, como dito linhas atrás, de maneira regular e normal. Ou, como lembrava mais uma vez Silvio Rodrigues, a vida em sociedade impõe certo número de encargos, entre os quais tolerar alguns incômodos; assim, o vizinho deve suportar o ruído normal das máquinas de uma tipografia confinante (*Revista dos Tribunais*, n. 186, p. 176) ou o rumor de uma loja próxima, onde se encaixotam mercadorias (*Revista dos Tribunais*, n. 186, p. 299). E concluía o mestre aduzindo que, para cumprir o duro ofício de decidir, o magistrado deve ter em vista um homem normal, “sem a dureza de um pugilista, nem a hipersensibilidade de um *Marcel Proust*” (RODRIGUES, 1975, p. 121).

O direito de propriedade, assim, deve ser exercido de maneira correta, dentro da lei e dos limites impostos por esta e pela moral e ética dominantes.

Contudo, além das limitações que a própria lei civil coloca, existem muitas outras, ao ponto de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf chegarem a afirmar que é totalmente impossível a enumeração de todas as referidas limitações (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 117)⁵.

O próprio *condomínio*, edilício ou não, criado para o fim de facilitar a fruição do direito de propriedade, impõe aos condôminos, para a referida fruição, que respeitem as regras que lhes são impostas

⁵ A propósito do tema, Carlos Alberto Dabus Maluf, em extenso e formoso estudo, traz à baila impressionante número de limitações ao direito de propriedade. O referido autor lembra, entre outras, das limitações no *espaço aéreo*; no *subsolo*; as limitações decorrentes da existência de *minas*; as advindas do *tombamento*; as limitações *voluntárias* (decorrentes de testamento, de doação ou de compra e venda); as limitações *legais*, que podem ser encontradas tanto em inúmeros dispositivos do próprio Código Civil brasileiro, como em leis especiais, tais como a lei de parcelamento do solo urbano (Lei n. 6.766/79), a lei do inquilinato (Lei n. 8.245/91), a lei de desapropriação (Decreto-Lei n. 3.365/41), e tantas outras; as limitações impostas pela preservação do *meio ambiente*, bem como vasto número de imposições legais que redundam em novas limitações.

(que, por consequência, afiguram-se como autênticas *limitações* ao direito de propriedade), com o que se chega a um ambiente harmônico, em que cada um deve estar ciente de que *seus direitos acabam onde começam os do próximo*. Isso fica bastante patente na questão, por exemplo, da *emissão de ruídos* no ambiente condominial. Assim, o condômino que não respeita os demais, promovendo festas barulhentas madrugada adentro; o condômino que, arvorando-se no caráter absoluto de seu direito, adota um cão de temperamento agressivo, ou que late o tempo inteiro, causando perturbação no local (quando não na vizinhança toda); o condômino que faz mudança e arrasta móveis em seu apartamento nas altas horas da noite, causando barulho extremamente perturbador para os demais condôminos, são exemplos vivos (e, infelizmente, nada raros) de pessoas que têm uma conduta egocêntrica, antissocial, despreparadas para viver em local próximo das demais, por não mostrarem sensibilidade mínima quanto aos direitos de seus vizinhos.

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf buscam enumerar, ainda, as *limitações da lei civil*, aduzindo que são inúmeras,

e dentre as principais podem ser indicadas as seguintes: *a*) as relações decorrentes do direito de vizinhança (Cód. Civil de 2002, arts. 1.277 a 1.298); *b*) as servidões prediais (arts. 1.378 a 1.389); *c*) as disposições protetoras da família, como as que impossibilitam doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice (art. 550); *d*) as que cominam pena de nulidade para a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador (art. 548); *e*) a Lei n. 8.245, de 18-10-1991, que só permite o direito de retomada pelo proprietário do prédio locado em casos restritos e expressos. (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 121-122).

No mais, verificam-se, como referido linhas atrás, quase incontáveis restrições ao direito de propriedade em vários textos da nossa legislação.

As mais numerosas e frequentes são aquelas encontradas no Direito Administrativo. Hely Lopes Meirelles afirmava que “limitação administrativa é toda imposição geral, gratuita, unilateral e de ordem

pública condicionadora do exercício de direitos ou de atividades particulares às exigências do bem-estar social” (MEIRELLES, 2005, p. 89)⁶.

Lembram Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf do Decreto-Lei n. 25, de 30.11.1937, referente à *proteção do patrimônio histórico e artístico nacional*, com várias restrições ao direito de propriedade, inclusive pela proteção dos imóveis objeto de *tombamento*. O denominado *direito de construir* apresenta limitações decorrentes das normas edilícias e das leis de zoneamento e loteamento, com exigência de licenças prévias para o exercício de tais atividades. Os Códigos de Minas, Florestal, de Caça e o Código de Pesca igualmente impõem uma série de limitações ao que poderia ser o pleno exercício do direito de propriedade (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 119).

Hely Lopes Meirelles, por seu turno, enumera muitas limitações administrativas, começando pelo *Plano Diretor; a regulamentação edilícia; a própria delimitação da zona urbana; lembra, também, do zoneamento e do loteamento; as limitações de higiene e segurança e mesmo as limitações militares* (MEIRELLES, 2005, p. 107-149). Quanto a estas últimas, após necessária lembrança do disposto no art. 91, inciso III, da Constituição Federal, lembrava o grande jurista das *zonas fortificadas, da faixa de fronteira, da requisição de imóveis necessários às Forças Armadas e de outras pertinentes* (MEIRELLES, 2005, p. 149-150). Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf também trazem à baila essas limitações, lembrando, ainda, da *requisição de bens destinados ao transporte aéreo* (Decreto-Lei n. 4.008, de 12.01.1942); das *zonas indispensáveis à defesa do país* (Lei n. 5.130, de 01.10.1966), entre outras disposições legais (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 120).

A *desapropriação* igualmente restringe o direito de propriedade dos particulares, cuidando-se, como lembra Carlos Alberto Dabus Maluf, de um “poder do Estado, inerente à sua própria natureza”, cabível “desde que assim o exija o bem comum e desde que se mantenha o equilíbrio econômico resultante da perda do bem”, consistindo, portanto, em verdadeira “intervenção na propriedade privada” (MALUF, 2015, p. 21).

⁶ O mesmo autor aduz que *limitações administrativas e restrições de vizinhança* são coisas substancialmente distintas. Estas “são estabelecidas nas leis civis para proteção da propriedade particular em si mesma e resguardo da segurança, do sossego e da saúde dos que a habitam (Código Civil, arts. 1.277 a 1.313), e aquelas são editadas em normas de ordem pública – leis e regulamentos – em benefício do bem-estar da comunidade, tendo em vista a *função social da propriedade* (Constituição Federal, art. 170, III)” (MEIRELLES, 2005, p. 89).

Ainda no que toca às limitações administrativas, impossível esquecer-se do denominado *Estatuto da Cidade* (Lei n. 10.257, de 10.07.2001), que institucionalizou normas gerais de direito urbanístico,

um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para a intervenção urbanística, possibilitando ao Poder Público uma atuação vigorosa e eficaz nesse setor, viabilizando a concretização do princípio da *função social da propriedade* (MEIRELLES, 2005, p. 157).

Abordando desde o planejamento urbanístico, o mencionado Estatuto, uma das leis mais importantes a surgir nos últimos tempos para a regulação da vida nos centros urbanos, traz normas referentes à *desapropriação imobiliária*, às *servidões administrativas*, ao *tombamento*, ao *usucapião especial de imóvel urbano*, ao *direito de superfície* e a tantos outros institutos ligados à propriedade – ou à *falta* da mesma, na medida em que disciplina a assistência técnica e jurídica gratuita para comunidades e grupos sociais menos favorecidos.

Impossível olvidar-se, de outra banda, das limitações impostas ao direito de propriedade imobiliária pelas normas de *Direito Ambiental*.

Ramo da ciência jurídica relativamente novo, o Direito Ambiental impõe uma série de restrições ao proprietário de imóvel, com o fito de que o uso do mesmo seja adequado à legislação própria, para o fim de proteção do meio ambiente.

Assim, o Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), por exemplo, traz à baila as *Áreas de Preservação Permanente*; a *Reserva Legal*; a *Pequena Propriedade Rural* e outros institutos, prevendo, especificamente, a possibilidade de *intervenção* em Área de Preservação Permanente, o que, à evidência, se dá em virtude da existência de interesse social na dita área.

A própria *responsabilidade civil por dano ambiental* é intrinsecamente ligada à correta manutenção e conservação do meio ambiente, lembrando Patricia Iglesias que, havendo a possibilidade de quem incorrer no mencionado dano ser obrigado à reparação do mesmo; admitte-se, aliás, até mesmo a recomposição do dano patrimonial ambiental com o *dano moral coletivo*, tratando-se este de “violação antijurídica de determinado círculo de valores coletivos” (IGLESIAS, 2013, p. 135).

Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf ainda lembram-se das *restrições decorrentes das leis eleitorais*, como o caso

de cessão obrigatória e gratuita de propriedade particular para o funcionamento das mesas receptoras, nos dias de eleição, conforme o disposto no art. 135, § 3º, do Código Eleitoral (Lei n. 4.737, de 15.07.1965) (MONTEIRO; MALUF, 2015, p. 121); em seguida, também lembram-se das restrições decorrentes da *legislação penal*, como, por exemplo, a desapropriação, sem qualquer indenização ao proprietário, de qualquer gleba onde se encontrem culturas ilegais de plantas psicotrópicas (art. 243 da Constituição Federal)⁷.

São as limitações ao direito em questão, como afirmado com felicidade por Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf, efetivamente *inúmeras*, de vários tipos; tudo a demonstrar que o direito de propriedade realmente não é *mais absoluto*, devendo o mesmo adequar-se ao *interesse público*, às limitações impostas pelos *direitos de vizinhança* e ao próprio *bem comum*. O uso antissocial da propriedade é veementemente reprimido pela legislação moderna, o que vem ao encontro do reconhecimento da preponderância da referida *função social* da propriedade, o que ora se passa a abordar.

4. A função social da propriedade

Esse conceito é ligado, decerto, à inexistência do que se possa chamar de um *direito absoluto*. Como já observado alhures, não mais se admite, nos dias atuais, o conceito de *direitos absolutos*. Todos os direitos devem ser devida e regularmente utilizados, dentro dos limites legais, para um convívio harmônico em sociedade.

Admite-se que até mesmo o mais sagrado dos direitos – o *direito à vida* – pode ser retirado da pessoa, caso haja necessidade premente de

⁷ Cuida-se, como lembra José Afonso da Silva, de típica *expropriação-sanção*, em que se expropria “o bem, sem qualquer indenização, como sanção à infração cometida na gleba, consistente em cultura ilegal de plantas psicotrópicas. A expropriação é feita por decisão judicial em ação expropriatória proposta pela União (porque só a ela cabe essa expropriação), de acordo com o rito processual estabelecido na lei supracitada. A expropriação dar-se-á qualquer que seja o título que vincule o responsável pelo plantio à gleba – propriedade ou posse, sem que, neste último caso, o proprietário possa alegar a qualidade de terceiro de boa-fé” (SILVA, 2008, p. 885). Alexandre de Moraes aduz que se cuida de uma medida constitucional com dupla finalidade: “combate ao tráfico ilícito de entorpecentes e aproveitamento das glebas para assentamento de colonos,” visando à *reforma agrária* (MORAES, 2013, p. 2111).

Recente alteração da Constituição Federal, introduzida pela Emenda Constitucional n. 81, de 05.06.2014, estabeleceu estarem sujeitos à mesma sanção os proprietários de terras onde houver a exploração de trabalho escravo, triste realidade que, ainda nos dias atuais, mancha o nome do nosso País e suas pretensões à modernidade e a uma vida republicana.

fazê-lo⁸. Imagine-se o caso de um psicopata, armado com uma arma de fogo ou com uma arma branca, que se disponha a fazer uma chacina no apinhado centro da cidade. Um policial armado – ou mesmo um outro popular – não poderá abatê-lo, visando proteger a vida de inocentes?

Ainda que cause profundo mal-estar a perda de uma vida humana, mesmo a do agressor, no caso referido, é de se concluir no sentido de que a resposta à indagação efetuada há de ser positiva.

Assim, vivemos a época da *relativização* dos direitos.

O *direito de propriedade*, como entendem os juristas modernos, *também não pode ser absoluto*. Ultrapassada está a fase em que tal direito assim era considerado.

Por isso, a referência à *função social* da propriedade; ou seja, deve a mesma estar voltada à *melhoria da vida em sociedade*. Figure-se o exemplo do proprietário de um imenso terreno baldio, situado em zona valorizada da cidade, que se recusa a nele construir, apenas com o intuito de aguardar ainda maior valorização comercial. O proprietário de um imóvel símile, situado nas imediações de uma favela, poderia tê-lo expropriado para a construção de habitações populares, visando minimizar o impacto dos efeitos da pobreza na região.

Sobre o tema, a propósito, Celso Ribeiro Bastos prelecionava no sentido de que a liberdade de uso e fruição da propriedade

hoje vê-se, em muitos casos, transformada em dever de uso. É um desdobramento sem dúvida importante do moderno direito de propriedade. À luz das concepções atuais não há por que fazer prevalecer o capricho e o egoísmo quando é perfeitamente possível compatibilizar a fruição individual da propriedade com o atingimento dos fins sociais (BASTOS, 1996, p. 193).

A propriedade, em verdade, em tempos mais recentes, *nunca foi um direito absoluto*, mesmo sob a égide do Código Civil de 1916 e da Constituição Federal de 1967.

⁸ A respeito do tema, Manoel Gonçalves Ferreira Filho aduz ser a propriedade um direito que não está nem acima nem abaixo dos demais, devendo sujeitar-se às limitações exigidas pelo bem comum. E acrescenta: “Pode ser pedida em favor do Estado quando o interesse público o reclamar, como a vida tem de ser sacrificada quando a salvação da pátria o impõe” (FERREIRA FILHO, 1975, p. 283).

Esta, de maneira mais tímida do que a Constituição Federal atualmente em vigor, trazia, em seu artigo 161, considerações referentes à chamada *desapropriação para fins de reforma agrária*, visando à melhoria da vida das populações do campo, privada de melhores meios de subsistência.

O Código Civil de 1916, por seu turno, também trazia diversas situações em que se viam *limitações* ao direito de propriedade, demonstrando já não se considerar o mesmo de caráter absoluto. Assim, a propriedade seria considerada como *limitada*, quando um de seus elementos é entregue a outro titular (como, por exemplo, nos casos de *hipoteca, usufruto e servidões prediais*, em que haveriam de prevalecer tais institutos, limitadores do direito, sobre o do próprio titular).

Também os conhecidos *direitos de vizinhança* seriam autênticas *limitações ao caráter absoluto do direito de propriedade*, e são limitações que nós conhecemos bem. Basta lembrar-se da vida em condomínios verticais, com suas imposições; ou, mesmo para quem reside em casas, a obrigação de não construir de forma a criar estorvos para os vizinhos, como referido no tópico anterior, ao se analisarem as *limitações ao direito de propriedade*.

Há *limitações aéreas e subterrâneas* para as propriedades⁹. Existem disposições a respeito não só no Código Civil, mas também, como referido no tópico anterior, no *Código de Minas*, no *Código de Águas* e no *Código do Ar*, assim como no *Código Florestal*.

O proprietário deve respeitar as leis específicas de proteção da fauna, da caça e da pesca, além, é claro, da proteção do meio ambiente e do patrimônio paisagístico, histórico e artístico nacional, e ainda as posturas referentes a edificações.

5. Disposições legais mais recentes sobre a função social da propriedade

A Constituição Federal de 1988, além da referência feita no art. 5o, inciso XXIII, sobre a função social da propriedade, trouxe, ainda, considerações sérias sobre o tema nos artigos 182 e 183, que tratam da

⁹ Recorde-se, a propósito, do antigo conceito do Direito Romano a respeito do direito de propriedade, no sentido de que o mesmo, de tão soberano que era, estendia-se “até o céu e até o inferno” (*usque ad sidera, usque ad inferos*)!

Política Urbana, e nos arts. 184 a 191, que cuidam da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária.

Estes últimos são desdobramento do que vinha disposto no art. 161 da Constituição Federal de 1967, referentemente à *desapropriação para fins de reforma agrária*.

Paulo Affonso Leme Machado lembra, no que diz respeito ao tema, que pelo menos *oito vezes* a expressão “*função social*”

está presente na Constituição: arts. 5º, XXIII; 170, III; 173, § 1º, I; 182, *caput*; 182, § 2º; 184, *caput*; 185, parágrafo único; e 186, II. A expressão “função social da propriedade” foi inserida pela primeira vez na Constituição Federal de 1967 (art. 157, III) (MACHADO, 2014, p. 176)¹⁰.

Os arts. 182 e 183 tratam da *política de desenvolvimento urbano*, a ser executada pelo Poder Público municipal.

O § 2º do art. 182 aduz que a propriedade urbana “cumpra a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”¹¹.

O § 4º do mesmo artigo traz sérias disposições a respeito do direito de propriedade, aduzindo que é facultado

ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado,

¹⁰ Aduz o mesmo autor que “a determinação da Constituição de que a Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias – como, por exemplo, Petrobrás, Banco do Brasil) coloque no seu estatuto jurídico “sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade” (173, § 1º, I). Juntam-se, aí, *função social e fiscalização pela sociedade*” (MACHADO, 2014, p. 177).

¹¹ Patrícia Iglesias lembra, a propósito do tema, que a Constituição Federal, no art. 182, parágrafo 2o, “fixou os requisitos necessários para que se atenda à função social da propriedade urbana (atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes, como instrumento básico da política de desenvolvimento e ordenamento de expansão urbana). Segundo o art. 186, a propriedade rural cumpre sua função social quando há: (i) aproveitamento racional e adequado; (ii) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do ambiente; (iii) observância das disposições relativas às relações de trabalho; (iv) exploração favorável ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores” (IGLESIAS, 2013, p. 119).

que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I – parcelamento ou edificação compulsórios;

II – imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III – desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Esses dispositivos fizeram eco no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001), que trouxe longos dispositivos a respeito da política urbana, com mais detalhes no tocante aos institutos referidos na Constituição Federal, visando compelir-se o proprietário a dar destinação a imóveis de sua propriedade, para evitar-se que os mesmos permaneçam ociosos.

O art. 7º do referido Estatuto da Cidade trouxe à baila o denominado *IPTU progressivo no tempo*, objetivando dar cumprimento ao disposto no art. 182 da Constituição Federal, aduzindo que, no caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos no *caput* do art. 5º do Estatuto (que estabelece que lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o *parcelamento*, a *edificação* ou a *utilização compulsórios* de solo urbano não edificado), ou, ainda, descumprido o disposto no § 5º do mesmo art. 5º, o Município “procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos coletivos”. Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf aduzem, a propósito, que o IPTU é, nesse caso, “considerado uma ferramenta de promoção da função social da propriedade privada no Brasil”, sendo sua progressividade um dos instrumentos dessa promoção (MALUF; MALUF, 2011, p. 70). Cuida-se, como lembram, de autêntica *medida sancionatória* do descumprimento da função social da propriedade (idem, ibidem).

Também foi criado o *usucapião especial urbano*, constante dos arts. 9º a 14 do Estatuto, com disposições que têm sido objeto de questionamentos, mas claramente destinadas à regularização de favelas (ou, como são chamadas atualmente, *comunidades*), tendo-se em vista a incrível quantidade das mesmas existentes nos centros urbanos, proliferando de forma descontrolada.

O parágrafo 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002 estabelece 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”, denotando a grande preocupação do legislador contemporâneo com a preservação do meio ambiente; e não apenas o denominado *meio ambiente natural*, mas também o *meio ambiente artificial* e o *meio ambiente cultural*. É o que Patricia Iglesias denomina, como referido linhas atrás, *função socioambiental da propriedade*, como resultado da evolução do direito de propriedade no sentido de sua socialização, “como conceito moderno de utilização adequada da propriedade” (IGLESIAS, 2013, p. 120).

Aliás, a mesma autora afirma, com razão, que, no decorrer do século XX, reconheceu-se a necessidade de que a propriedade se desenvolvesse com um conteúdo de satisfação social, o que levou à *publicização* da propriedade; assim, o direito a um *meio ambiente ecologicamente equilibrado* consolidou-se como direito fundamental de terceira geração, sucedâneo do direito à vida (IGLESIAS, 2012, p. 53)¹².

Outrossim, o art. 1.228 do Código Civil de 2002 trouxe a chamada desapropriação posse-trabalho, também objeto de questionamentos no meio jurídico, dado o impressionante número de imprecisões contidas nos §§ 4º e 5º deste dispositivo, com reflexos evidentes na jurisprudência; até agora, quatorze anos depois da entrada em vigência desse novo CC, *não há nenhum registro na jurisprudência de alguma ação referente a essa matéria que tenha vingado*.

Os requisitos dessa desapropriação posse-trabalho também são questionáveis. Diz o § 4º do art. 1.228 que o proprietário

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

¹² Completa a autora: “Tutela-se o meio ambiente considerando a qualidade de vida. Reconhecido esse direito, deve-se fazer mudanças radicais na estrutura do Estado e da sociedade” (IGLESIAS, 2012, p. 53).

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

Ao analisar esse dispositivo, já tive, com a devida vênia, a oportunidade de questionar algumas das gritantes falhas verificadas no mesmo. Assim, destaquei o fato de que o dito dispositivo gerava perplexidade, traduzida nas seguintes perguntas: 1) o que se pode considerar como a “*extensa área*”, referida no § 4º? 2) O que se pode entender como o “*considerável número de pessoas*” que ocupam o imóvel invadido? De quantas pessoas estamos falando? 3) O que são as “*obras e serviços de interesse social e econômico relevante*”? 4) É ao juiz que cabe avaliar e definir tudo isso? Em caso positivo, utilizando-se de quais critérios? 5) Quem irá pagar ao proprietário do imóvel a indenização referida no § 5º do art. 1228¹³?

São perguntas que, com a devida vênia, até hoje não mereceram respostas convincentes por parte da comunidade jurídica.

O direito de propriedade ainda encontra grandes limitações, que lhe foram impostas mais recentemente, como já dito linhas atrás, em virtude da preponderância do Direito Ambiental, que, nos tempos atuais, ganhou o respeito merecido não apenas da comunidade jurídica, mas de toda a sociedade, em que predominam a civilização, o respeito à alteridade e ao interesse público.

Aliás, os estudiosos dessa matéria destacam não ter a propriedade apenas uma *função social*, mas uma verdadeira *função socioambiental*, a demonstrar o avultamento da consciência a respeito da necessidade da observância desse aspecto do mencionado direito. O *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, lembra Patricia Iglesias, é considerado “direito fundamental de terceira geração, mas nem por isso fica abaixo do direito de propriedade, que é de primeira geração”; entretanto, não há subordinação ao mencionado direito de propriedade, posto que “as categorias de direitos fundamentais têm igual dignidade constitucional, formando um todo harmônico” (IGLESIAS, 2013, p. 118).

6. Conclusões

A importância do direito de propriedade continua imensa, malgrado haja aqueles que defendem a existência de uma suposta *crise* desse direito.

¹³ Trabalho intitulado Notas sobre a desapropriação posse-trabalho e o usucapião coletivo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de (Org.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 322.

A propósito dessa dita crise, contudo, é pertinente recordar-se das palavras de Antonio Chaves, na aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da USP, em 02.03.1970, que assim se pronunciou: “Mas crise por quê, se nunca como agora é reconhecida e proclamada a sua utilidade, a tal ponto que é justamente em decorrência das suas indiscutíveis vantagens que não se permite mais fique adstrita ao âmbito limitado e egoístico do seu titular, mas se exige que se espraie em benefícios a toda a coletividade?”¹⁴

O que se tem verificado, a partir dessa postura mais recente sobre o tema, é que houve efetiva *relativização* do direito de propriedade, antigamente considerado como absoluto, condicionando-se o seu exercício à observância da mencionada *função social da propriedade*.

Observando-se, outrossim, o preocupante quadro social que se desenha na sociedade brasileira contemporânea, é pertinente aduzir-se que embora o Judiciário tenha demonstrado eficiência (e sólido apego à letra da lei) na observância da defesa desse direito, com eventuais exceções, tem havido um crescente movimento no sentido de *umentar-se* essa relativização, fato este que, em virtude de exageros e abusos cometidos, vem causando um considerável mal-estar no meio social.

Desnecessário dizer-se do caos que vem sendo trazido ao País com a atuação de grupos ligados a movimentos de sem-teto e sem-terra, que, à guisa de lutar por justiça social, se utilizam até mesmo de táticas de guerrilha para atingir os seus objetivos. De outra banda, é fato notório que tais grupos não raro causam sérios prejuízos a atividades lícitas, como a lavoura, a agropecuária e até à pesquisa científica, cabendo lembrar-se de um caso ocorrido há poucos anos, quando um laboratório situado em área rural foi vandalizado por membros de um desses movimentos, causando sério prejuízo à referida pesquisa e ao progresso da ciência. Isso, evidentemente, sem que se fale nas violações aos direitos dos legítimos proprietários dos imóveis invadidos.

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, buscando adotar soluções alternativas para os sérios problemas advindos das invasões em massa, criou um grupo intitulado GAORP, ou *Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse*, formado por 15 autoridades, de nível federal, estadual e municipal, além de três juízes auxiliares da Presidência, com a atribuição de

¹⁴ Apud Carlos Alberto Dabus Maluf, *Limitações ao direito de propriedade*, p. 206.

acompanhar as ordens judiciais de reintegração de posse caracterizadas como de alta complexidade, seja em relação ao número de pessoas envolvidas, local ocupado e outras circunstâncias a serem ponderadas, servindo como espaço interinstitucional de produção de soluções consensuais e/ou menos onerosa possível às partes envolvidas, com efetivo apoio a estas oferecido, bem como ao magistrado responsável pelo respectivo processo, em tudo o que for necessário. (art. 3º da Portaria n. 9.102/2014 do TJSP).

Também é atribuição desse grupo “desenvolver mecanismo de facilitação de comunicação entre os magistrados responsáveis pelos processos referentes às reintegrações de posse e às partes interessadas”.

É alentador ver que as autoridades legalmente constituídas buscam soluções pacíficas para um drama da magnitude da questão, que se espraia por várias áreas, inclusive a penal, não raro desbordando do campo meramente jurídico para o campo político.

Outrossim, conquanto a referida *complexidade das situações envolvidas* tenha aumentado com o passar dos anos, em especial em face da atuação dos movimentos sobreditos, que operam à margem da lei e com “*know-how*” específico, voltado à perpetração contínua de invasões de propriedades alheias, públicas e privadas, é de se dar ao magistrado de primeiro grau, linha de frente no combate à ilegalidade, um voto da mais absoluta confiança, em especial em face da proficiência que tem sido demonstrada por esses juízes no cumprimento de seu dever institucional e na maneira valente como têm enfrentado situações limite como as referidas, com o apoio necessário das autoridades policiais, incumbidas da manutenção da ordem.

Que se entenda que a propriedade tem sua função social, e não deve ficar abandonada, não utilizada ou subutilizada, com tanta necessidade de moradia. Mas que se proteja o direito do proprietário, que não caiu do céu. Que se permita ao Judiciário analisar, com as necessárias imparcialidade, soberania e independência, as situações jurídicas que lhe são levadas à mesa, sem transformar uma reintegração de posse num factóide político, a ser explorado por mal-intencionados de todas as áreas.

Só assim se estará cumprindo a lei e fazendo valer a efetiva Justiça.

Referências bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BLACK'S law dictionary. 3rd ed. Saint Paul: Thomson West, 2006.

FEDERIGHI, Wanderley José. Notas sobre a desapropriação posse-trabalho e o usucapião coletivo – análise comparativa do Estatuto da Cidade e do Código Civil. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; NERY, Ana Rita de Figueiredo; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de (Org.). *Direito urbanístico – ensaios por uma cidade sustentável*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

IGLESIAS, Patricia. *Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

IGLESIAS, Patricia. *Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Teoria e prática da desapropriação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir*. 9. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Adilson Abreu Dallari e Daniela Libório Di Sarno. São Paulo: Malheiros, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3: Direito das coisas.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 5: Direito das coisas.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5: Direitos reais.