

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 7

Jan / Mar 2016

Doutrina Nacional / Arthur Pinheiro Basan / Felipe Pires Pereira / Leonardo Estevam de

Assis Zanini / Lígia Ziggotti de Oliveira / Louise Vago Matieli

Jurisprudência / Antonino Procida Mirabelli di Lauro

Pareceres / Daniel Sarmento

Resenha / Carlos Nelson Konder

Vídeos e Áudios / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

A PRETENSÃO REIVINDICATÓRIA NA PERSPECTIVA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

The vindicatory claim from the perspective of the social role of the property

Felipe Pires Pereira

Doutorando em Direito Civil pela PUC-SP.

Mestre em Direito pela PUC-SP.

Defensor Público do Estado de São Paulo.

Professor de Direito Processual Civil na Universidade

Católica de Santos (UniSantos).

Resumo

O presente estudo tem por objetivo analisar o tratamento civil-constitucional da função da propriedade pública e privada no sistema jurídico brasileiro, propondo uma delimitação mínima em relação ao conceito e as hipóteses em que a propriedade atende ao primado da função social, partindo da premissa de sua destinação social ou econômica e seu enquadramento como direito fundamental em consonância com os objetivos do Estado brasileiro estipulados pelo legislador constituinte. Considerando a extensão da matéria em nosso ordenamento jurídico e, também, as finalidades específicas desse pequeno ensaio, a abordagem restringir-se-á, especificamente, a necessidade de apreciação da pretensão reivindicatória, caso a caso, de acordo com o cumprimento da função social da propriedade pelo reivindicante.

Palavras-chave

Propriedade; direito fundamental; função social; reivindicatória.

Abstract

The present study aims to analyze the legal treatment of the public and private property by the civil and constitutional Brazilian law, offering a minimal limitation in its conception and the hypothesis in which the property obeys the rule of the social role, on the premise of its social or economic destination and its framework as a fundamental right according to the objectives of the Brazilian state as fixed by the Constitution. Considering the extension of the subject in our legal system and also the specific purposes of this succinct essay, the approach is limited to the need of appraisal of the vindicatory claim, case by case, according with the fulfillment of the social role by the claimant.

Keywords

Property; fundamental right; social role; vindicatory action.

Sumário

1. A função social da propriedade nas Constituições brasileiras – 2. Distinção entre propriedade como direito fundamental e propriedade como direito patrimonial – 3. Função social da propriedade pública – 3.1. Bens públicos de uso comum do povo – 3.2. Bens públicos de uso especial – 3.3. Bens públicos dominicais – 4. A função social da propriedade e o Plano Diretor – 5. A função social da propriedade como requisito da pretensão reivindicatória – 6. Conclusão

1. A função social da propriedade nas Constituições brasileiras

No Brasil, a função social da propriedade visitou pela primeira vez o texto constitucional na Constituição Federal de 1934, promulgada sob a influência do *welfare state*. Na época, o dispositivo sujeitava a propriedade ao interesse comum e social, sem qualquer aplicabilidade no direito infraconstitucional.

Em 1937, a Constituição Federal manteve a função social da propriedade nos mesmos termos que sua antecessora. Em 1946, após a reivindicação dos movimentos populares pela redemocratização nacional, o texto constitucional condicionou, pela primeira vez, o direito de propriedade ao bem-estar social, objetivando a justa distribuição da propriedade, mas a norma constitucional ainda padecia de aplicabilidade concreta.

Na Constituição Federal de 1967, e respectiva Emenda nº 1, de 1969, a função social da propriedade foi incluída entre os princípios da ordem econômica e social. Finalmente, a Constituição Federal de 1988 inseriu a função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (artigo 5º, XXIII, CF), mantendo-a como princípio informador da ordem econômica social (artigo 170, III, CF) e lhe atribuindo aplicabilidade imediata e eficácia plena.¹

O primeiro efeito da constitucionalização da função social da propriedade logo em seguida ao direito de propriedade (artigo 5º, XXII, XXIII, artigo 170, II, III, CF) é a publicização do regramento do direito à propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, com verdadeira mudança de paradigma na disciplina da propriedade até então vigente no Código Civil de 1916.

Da análise da profunda pesquisa intitulada de “*Panoramas da Posse da Terra na América Latina*”, de autoria de Letícia Marques Osório, elaborado pela Agência UN HABITAT – Agência Habitat das Nações Unidas abrangendo aspectos da lei e sistemas de posse da terra no Brasil, Colômbia, México e Nicarágua, verifica-se que dos países da América Latina, apenas a Colômbia, o Brasil, o Peru e a Venezuela conferem tratamento público a propriedade e reconhecem que ela está vinculada a uma função social. Os outros

¹ “A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais. A própria jurisprudência já o reconhece. Realmente, afirma-se a tese de que aquela norma “tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado.” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Ed. Malheiros: 2009, p. 282/283)

países ainda conferem tratamento privado à propriedade e a definem como um direito absoluto, regido integralmente pelo Código Civil.²

Esse tratamento publicístico da propriedade confirma o seu caráter de direito complexo, com direitos e deveres perante a coletividade. De outro lado, o direito à propriedade privada foi inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão e se mantém como princípio informador da ordem econômica, levantando dúvidas acerca da compatibilização entre o direito fundamental de propriedade e a obrigação do proprietário de observar uma função social à propriedade.

O antigo direito de propriedade, absoluto e subjetivo, sofreu derrogações com a solidarização do direito. Nesse compasso, o direito de propriedade deixa de ser apenas poder e ganha também contornos de dever, impondo ao proprietário que exerça o direito de propriedade em conformidade com os anseios da coletividade, em consonância com o fim social determinado pela Constituição.

A maior dificuldade no assunto descansa justamente em definir qual o papel da função social na estrutura do direito de propriedade e quais as consequências que podem advir ao proprietário em razão do descumprimento desse elemento constitutivo do direito de propriedade. A seguir, tentaremos abordar o tema, principalmente sob a ótica de um eventual conflito entre o direito de propriedade privada e o dever de satisfação do interesse coletivo atinente a esse direito no âmbito das ações reivindicatórias.

2. Distinção entre propriedade como direito fundamental e propriedade como direito patrimonial

É importante tentar estabelecer um critério minimamente capaz de solucionar os conflitos envolvendo o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado pela nossa Carta Magna (artigos 5º, XXII, 170, II, CF), apesar da subjetividade e do caráter fluido de tal definição, que deve ser reanalisada caso a caso pelo aplicador da norma.

Na esteira do entendimento de Luigi Ferrajoli, existem quatro diferenças principais entre as figuras da liberdade e da propriedade, que ao final irão contribuir, em nossa visão, para solução dos aventados conflitos. Segundo o autor, “os direitos de adquirir e dispor dos bens de propriedade” sintetizam direitos fundamentais e, portanto, universais,

² OSÓRIO, Letícia Marques. *Panoramas da posse da terra na América Latina*. Posse da Terra, Direito à Moradia e Gênero – Marco Nacional e Urbano: Brasil. Série Revisões sobre a Legislação, Posse da Terra e Gênero: América Latina. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos, 2205, p. 6. <http://www.unhabitat.org/downloads/docs/Portuguese.pdf> - acesso em 16/03/2011.

enquanto o “direito de propriedade” é um direito patrimonial, logo, é um direito singularizado.³

Adiante, o autor elenca outras três diferenças, assinalando que os direitos fundamentais são indisponíveis, constituem normas constitucionais (em sua maioria) e são verticais, pelo que caracterizam relações de caráter eminentemente publicístico. Por outro lado, os direitos patrimoniais são disponíveis, criados por normas privadas e são horizontais, denotando relações intersubjetivas de cunho civilístico.⁴

São exatamente essas características que impulsionam os direitos fundamentais como vínculos substanciais normativamente impostos pela “garantia de interesses e necessidades de todos estipulados como vitais, ou exatamente fundamentais (a vida, a liberdade, a sobrevivência) tanto às decisões da maioria quanto ao livre mercado”, o que o autor denomina de democracia substancial, em que a cidadania figura como base de todos os direitos fundamentais.⁵

Desse breve introito sobre a diferenciação pretendida pelo autor, tiramos duas grandes conclusões, que levaremos adiante no estudo da função social da propriedade: a primeira confirma a noção de que o direito de liberdade e o de propriedade não estão vinculados em uma mesma categoria, sendo que este último é representado na categoria dos direitos civis e políticos apenas pelo direito de adquirir e dispor dos bens de propriedade; e a segunda confirma que esse direito – de adquirir e dispor – caracteriza um direito fundamental e o direito de propriedade, ao revés, um direito patrimonial.

Fábio Konder Comparato identifica, de forma semelhante, a possibilidade de uma propriedade constituir ou não um direito fundamental. Segundo o autor, o objetivo do direito de propriedade é a garantia das condições mínimas de uma vida digna e, por tal razão, o seu reconhecimento constitucional está essencialmente ligado a função de proteção pessoal do indivíduo. Em sentido contrário, o autor constata “que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida”.⁶

Ainda conforme Comparato, algumas vezes o direito designa expressamente a propriedade como direito fundamental conferindo-lhe proteção especial,

³ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cadermatori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 20.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, cit., p. 21/24.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*, cit., p. 25/34.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In: A questão agrária e a justiça. STROZAKE, Juvelino José (Org.). - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 138/139.

como no caso da pequena e média propriedade rural (artigo 185, CF) ou quando garante o acesso à propriedade pela posse funcionalizada na usucapião (artigos 183 e 191, CF). Com exceção dessas hipóteses, o autor afirma que há necessidade de se verificar, caso a caso, se a propriedade constitui um direito fundamental, denominando de evidente contrassenso a extensão dessa qualificação “ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular”, e nos casos de propriedade do bloco acionário.⁷ Nas palavras do próprio autor:

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer das suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização na hipótese de desapropriação. É preciso, enfim, reconhecer que a propriedade-poder, sobre não ter a natureza de direito humano, pode ser uma fonte de deveres fundamentais, ou seja, o lado passivo de direitos humanos alheios.⁸

Nessa visão, a propriedade corresponde a um direito fundamental quando o direito expressamente lhe atribui essa condição, seja para proteção ou promoção do acesso à propriedade, ou quando essa qualificação puder ser atribuída em face das circunstâncias do caso concreto.⁹

Outra distinção – não menos importante – foi elaborada por Eros Roberto Grau, que define e classifica diversamente a propriedade privada com função social como direito individual dos cidadãos (artigo 5º, XXII, XXII, CF), da propriedade privada com função social da ordem econômica (artigo 170, II, III, CF). Para o autor, importa distinguir a propriedade dotada de função individual da propriedade dotada de função social.¹⁰

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. cit., p. 40.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. cit., p. 140.

⁹ Em sentido contrário, Francisco Eduardo LOUREIRO: “A posição acima adotada, embora respaldada em fundamento histórico e inegável raciocínio lógico, esbarra na redação ampla e incondicionada do inciso XXII do artigo 5º e no artigo 170 da Carta Política, que elevam o direito a propriedade como fundamental, sem qualquer restrição ou limitação. Talvez a melhor posição seja a que limita a propriedade referida no artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, como direito de personalidade, àquelas situações em que cumpre a função de garantia de direitos fundamentais da pessoa humana, que se denomina propriedade pessoal. Quanto às demais categorias proprietárias, não-essenciais ao preenchimento de necessidades que atendam direitos fundamentais, estão sob a disciplina geral da ordem econômica e financeira do artigo 170 e seguintes da Carta Política. Ambas as categorias, ressalte-se, protegidas por normas de dignidade constitucional, apenas em esferas distintas. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101/102).

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 14ª edição, revista e atualizada. Ed. Malheiros, 2010, p. 240.

Segundo afirma, a propriedade privada individual (artigo 5º, XXII, CF) constitui um direito individual e, como tal, reflete um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana pela garantia da subsistência individual e familiar, razão pela qual não se justifica atribuir-lhe função social, senão as meras limitações decorrentes do poder de polícia. Todavia, Grau excepciona a não incidência da função social sobre a propriedade privada quando exceder ao caracterizável como função individual. Segundo o autor, “Entenda-se como excedente desse padrão especialmente a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem destinação ao uso a que se destina”¹¹

Em contrapartida, a propriedade privada da ordem econômica (artigo 170, II, CF) divide-se em bens de consumo e bens de produção. Os primeiros se esgotam na própria fruição e, por isso, não possuem qualquer função social; os demais, bens de produção, estão sujeitos a fase dinâmica do direito de propriedade e, conseqüentemente, a função social da propriedade.¹² A diferenciação ganha em clareza na exposição do próprio Eros Grau, conforme trecho transcrito abaixo:

À propriedade dotada de função individual respeita o art. 5º, XXII, do texto constitucional; de outra parte, a “propriedade que atenderá a sua função social”, a que faz alusão o inciso seguinte – XXIII – só pode ser aquela que exceda o padrão qualificador da propriedade dotada de função individual. À propriedade-função social, que diretamente importa à ordem econômica – propriedade dos bens de produção – respeita o princípio inscrito no art. 170, III. No mais, quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social – conúbio entre os incisos II e III do art. 170 – mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna.¹³

Sob outra ótica, José Afonso da Silva adverte que em razão do tratamento publicístico conferido a propriedade pela Constituição Federal, ela não poderia ser considerada como direito individual ou como instituição do direito privado, a exemplo do que acontece na Constituição da Itália e de Portugal. Entretanto, com a inclusão da propriedade e sua função social também entre os princípios da ordem econômica, “ela não poderá mais ser considerada como puro direito individual, relativizando-se seu conteúdo e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, cit., p. 240/243.

¹² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, cit., p. 242.

¹³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, cit., p. 252.

vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.¹⁴

Em análise diversa, ao menos no que toca a classificação da função social da propriedade como direito difuso e coletivo para vinculação do direito de propriedade privada como garantia dos cidadãos, colacionamos a obra de Lúcia Valle Figueiredo:

O direito de propriedade continua assegurado. Entretanto, também o está, o direito coletivo e/ou difuso, que é atendido pela função social da propriedade (artigo 5º, incisos XXII e XXIII). Não contém mais, a democrática Constituição de 1988, breve referência à função social como se fora um “cala-boca” às tensões político-sociais. Há de se concluir, a lume dos novéis dispositivos, que o Ordenamento Básico brasileiro acolhe a propriedade privada, porém a que não entra em rota de colidência com o direito coletivo.¹⁵

Conjugando-se os entendimentos esposados acima, podemos encetar algumas premissas básicas para o desenvolvimento deste tópico, em que buscaremos parâmetros para a solução dos conflitos envolvendo a propriedade e sua função social.

A primeira delas gira em torno da delimitação do conteúdo do direito fundamental da propriedade privada descrita no rol de direitos e deveres individuais e coletivos esculpido no artigo 5º, da Constituição Federal. Das obras analisadas, constata-se que os dois primeiros autores visam, aparentemente, estabelecer uma diferenciação entre direito à propriedade, consubstanciado no acesso à propriedade em decorrência dos direitos de liberdade e como garantia das condições mínimas de uma vida digna (direito a um patrimônio mínimo)¹⁶ ou por força de disposição normativa expressa que lhe atribua proteção especial dentro do ordenamento jurídico.

Identificamos o mesmo raciocínio no tratamento à propriedade como técnica de acesso, exposta por Luciano de Camargo Penteadó:

O direito à propriedade, no âmbito semântico capitulado na estrutura dos direitos fundamentais, módulo estrutural indispensável das constituições contemporâneas, está garantido como inviolável, ao lado de outros direitos,

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, cit., p. 270/271.

¹⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Disciplina urbanística da propriedade*. 2ª edição. Ed. Malheiros, 2005, p. 25.

¹⁶ As consequências advindas da proteção inexpurgável ao patrimônio mínimo não conduzem, por via oblíqua, a um estatuto da desigualdade por vantagem exagerada em favor de uma das partes da relação jurídica. Antes, parte da igualdade (em sentido substancial) para enfrentar, no reconhecimento material das desigualdades, o respeito à diferença sem deixar de alavancar mecanismos protetivos dos que são “menos iguais”. O pólo nuclear do ordenamento jurídico passa a migrar da propriedade para a pessoa, em seu sentido ontológico. Contudo, a tutela de um patrimônio mínimo nucleado na dignidade da pessoa humana, parece-nos bem representar o novo sentido a ser dado ao patrimônio na perspectiva de um direito civil repersonalizado – o qual tão-só se legitima a partir do momento em que observam os valores existenciais e primordiais da pessoa, que hoje estão encartados em sede constitucional. (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. 2ª Edição. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 251).

que são a vida, liberdade, igualdade e segurança. Note-se que todos os incisos aludem a termos de garantia daqueles direitos invioláveis e todos imateriais e legados à natureza humana como tal. (...) Embora o ter não defina o ser, embora o consumismo reinante leve muitos a assim crer, o *ter certos bens* permite identificar-se como pessoa e exprimir a personalidade, a qual, como estamos na *terra dos homens*, necessita de pão e da terra. O direito à propriedade como *direito-acesso, direito-chave-de-abertura*, é direito da personalidade e garante-se como se garante a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, garantindo-se o ser humano também na sua dimensão corporal e patrimonial, não meramente *bio-psíquica-social*, descolada das necessidades materiais imediatas.¹⁷

Em contraposição, o direito de propriedade privada pode ter *status* de direito fundamental ou apenas de direito patrimonial, este último não merecedor de tutela avançada pelo ordenamento jurídico. Tal verificação, contudo, de fundamentalidade ou de patrimonialidade do direito de propriedade versa sobre a garantia das necessidades básicas aptas a promover a dignidade da pessoa humana em vez do exercício de poder sobre outros indivíduos,¹⁸ e deve ocorrer na análise do caso concreto, assim como a apuração do excesso da função individual, veiculada na terceira teoria, que traz na essência a proteção do direito fundamental de propriedade (como função individual) já exercida pelo indivíduo de forma isolada ou pela entidade familiar.

Por fim, as últimas duas teorias reconhecem a submissão da propriedade individual como direito fundamental vinculado diretamente à função social, a uma pela inclusão deste princípio expressamente no capítulo da ordem econômica, refletindo na natureza do instituto da propriedade constitucionalizada, e a duas pela funcionalização constituir, em regra, um direito difuso e coletivo dos não proprietários.

Em complemento a esse último pensamento, Jacques Távora Alfonsin afirma que a “À função social da propriedade corresponde, então, um interesse difuso dos

¹⁷ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 162/164.

¹⁸ As finalidades da ação comunitária elevam à categoria de interesses protegidos situações por muito tempo consideradas estranhas à relação proprietária (meio ambiente, desenvolvimento sustentável, qualidade de vida, coesão econômico-social, proteção social). Esta sofre a influência dos princípios de proporcionalidade e de razoabilidade: o primeiro a põe em uma relação de equidade com o mercado, impedindo que sua patrimonialidade possa resultar de uma injusta desproporção entre valores proprietários, e entre estes a empresa; o segundo requer que a relação proprietária seja permeada pela justiça, isto é, garanta a proteção dos não proprietários mediante não somente a regulamentação dos poderes proprietários, mas também por meio de uma disciplina distributiva que favoreça a participação dos não proprietários na gestão dos bens, ou seja, o acesso a eles. (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. – Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 945)

não proprietários, aí compreendidos, evidentemente, os necessitados de terra para se alimentar e para morar”.¹⁹

Ao nosso sentir, apesar da disparidade entre as concepções oferecidas, podemos extrair alguns parâmetros mínimos tendentes a orientar a resolução de conflitos envolvendo proprietários e a coletividade em torno da fundamentalidade do direito de propriedade pelo cumprimento da função social, sem perder de vista que “O estado social de necessidade é o princípio balizador para a soluções de conflitos e interesses coletivos referente a propriedade”.²⁰

Partindo da premissa de que o direito de acesso à propriedade constitui direito fundamental (universal, indisponível, publicístico e vertical), verifica-se que apenas a propriedade funcionalizada atende aos primados do direito fundamental de propriedade privada, já que a função social, em si mesma, também constitui um direito fundamental e difuso de acesso à propriedade (artigo 5º, XXIII, CF) ao “exército de não proprietários brasileiros que ainda precisam conquistar os seus direitos de cidadania, de modo que todos os cidadãos sejam de fato iguais perante a lei”.²¹

Assim, concluímos, objetivamente, que existem duas “espécies” diferentes de direito de propriedade, divididas entre as categorias de “direitos fundamentais” e “direitos patrimoniais”.

Na primeira espécie, encontramos: (a) o direito fundamental à propriedade (direito de acesso à propriedade); e (b) o direito fundamental de propriedade como “direito de proteção ao patrimônio constituído”,²² que deve ser funcionalizado pelos seguintes critérios: (b1) função individual de suprimento das necessidades básicas aptas a promover a dignidade da pessoa humana; (b2) acumulação de bens com destinação de uso adequado; (b3) utilização dos bens de produção de acordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Na segunda espécie, encontramos apenas o direito de propriedade desfuncionalizado, de caráter exclusivamente patrimonial, cuja desfuncionalização por ser atribuída a duas hipóteses genéricas: (a) excesso da função individual em virtude de

¹⁹ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 2003, p. 170.

²⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicações e eficácia do plano diretor*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001, p.54.

²¹ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicações e eficácia do plano diretor*, cit., p. 57.

²² PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 166.

especulação ou acumulação sem destinação ao uso adequado; (b) utilização dos bens de produção em desacordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Por esse contorno constitucional, a propriedade desfuncionalizada é reconduzida ao patamar de direito patrimonial protegido pelo ordenamento jurídico, a bem da verdade, mas que não merece o *status* de direito fundamental, restando superada em casos concretos onde houver conflito de normas.

Veja-se que aqui não se trata de ponderação de interesses visando à resolução de conflitos em que, de um lado, está o direito fundamental de propriedade (desfuncionalizado) e, de outro, o direito fundamental social à moradia e outros tantos direitos de índole igualmente fundamental, mas sim de conflito entre normas que não estão na mesma posição hierárquica vez que o direito de propriedade desfuncionalizado não goza da fundamentalidade atinente aos direitos que visam garantir a dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, segue a opinião de Saule Junior:

O respeito a função social e o exercício da propriedade, somente terá garantia constitucional se for condizente com os demais princípios e objetivos fundamentais do Estado Brasileiro. Essa vinculação passa pela sintonia da função social da propriedade com o exercício da cidadania, com a realização da justiça social e com o objetivo da construção de uma sociedade justa e solidária.²³

Portanto, adiante, temos que a propriedade constitui um direito fundamental merecedor de tutela privilegiada pelo ordenamento jurídico e garantida constitucionalmente quando atende a sua função social.

Essa classificação não tem objetivo de esgotar o tema criando um novo regime em relação à garantia do direito constitucional de propriedade, até porque as violações ao cumprimento da função social da propriedade e, por via direta, do direito à propriedade e de propriedade precisam ser identificadas de acordo com o caso em concreto posto em juízo.

3. Função social da propriedade pública

O artigo 98, e seguintes, do Código Civil, disciplinam o regramento dos bens públicos no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo, como tais, todos os bens

²³ SAULE JUNIOR, Nelson. *Novas perspectivas do direito urbanístico brasileiro. Ordenamento constitucional da política urbana. Aplicações e eficácia do plano diretor*, cit., p. 58.

que pertencem às pessoas jurídicas de direito público interno ou que não pertençam, desde que afetados à prestação de um serviço público.²⁴

A seguir, o artigo 99 do mesmo diploma legal descreve as espécies de bens públicos, classificando-os em bens públicos de uso comum do povo, bens públicos de uso especial e bens públicos dominicais, conceituando-os pela exemplificação.

Em resumo, extraímos da obra de Celso Antonio Bandeira de Mello que os bens de uso comum do povo são aqueles “destinados ao uso comum de todos”, como rios, mares, estradas, ruas e praças; os bens de uso especial são aqueles “onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público”; e os bens dominicais são “os próprios do Estado como objeto de direito real, não aplicados nem ao uso comum, nem ao uso especial, tais como os terrenos em geral, sobre os quais tem senhoria, à moda de qualquer proprietário, ou que, do mesmo modo, lhe assistam em conta de direito pessoal.”²⁵

Os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial são inalienáveis enquanto não desafetados da destinação pública a que estão vinculados, o que poderá ser realizado por lei ou ato Poder Executivo, momento em que passam a integrar a categoria bens dominicais.²⁶

Essa visão geral da disciplina dos bens públicos é necessária para, enfim, chegarmos ao ponto principal a ser enfrentado na questão, que é descobrir se os bens públicos estão submetidos ao princípio da função social da propriedade e, em caso positivo, qual seria essa função social.

A questão não é consenso na doutrina. A imputação de uma função social aos bens públicos está intrinsecamente ligada à natureza e a finalidade desses bens, já que constituem instrumento de atendimento às necessidades coletivas dos administrados, ou seja, os bens públicos possuem finalidade essencialmente social, o que de plano esgotaria qualquer possibilidade de agregar-lhes outra função social senão aquela contida na razão de ser do bem público.

²⁴ Essa ressalva ao dispositivo para incluir na categoria de bens públicos os bens particulares afetados à prestação de um serviço público é fruto de sólida construção doutrinária, encampada na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que editou o Enunciado CJP nº 287, assim redigido: “O critério da classificação de bens indicado no CC 98 não exaure a enumeração dos bens públicos, podendo ainda ser classificado como tal o bem pertencente a pessoa jurídica de direito privado afetado à prestação de serviços públicos.”

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª Edição. Malheiros Editores. 2009, p. 904.

²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 905.

Sobre o tema, Eros Roberto Grau afirma que a função social da propriedade tem como pressuposto necessário a propriedade privada. Para o autor, a ideia da função social como forma de atribuir um conceito dinâmico a propriedade não traz nenhum reflexo novo aos bens públicos, que já são dinamizados pelo exercício da função pública.²⁷ Em direção oposta, Silvio Luis Ferreira da Rocha expõe opinião divergente sustentado que, de fato, o adequado atendimento dos fins públicos é o critério que deve balizar o exercício do direito de propriedade pública, o que não exclui, porém, a necessidade de valorar preventivamente esses fins já que o titular do domínio público está obrigado a eles e não pode atuar no exclusivo interesse do titular do direito de propriedade.²⁸

Segundo o autor, o cerne da discussão está em saber se a finalidade obrigatória da propriedade pública a imuniza dos efeitos da função social na relação jurídica de propriedade; se limita a incidência da função social a certos bens, como os dominicais; ou se não é incompatível com a função social da propriedade e pode receber dela alguma influência.²⁹ Transcrevemos, pois, a resposta, dada a completude da explicação:

Para nós, a finalidade cogente informadora do domínio público não resulta na imunização dos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, previsto no texto constitucional. Acreditamos que a função social da propriedade é princípio constitucional que incide sobre total e qualquer relação jurídica de domínio, pública ou privada, não obstante reconheçamos ter havido um desenvolvimento maior dos efeitos do princípio da função social no âmbito do instituto da propriedade privada, justamente em razão do fato de o domínio público, desde a sua existência e, agora, com maior intensidade, estar, de um modo ou de outro, voltado sempre ao cumprimento de fins sociais, pois, como visto, marcado pelo fim de permitir à coletividade o gozo de certas utilidades. Afirmamos que o princípio da função social da propriedade ganhou contornos nítidos no ordenamento jurídico e que os seus efeitos incidem, também, sobre o domínio público, embora, às vezes, haja a necessidade de harmonizar o princípio da função social a todas as categorias de bens públicos. Acreditamos ser útil a classificação dos bens em uso comum, uso especial e uso dominical por estabelecer diversidade de regimes jurídicos que resultam em modos distintos de incidência do princípio da função social a todas as categorias. Desta forma, negamos à finalidade obrigatória que preside os bens públicos o efeito de imunizar a propriedade pública das conseqüências decorrentes da concepção acerca da função social da propriedade a certas categorias de bens públicos, como os bens dominicais. Pelo contrário, admitimos que a finalidade que informa a propriedade pública não se mostra incompatível com a função social da propriedade, dela recebendo, portanto, influência.³⁰

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*, cit., p. 237.

²⁸ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*. Malheiros Editores. 2005, p. 121/126.

²⁹ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., 126/127.

³⁰ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 127.

Portanto, seguindo a linha de reflexão e argumentação jurídica do referido autor, o princípio da função social da propriedade irradia seus efeitos não só sobre a propriedade privada, mas também sobre todas as categorias de propriedade pública. A finalidade pública obrigatória contida na ideia de propriedade pública pode preencher totalmente o espaço de atendimento as necessidades coletivas a que está destinada ou, eventualmente, na aferição do caso concreto (como aliás é um traço comum à função social), pode receber influência da função social da propriedade para satisfação das exigências humanas inadiáveis, que da mesma forma constituem finalidade pública.

Seguiremos, também, a proposta do autor de analisar a possibilidade e as hipóteses de incidência da função social da propriedade sobre as categorias bens públicos de forma individualizada, de modo a emprestar efetividade à função social nas propriedades públicas de acordo com o caso em concreto.

3.1. Bens públicos de uso comum do povo

Como dissemos, os bens de uso comum são aqueles destinados ao uso de todos, como o mar, as praças, os rios, as estradas e as ruas (artigo 99, I, CC). Esses bens são marcados pelas características da generalidade (uso por todos sem consentimentos dos demais, salvo determinadas restrições), da igualdade (uso de forma igualitária aos que possam utilizar da coisa), da gratuidade (que pode ser mitigada), da transitoriedade e da precariedade, todas extraídas da relação com os demais usuários em potencial.

Para Rocha, a utilização de modo igualitário dos bens de uso comum pelos membros da coletividade sem qualquer ato prévio da administração pública representa a finalidade pública desses bens e, ao mesmo tempo, a sua função social, inclusive quando destinados a uso privativo que atenda ao interesse público.³¹

A princípio, portanto, a finalidade pública de utilização igualitária dos bens de uso comum constitui a sua própria função social, imunizando, em tese, a exigência de outra destinação ao bem para satisfação dos interesses da coletividade, que já estão satisfeitos na finalidade original de uso comum. Todavia, em algumas situações peculiares, a função social da propriedade pública pode moldar o comportamento do administrador, fazendo-o optar pelo atendimento de outras demandas sem que isso deixe de resultar em benefício à coletividade.

³¹ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 128/130.

Em relação aos bens de uso comum, Rocha exemplifica utilizando os casos de ocupação por família de baixa renda em áreas destinadas como espaços livres de uso público nos loteamentos regularmente registrados, ato que transfere a propriedade dessas áreas ao domínio público municipal.³² Antenado a essa realidade e às consequências prejudiciais ao direito à moradia das famílias de baixa renda que dela normalmente advém, o autor indaga qual solução atende ao princípio da função social da propriedade: o desalojamento dos moradores e a manutenção da área como espaço livre ou a regularização da permanência dos moradores no referido espaço?³³

Nesse caso, há solução passível no ordenamento jurídico, sendo que o princípio da função social da propriedade pública veio conformar a atividade discricionária do Poder Público.

Conforme alerta o autor, a referida solução encontra-se na Medida Provisória nº 2.220/2001,³⁴ aplicável também às áreas de propriedade União para fins de regularização fundiária de interesse social nos termos do artigo 22-A da Lei nº 11.481/2007, que obriga, em atividade vinculada, o Poder Público titular de imóvel a conceder o uso da área aos possuidores para fins de moradia, preenchidos os requisitos, facultando-lhe a

³² Artigo 22, da Lei nº 6.766/79 – Desde a data do registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

³³ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 130/131.

³⁴ Artigo 1º, da MP nº 2.220/2001 - Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Alegada inconstitucionalidade da aplicação da concessão de uso especial para fins de moradia aos imóveis dos Estados, DF e Municípios foi afastada pela Câmara Especial do TJSP no seguinte julgado: QUESTÃO DE FUNDO PRELIMINAR - Necessidade de relativização de precedente acerca da matéria da arguição neste c. Órgão Especial. Inteligência do art. 481 do Código de Processo Civil c.c. art. 191, parágrafo único, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Existência de "motivo relevante", consistente tanto na presença da Defensoria Pública neste feito, enquanto instituição essencial à Justiça, quanto na necessidade de evitar a manutenção de decisão que representava vulneração a direito social fundamental - Ocorrência, ademais, de divergência jurisprudencial acerca da cultura do precedente no Brasil - Questão de fundo preliminar afastada. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - Medida provisória nº 2.220/2001 - Concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM) - Alegada vulneração ao art. 24, I, da Constituição Federal inconstitucionalidade - Contornos de verdadeira política pública de abrangência nacional - Dever do estado-juiz de interpreta-lo conforme a constituição, a prestigiar a correta narrativa da norma fundante, decorrente, in casu, de histórica reivindicação dos movimentos pela reforma urbana - Situação fundiária do país e, em especial, do estado de São Paulo que desautoriza desregulamentação da matéria - Perigo de repetição do que se observa no caso do direito de greve, na medida em que inexistiria, de forma inequívoca, interesse em disciplinar assunto que toca aspectos patrimoniais de enorme relevo de estados e municípios - Risco, ademais, de ver vulnerado direito social fundamental, na medida em que a CUEM representa uma das poucas hipóteses legais de regularização fundiária de interesse social em imóveis públicos urbanos. Precedentes doutrinários. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada. (Relator(a): José Renato Nalini; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 30/01/2013; Data de registro: 22/03/2013).

concessão do uso em local diverso em caso de ocupação de bem de uso comum (artigo 5º, I, MP nº 2.220/2001). Segundo afirma, a faculdade da administração gira em torno apenas da manutenção ou não do uso privativo no bem de uso comum, ao passo que a função social da propriedade conformou a atuação do Poder Público, retirando a discricionariedade da outorga do uso privativo de bem público para torná-lo vinculado, ainda que com exercício em outro local, reconhecendo o direito de morar em imóvel público.

O autor faz a mesma indagação em busca de uma solução funcionalizada aos possuidores que não preencham os requisitos exigidos pela MP nº 2.220/2001, justificando a resposta na perda das tutelas de urgência possessórias e reivindicatórias do Poder Público pela incidência do princípio da função social da propriedade, de que já fizemos menção.³⁵

Ao fundamentar a incidência da função social da propriedade também sobre bens de uso comum, através da supressão da proteção possessória do bem público, o autor colaciona o seguinte Julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de lavra do Desembargador Rui Stoco, que condicionou a reintegração ao abrigo de crianças deficientes,³⁶ conforme arresto a seguir transcrito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Reintegração de posse. Insurgência do Município de São Paulo contra a determinação do Juízo de Origem, que condicionou sejam adotados, pelo exequente, os meios necessários para abrigar as crianças deficientes e portadoras de Síndrome de Down, que estão alojadas em pequena e insignificante área pública, como condição para efetivação da ordem de sua reintegração de posse. Decisão mantida. Recurso não provido. O Estado não é – e nem pode ser um fim em si mesmo. Também não se admite que esse mesmo Estado coloque a propriedade de bens públicos com valor que supere a vida humana e o bem-estar das pessoas que lhe outorgaram a prerrogativa de as proteger. Ademais, a invasão de terras improdutivas e ou não aproveitadas convenientes ou a ocupação de sobras mal utilizadas pelo Poder Público, por parte de pessoas doentes e desamparadas, está a revelar um desacerto social, um desvio de rumo e um indício de que alguma coisa não vai muito bem na distribuição de renda e no cumprimento dos objetivos do Estado, estabelecidos expressamente na Constituição Federal.³⁷

³⁵ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 131.

³⁶ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 132.

É impossível não comentar (para reflexão) o trecho extraído das razões recursais da Prefeitura Municipal de São Paulo, mencionado por ROCHA, ao fundamentar a pretensão de reintegração liminar na posse. Segundo a Municipalidade, trata-se de “espaço livre ilegalmente invadido por pessoas que consideram-se melhores que outras e, por isso, acham que não precisam respeitar a lei e podem ocupar sem autorização bem público, causando dano à coletividade e poluindo ainda mais o espaço urbano”.

³⁷ TJSP – AI nº 335.347-5/00 - 3ª Câmara de Direito Privado – rel. Des. Rui Stoco, v.u., J. 21/10/2003 – Boletim AASP nº 2.359, p. 3.001.

Trata-se, realmente, de arresto de rara qualidade técnica e humanidade ao reconhecer implicitamente que o Estado e a propriedade estatal não são um fim em si mesmos, senão um instrumento de persecução das finalidades públicas almejadas pelo legislador constituinte. Não vemos qual outra finalidade pública atenderia mais aos anseios da coletividade do que a dignidade, a moradia e a saúde de crianças mentalmente enfermas, mas ainda assim houve a necessidade condicionar o exercício da atividade pública pela função social da propriedade em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em verdade, na linha até aqui defendida, o não exercício da posse funcionalizada decorrente da titularidade da área pelo Estado cederia em confronto ao exercício de posse autônoma e voltada ao atendimento das necessidades básicas dos ocupantes da área, implicando não só no condicionamento da reintegração ao abrigo dos possuidores, mas sim a perda da proteção possessória de urgência pelo Estado, principalmente se não demonstrada a finalidade pública a ser alcançada com a reintegração do imóvel.

Entretanto, em se tratando de propriedade pública destinada ao uso comum, nos parece acertada a decisão de condicionar a reintegração de posse à disponibilização de prévia alternativa de moradia aos possuidores, desde que adequada às peculiaridades do caso, sob a perspectiva da dimensão negativa dos direitos fundamentais, em especial do direito fundamental social à moradia.

Quanto à rejeição da pretensão reivindicatória, o autor sugere a arguição pelos possuidores do instituto da desapropriação judicial (artigo 1.228, §4º e §5º, CC), que por se tratar de modalidade de desapropriação não encontra vedação no ordenamento jurídico para aplicação em face do Poder Público, como expressão da função social da propriedade pública.³⁸

Em que pese a opinião do autor nesse ponto, não acreditamos que tal possibilidade seja exequível (apesar de juridicamente viável), não por discordar do autor, mas em vista das dificuldades de aplicação do instituto a casos concretos, que serão abordados quando estudarmos a possibilidade da perda da propriedade pelo abandono, como fundamento de improcedência da pretensão reivindicatória.

³⁸ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública, cit.*, p. 134.

Confira-se, em sentido contrário, o enunciado nº CJF 83, da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, assim ementado: “Nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis nas disposições constantes dos §§4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil.”

3.2. Bens públicos de uso especial

No tocante aos bens de uso especial (artigo 99, II, CC), onde se realiza a atividade pública ou está alocado o exercício de um serviço público, Rocha afirma que há possibilidade de haver conflitos entre a destinação do serviço prestado em determinado imóvel de uso especial em confronto com a função social da propriedade estabelecida no plano diretor municipal, exemplificando com a utilização de uma extensa área pública localizada em área densamente habitada como pátio de veículos emprestáveis à administração.

A função social da propriedade exige a utilização do bem de acordo com as funções sociais da cidade e em respeito as diretrizes de ordenação do solo traçadas pelo Poder Público. Por essa razão, resta afastada a teoria que veda a aplicação do plano diretor municipal aos demais entes federativos, submetendo-os a observância das diretrizes de uso e ocupação do solo urbano, ainda que as sanções previstas no Estatuto da Cidade. Nesse sentido, as palavras de Rocha:

Em conclusão, além da função social inerente à própria utilização do bem, é possível submeter os bens de uso especial, guardados certos cuidados, às regras derivadas da aplicação do princípio da função social, entre elas, aquelas previstas na Constituição relativas à função social da propriedade, à função social das cidades e à função social da propriedade rural.³⁹

Isto porque, as sanções de parcelamento ou edificação compulsória (inciso I), IPTU progressivo no tempo (inciso II) e desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade urbana (inciso III), aplicáveis ao proprietário que não promoveu o adequado aproveitamento de imóvel em área incluída no plano diretor não são totalmente compatíveis com as pessoas jurídicas de direito público.

O parcelamento e a edificação compulsória são perfeitamente aplicáveis aos entes federativos, porém podem resultar inexecutáveis pela falta de previsão orçamentária específica ao cumprimento do dever de aproveitamento adequado do imóvel. Da mesma forma, a aplicação do IPTU progressivo encontra óbice na imunidade tributária entre entes federados descrita na Constituição Federal (artigo 150, VI, a, CF). Por fim, a desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade poderia ser aplicada, uma vez desconsiderada a vedação do artigo 2º, §2º, do Decreto Lei nº 3.3365/1941, se as medidas anteriores resultarem inócuas.⁴⁰

³⁹ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 139/140.

⁴⁰ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 141/144.

Inobstante as hipóteses mencionadas pelo autor, refletimos sobre a possibilidade de aplicação da função social da propriedade pública em imóveis de uso especial, também a eventuais bens desocupados e ainda não desafetados da finalidade de prestação de serviço público, como nos terrenos de ferrovias desativadas, por exemplo, que ainda estejam na propriedade das pessoas de direito público interno, de modo a satisfazer as necessidades pessoais dos grupos socialmente vulneráveis no acesso à moradia.

3.3. Bens públicos dominicais

Diferentemente das outras duas espécies de bens públicos, os bens públicos dominicais não estão afetados a finalidade pública, constituindo patrimônio “disponível” do Estado.

De tal sorte que, segundo Rocha, os bens públicos dominicais submetem-se a predominância da posse de terceiros, ao parcelamento e edificação compulsória e estão sujeitos a usucapião em modalidades específicas. Nas palavras do autor:

Enquanto princípio, a função social da propriedade é princípio garantia (art. 5º, XXIII) e princípio político conformador da organização econômico social do Estado (arts. 170, III, 182, §2º e 186) e como tal fornece diretrizes de interpretação das outras normas constitucionais. Assim, as regras constitucionais que proíbem a usucapião de bens públicos (arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal) devem ser interpretadas à luz do princípio da função social da propriedade, que, como visto, informa, também, a propriedade pública. (...) Logo, os arts. 183, §3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, devem receber interpretação conforme a Constituição e de acordo com o princípio da função social da propriedade, o que implica a releitura dos citados dispositivos da seguinte forma: os imóveis públicos de uso comum e de uso especial não serão adquiridos por usucapião; os imóveis públicos dominicais podem ser adquiridos por usucapião urbana, rural e coletiva, previstas, respectivamente, nos arts. 183 e 191 da Constituição, arts. 9º e 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001) e arts. 1.239 e 1.240 do Código Civil.⁴¹

Como se vê, o autor invoca os critérios para resolução de conflitos de normas constitucionais, tendo, de um lado, a função social da propriedade como instrumento de acesso à propriedade (artigos 5º, XXIII, 170, III, 182 e 186, CF) e, de outro, as normas constitucionais que vedam a usucapião de bens públicos (artigos 183, §3º, e 190, CF),

⁴¹ ROCHA, Silvio Luis da. *Função social da propriedade pública*, cit., p. 151/159.

sustentando que as primeiras configuram normas-princípios e informam as demais, que veiculam regras constitucionais.

4. A função social da propriedade e o Plano Diretor

Atualmente, há certo consenso entre os doutrinadores no sentido de que a função social é elemento constitutivo da nova concepção de propriedade e não apenas obrigação ou condição ao seu exercício, externa a sua estrutura. Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A função social, portanto, é um princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se às quatro faculdades conhecidas (usar, gozar, dispor e reivindicar). Em outras palavras, converte-se em um quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um decisivo papel de controle sobre os demais.⁴²

O artigo 1.228, do Código Civil, estabelece que ao proprietário são atribuídas as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa de quem injustamente a possua ou detenha. As faculdades de gozar ou fruir (percepção de frutos), dispor (alienar de forma gratuita ou onerosa) e o poder de reivindicar (direito de seqüela) pressupõem de certa forma o uso, já que quem retira dos bens os frutos ou o aliena a terceiro está destinando-o a alguma finalidade, em cumprimento à função social da propriedade.

Nesse momento, cabe apenas ressaltar que a pretensão de reivindicação do bem estará condicionado à análise sobre a justiça ou injustiça da posse alheia na hipótese de ação possessória cuja causa de pedir verse sobre o direito de possuir decorrente da propriedade (*jus possidendi*), ou da superveniência de causa extintiva do direito de propriedade, como o abandono, na hipótese de ação petitória fundada no direito de proprietário.

Todavia, por ora, interessa discorrer sobre a faculdade de usar intrínseca à propriedade, vez que nela encontramos terreno fértil ao descumprimento da função social da propriedade pelo uso do bem em desconformidade ao direito ou mesmo pela não utilização do bem.

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 4ª Edição. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 206.

O uso é uma posição jurídica que confere liberdade ao proprietário de valer-se do bem ao mesmo tempo em que afasta os membros da coletividade da discussão sobre a sua utilização, desde que não caracterize ato ilícito ou abuso de direito.⁴³ Vale destacar, desde já, que a função social da propriedade não se confunde com as restrições ao direito de propriedade impostas pelas normas de direito de vizinhança e pelas normas de natureza administrativa, que caracterizam obrigações de não-fazer, como limites negativos e externos ao direito de propriedade.⁴⁴

Mas que tipo de uso ou restrição está ligado à função social da propriedade? Para os fins desse estudo, consideraremos que a função social da propriedade no contexto urbano exige a utilização do solo para fins de moradia ou para fins de exploração de atividade econômica, sendo que cabe ao Município disciplinar a ocupação do solo e o exercício de atividade empresarial no respectivo plano diretor.⁴⁵

Segundo o artigo 182, §2º, da Constituição Federal, “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”. O Estatuto da Cidade, por sua vez, tratou do plano diretor em seu artigo 39, adicionando a finalidade expressa de assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes gerais previstas no artigo 2º, do próprio Estatuto.

O Estatuto da Cidade estabeleceu ainda que a política urbana tem por objetivo o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, elencando a ordenação e o controle do uso do solo como diretriz geral para fins de regulação da propriedade (artigo 2º, IV, EI), afim de evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos; a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; a retenção especulativa de

⁴³ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 153.

⁴⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*, cit., p. 205/206.

⁴⁵ O solo urbano verifica-se como objeto de direito da propriedade funcionalmente direcionado ao social nas situações em que esteja ocupado. O conceito constitucional se simplifica, até mesmo porque a matéria é importante que seja disciplinada por normas administrativas e também municipais, respeitadas as desigualdades regionais do País. O solo urbano destina-se a utilização para fins de moradia e para fins de exercício de atividade empresarial e esta é melhor apurada pelo Poder Público municipal. (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 204).

Consigna-se que o artigo 225, da Constituição Federal, e o artigo 1.228, §1º, do Código Civil, impõem uma função socioambiental a propriedade de conservação e uso adequado dos recursos naturais, para garantia e integração dos direitos fundamentais à moradia e ao meio ambiente nas cidades.

imóvel urbano que resulte na subutilização ou não utilização; a deterioração das áreas urbanizadas; e a poluição e a degradação ambiental.

Deste modo, o constituinte originário e o legislador infraconstitucional conferiram ao Município por meio da edição do plano diretor, que é considerado o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, a competência para fixação das diretrizes gerais da política urbana municipal e das normas de regulação sobre “os limites, as faculdades, as obrigações e as atividades que devem ser cumpridas pelos particulares referentes ao direito de propriedade urbana”.⁴⁶

O Plano Diretor é obrigatório para o desenvolvimento básico da política urbana dos Municípios com mais de vinte mil habitantes (artigo 182, §1º, CF). Nesses Municípios, o plano diretor evitará a utilização inadequada dos imóveis urbanos (uso em desconformidade ao direito) e a retenção especulativa de imóvel urbano que resulte na subutilização ou não utilização (desuso), além das outras formas supracitadas de controle e uso do solo.

Como forma de coibir o proprietário a cumprir a função social da propriedade nas hipóteses de subutilização ou não utilização do solo urbano, a própria Constituição Federal facultou ao Poder Público Municipal a edição de lei específica para exigir do proprietário o adequado aproveitamento de imóvel em área incluída no plano diretor (artigo 182, §4º, CF), sob pena de, sucessivamente, sofrer as sanções de parcelamento ou edificação compulsória (inciso I), IPTU progressivo no tempo (inciso II) e desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade urbana (inciso III), que foram regulamentados pelos artigos 5º/8º, do Estatuto da Cidade.⁴⁷

Vê-se, pois, que o sistema é coerente ao conferir a competência para promover a política urbana de ordenação e pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade para garantia do bem-estar dos habitantes aos Municípios (artigo 182, *caput*, CF), mediante a regulação da função social da propriedade, cujo descumprimento do dever de uso (subutilização ou não utilização) está sujeito a imposição de sanções pelo Poder Público.

⁴⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *Estatuto da Cidade e Plano Diretor – Possibilidades de uma nova ordem legal urbana justa e democrática*. In: Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras. OSÓRIO, Letícia Marques (Org). Sérgio Antonio Fabris Editor. – Porto Alegre: 2002, p. 78.

⁴⁷ Marcos Alcino de Azevedo TORRES esclarece que na propriedade urbana, o sentido de solo não edificado, subutilizado ou não utilizado “é um terreno livre porque não está edificado ou, se edificado, por estar subutilizado ou não utilizado, sendo que estas duas hipóteses aplicáveis tanto para o solo não edificado quanto para o imóvel edificado. Há uma inatividade do titular que sofre uma punição. (TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*. 2ª Edição. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 246).

Entretanto, cabe indagar a respeito da possibilidade de descumprimento da função social da propriedade independentemente das exigências do plano diretor, em se tratando o direito de propriedade privada de garantia constitucional? De que maneira podemos sindicá-lo o cumprimento da função social da propriedade em Municípios com menos de vinte mil habitantes? Como fazê-lo nos Municípios que possuem plano diretor padronizado e inadequado ao desenvolvimento da política urbana local? Como aplicar consequências jurídicas ao proprietário que não ocupa ou utiliza o solo urbano em detrimento de milhões de pessoas sem teto, com a condescendência do Poder Público municipal que não edita a lei específica para aplicação das sanções descritas na Constituição Federal?

Alguns entendimentos vedam a análise sobre o cumprimento da função social da propriedade pela ausência de disposição expressa no plano diretor. Confira-se:

POSSESSÓRIA – Reintegração de posse – Invasão da propriedade – Movimento político que não encontra respaldo na ordem jurídica – Função social da propriedade urbana, cujo cumprimento compete ser verificado pelo Poder Público Municipal, à luz de seu Plano Diretor – Desapropriação que cabe ao Município mediante prévia e justa indenização – Inexistência de direito líquido e certo em tal invasão – Denegada a segurança.⁴⁸

Em sentido oposto, cremos já ter dado o primeiro passo para responder as questões ao diferenciar o direito fundamental de propriedade do direito patrimonial de propriedade. Como estamos tratando da função social da propriedade urbana a luz da utilização do solo para fins de moradia e de exploração econômica, o direito fundamental de propriedade estará protegido de acordo com os critérios erigidos anteriormente para diferenciá-lo do direito patrimonial de propriedade, em conjunto com essas finalidades.

Assim, a moradia do próprio proprietário (função individual de suprimento das necessidades básicas), a destinação adequada dos bens excedentes (locação, comodato, instituição de direitos reais de uso e fruição, etc) e a utilização dos bens de produção de acordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna no caso de exploração de atividade econômica resguardam a garantia constitucional da propriedade como direito fundamental.

Restariam sindicados, portanto, independentemente de previsão no plano diretor municipal apenas os casos de excesso da função individual em virtude de especulação ou acumulação sem destinação ao uso adequado (desuso) ou pela utilização dos bens de produção em desacordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos

⁴⁸ TJRS – MS 195.050.976 – 4ª Câmara Cível – Rel. Juiz Moacir L. Haeser – j. 29/06.1995.

uma existência digna, bens esses que não gozariam de proteção qualificada pelo ordenamento jurídico em razão do descumprimento da função social da propriedade.

Para superar o alegado óbice pela falta de lei regulamentadora do dispositivo constitucional ora comentado (artigo 182, §4º, CF), é preciso recordar que há um dever fundamental no direito de propriedade (sua função social), ligado às necessidades sociais. Com essa premissa Fábio Konder Comparato justifica a obrigatoriedade dos proprietários não atingidos pelo plano diretor de dar cumprimento à norma constitucional que veicula a função social da propriedade, nos seguintes termos:

A existência de alguém como sujeito ativo de uma relação jurídica implica, obviamente, a de um sujeito passivo, e vice-versa. Não se pode, pois, reconhecer que alguém possui deveres constitucionais, sem ao mesmo tempo postular a existência de um titular do direito correspondente. Em consequência, quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa. É claro que o legislador pode, nessa matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais.⁴⁹

Esse entendimento é compartilhado por Marcos Alcindo de Azevedo Torres, que também enxerga na função social da propriedade um princípio de aplicabilidade imediata:

Não há que se esperar qualquer legislação complementar à Constituição ou ao Código Civil para dar efetividade ao princípio da função social porque, como garantia fundamental (art.5º inc. XXIII), tem ele aplicabilidade imediata, nos termos do §1º do mesmo artigo, o que impõe ao intérprete e aplicador encontrar métodos de conjugar o privado com o social no direito de propriedade.⁵⁰

Ainda que sejam desconsiderados os argumentos lançados até aqui para justificar a desnecessidade de previsão específica no plano diretor sobre as exigências municipais em face dos proprietários de imóveis, lembramos, como já fixado alhures, que o Poder Judiciário possui legitimidade constitucional para suprir as omissões estatais na concretização dos direitos fundamentais, dando contorno à função social da propriedade nos conflitos entre proprietários e não proprietários urbanos, em busca da igualdade material entre os cidadãos e da afirmação da democracia social.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, cit. p. 142/143.

⁵⁰ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, cit., p. 255.

Destarte, o desuso da propriedade urbana, principalmente em locais de grande déficit habitacional, caracteriza o descumprimento da função social da propriedade, cabendo ao Poder Judiciário impor as sanções decorrentes da desfuncionalização do imóvel urbano. É preciso revisitar a faculdade de usar (poder) contida na estrutura do direito de propriedade a luz da função social adequando-a às necessidades básicas de moradia da população social e economicamente vulnerável, tendo por consequência a alteração semântica e conceitual da noção de faculdade na propriedade complexa, impondo-lhe o caráter de poder-dever.

A natureza e o direito titulado de propriedade são de índole social, tendo como fins transcendentais do solo urbano o poder-dever de uso, que não interessa somente ao proprietário, mas também a todos que possam ser afetados pelo exercício desse direito, cuja satisfação deve atender a urgências inadiáveis.⁵¹ A função social da propriedade retira do proprietário a faculdade de não usar a coisa em benefício da coletividade, sendo esse o principal fundamento à imposição de sanções ao proprietário desidioso, independentemente de disposição expressa no plano diretor que determine providências em face dessa omissão. Sobre o tema, valemo-nos mais uma vez da lição de Torres:

Ora, não reconhecer que o princípio da função social altera a faculdade de uso, eliminando o não-uso, impondo comportamento positivo ao titular, no sentido de dar utilidade racional, seja no interesse individual, seja no interesse coletivo, corresponderia verdadeiramente a ignorar a própria existência do princípio da função social. Assim, não se pode tolerar que o titular de bem o tenha para fins especulativos, a título de capital, ao passo que, lançando mão no momento que bem entender, deixa o imóvel urbano sem utilização alguma, como terreno baldio ou vazio. Deverá, portanto, construir ou parcelar, ou ceder gratuita ou onerosamente a alguém que o faça, trazendo uma utilidade para a comunidade. Se possui bens além daqueles necessários à sua subsistência e de sua família, extrapolando sua função individual, deverá então dar uma destinação social adequada. Se a utilidade do imóvel refere-se à moradia, que o destine a locação, comodato ou aliene. Da mesma forma se possui imóvel com estrutura comercial, que atenda ao fim econômico, possibilitando a exploração por outrem da atividade que lhe é peculiar.⁵²

Diante do que acima se lançou, concluímos que a função social da propriedade urbana impõe a ocupação e a utilização do solo urbano para fins de moradia. O descumprimento desse dever fundamental é resultado do excesso da função individual em virtude de especulação ou acumulação sem destinação ao uso adequado (desuso), que faz

⁵¹ ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, p. 176.

⁵² TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse. Um confronto em torno da função social*, cit., p. 255.

com que a propriedade perca o *status* de direito fundamental para assumir feição de direito unicamente patrimonial, que deve ser protegido como tal.

Decerto, contudo, tal direito patrimonial não deve prevalecer no julgamento de casos concretos pelo Poder Judiciário em homenagem a superioridade hierárquica e material do direito fundamental à moradia, bem como em atendimento aos princípios constitucionais da política urbana estudados. Isto posto, identificamos que, em alguns casos, há aplicação de sanção ao proprietário desidioso pelo próprio ordenamento jurídico (usucapião, parcelamento e edificação compulsória, IPTU progressivo e desapropriação) e em outros casos concretos essas sanções podem ser aplicadas diretamente pelo Poder Judiciário.

5. A função social da propriedade como requisito da pretensão reivindicatória

O descumprimento da posse decorrente da propriedade (posse real) em confronto com o exercício de posse com função social pelo não proprietário, acarreta a perda da propriedade pela usucapião, quer nas formas extraordinárias ou ordinárias (artigo 1238, 1242, e respectivos parágrafos) ou, principalmente, nas formas especiais da usucapião urbana (artigo 183, CF, artigo 1.240, CC e artigo 9º, EC), da usucapião rural (artigo 191, CF e artigo 1.239, CC), e da usucapião coletiva (artigo 10, EC), bem como na desapropriação judicial (artigo 1.228, §4º e §5º, CC).

A Constituição Federal facultou ao Poder Público Municipal a edição de lei específica para exigir do proprietário o adequado aproveitamento de imóvel em área incluída no plano diretor (artigo 182, §4º, CF), sob pena de, sucessivamente, sofrer as sanções de parcelamento ou edificação compulsória (inciso I), IPTU progressivo no tempo (inciso II) e desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade urbana (inciso III), que foram regulamentados pelos artigos 5º/8º, do Estatuto da Cidade.

Na posse fática (autônoma e desvinculada do direito de propriedade), verificada no período entre o ingresso na posse e sua transformação em usucapião pela propriedade, o proprietário que não cumpre a função social da propriedade (consubstanciada na posse) está sujeito a perda da posse decorrente da propriedade (*ius possidendi*) e com ela

toda e qualquer proteção possessória decorrente do direito de propriedade, sem prejuízo, ao final, da perda da propriedade pela consumação da usucapião em favor do novo possuidor.

Quanto a pretensão reivindicatória, há possibilidade de sanções específicas ao direito de propriedade desfuncionalizado em favor do possuidor que exerce posse com função social. Isto porque, se o proprietário perdeu a proteção possessória certamente lançará mão da ação reivindicatória para por em prática o direito de sequela e reivindicar o bem das mãos do possuidor, com fundamento no direito de propriedade (artigo 1.228. CC).

Não obstante a disposição expressa do Código Civil há de se observar, também aqui, a releitura que a função social da propriedade empresta ao *jus reivindicandi* clássico, conforme lição de Francisco Cardozo Oliveira:

Torna-se necessário demonstrar que, na qualidade de proprietário da coisa, está a exercer os poderes proprietários de acordo com os objetivos albergados pelo princípio da função social, sem o que não pode dispor de tutela para reaver a coisa de quem dela se apropriou e passou a possuí-la. A ação reivindicatória deve comportar também o exame dos interesses não proprietários envolvidos na situação proprietária concreta, que podem ser medidos através do direito constitucional de ser proprietário.⁵³

Conclui-se, portanto, que da mesma forma que o descumprimento da função social da posse impede a concessão da proteção possessória ao proprietário que a disputa com base no direito de possuir, a função social da propriedade obsta, ao menos, a concessão da tutela de urgência em favor do proprietário na ação reivindicatória, priorizando o direito fundamental à propriedade dos não proprietários (acesso à propriedade) em detrimento do direito patrimonial de propriedade em razão do excesso da função individual em virtude de especulação ou acumulação sem destinação ao uso adequado (desuso) ou pela utilização dos bens de produção em desacordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Sem embargo desse posicionamento, temos como certo que é possível ainda fundamentar a improcedência definitiva (por sentença de mérito) da pretensão reivindicatória em determinados casos, o que pressupõe a análise crítica do instituto da desapropriação judicial. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AÇÃO REINVIDICATÓRIA – Lotes de terreno transformados em favela dotada de equipamentos urbanos – Função Social da Propriedade – Direito de Indenização dos Proprietários – Lotes de Terrenos Urbanos tragados por uma favela deixam de existir e não podem ser recuperados. Fazendo assim, desaparecer o direito de reivindicá-los. O abandono dos

⁵³ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 302.

lotes urbanos caracteriza uso antissocial da propriedade, afastado que se apresenta do princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece, todavia, o direito dos proprietários pleitear a indenização contra quem de direito.⁵⁴

Nesse acórdão, o TJSP reconheceu o abandono da propriedade pelo descumprimento de sua função social, ante a ocupação dos lotes por moradores baixa renda para fins de moradia, que contava com ao menos três serviços públicos instalados, tais como água, iluminação pública e luz domiciliar, razão pela qual julgou improcedente pedido reivindicatório formulado pelos antigos proprietários do imóvel. Interessante, nesse ponto, transcrever trecho do voto condutor, proferido pelo Des. José Osório:

8. No caso dos autos, a retomada física é também inviável. O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível. (...) O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no artigo 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses dos proprietários. (...) Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios grave que lhe são submetidos. 10 – No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento – pelo menos no que diz respeito aos lotes reivindicados e suas imediações – ficou praticamente abandonado por mais de vinte anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/1979, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários”.

Apesar de não apreciar o mérito do recurso especial interposto em face deste acórdão, o Superior Tribunal de Justiça ratificou o entendimento de abandono do bem em razão do descumprimento da função social da propriedade, em acórdão assim ementado:

AÇÃO REIVINDICATÓRIA – TERRENOS DE LOTEAMENTOS SITUADOS EM ÁREAS FAVELIZADA – PERECIMENTO DO DIREITO DE PROPRIEDADE – ABANDONO – CC, ARTS. 524, 589, 77 E 78 – MATÉRIA DE FATO – REEXAME – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7-STJ – I – O direito de propriedade assegurado no art. 524 do CC anterior não é absoluto, ocorrendo a sua perda em face do abandono de terrenos de loteamento que não chegou a ser completamente implantado, e que foi paulatinamente favelizado ao longo do tempo, com a desfiguração das frações e arruamento originariamente previstos, consolidada, no local, um nova realidade social e urbanística, consubstanciando a hipóteses

⁵⁴ TJSP - 8ª Câmara – Ap. Cível 212.726-1-8-São Paulo - Rel. Des. José Osório - J. 16.12.1994.

prevista nos arts. 589 c/c 77 e 78, da mesma lei substantiva. II – A pretensão de pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. III – Recurso especial não conhecido.⁵⁵

É forçoso reconhecer a semelhança do caso em análise ao instituto da desapropriação judicial, estampado no artigo 1.228, §4º e 5º, do Código Civil. Entretanto, note-se que no caso em tela não há perquirição sobre a boa-fé dos possuidores para a improcedência do pedido de reivindicatório, requisito esse constante do mencionado dispositivo legal.

Contata-se, assim, que a aplicabilidade fática do referido instituto nos conflitos envolvendo o direito social à moradia à população de baixa renda depende da noção de boa-fé vinculada à justiça da ocupação. Caso contrário, se considerada o conceito tradicional de boa-fé, naturalmente descolado das realidades econômica e sociais que envolvem a moradia urbana aos grupos vulneráveis, a desapropriação judicial será de toda inaplicável aos casos concretos.⁵⁶

Da mesma forma, o instituto da desapropriação judicial não impede a improcedência da ação reivindicatória em razão do abandono da propriedade, hipótese em que não deve haver qualquer pagamento de indenização ao proprietário, sendo deferida aos possuidores a usucapião individual ou coletiva, a exemplo do julgamento mencionado a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - USUCAPIÃO - MATÉRIA DE DEFESA - REQUISITOS ESSENCIAIS - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - CONFIGURAÇÃO - PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. Para a imissão na posse é necessário a delimitação clara e precisa dos contornos do imóvel, a fim de se evitar eventual invasão sobre o direito dominial de terceiros estranhos à lide. A usucapião coletiva pode ser alegada como matéria de defesa pelo Réu. Desnecessário o pedido expresso de declaração de aquisição da propriedade, para que então o juiz declare a prescrição aquisitiva em favor do demandado, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. A função social da propriedade constitui uma garantia à pessoa, que não pode ser privada do seu patrimônio de forma arbitrária. Entretanto, o referido princípio não permite a supressão da instituição da propriedade privada, mas é certo que autoriza a imposição

⁵⁵ STJ – Recurso Especial nº 75.659-SP – 4ª Turma – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJ 21/06/2005.

⁵⁶ Segundo FARIAS e ROSENVALD, “qualificar a atuação do possuidor como de má-fé pela ausência do título seria considerar que só existe ética no direito de propriedade e que toda situação fática que dela não fosse emanada seria contrária ao ordenamento”. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*, cit., p. 61).

de sanções caso não seja respeitada a função social da propriedade. Recurso não provido.⁵⁷

Entende-se que em caso de abandono do bem, a ação deve ser julgada improcedente sem qualquer indenização ao proprietário. De outro lado, se houver a ocupação nos termos do artigo 1.228, §4º, do Código Civil, sem que o proprietário tenha abandonado o bem, deve ser aplicado o instituto da desapropriação judicial, com o pagamento da indenização por parte do Estado.⁵⁸

Visto isso, encerra-se com a certeza de que a pretensão reivindicatória “depende de concepção da posse e do direito de propriedade orientada pelo princípio da função social, que não pode negligenciar os conflitos inerentes à propriedade do espaço urbano e o alcance dos interesses relacionados à posse e ao controle de apropriação da terra.”⁵⁹

6. Conclusão

O antigo direito de propriedade, absoluto e subjetivo, sofreu derrogações com a solidarização do direito. Nesse compasso, o direito de propriedade deixa de ser apenas poder e ganha também contornos de dever, impondo ao proprietário que exerça o direito de propriedade em conformidade com os anseios da coletividade, em consonância com o fim social determinado pela Constituição.

Por tal razão, é importante tentar estabelecer um critério minimamente capaz de solucionar os conflitos envolvendo o direito de propriedade, constitucionalmente assegurado pela nossa Carta Magna (artigos 5º, XXII, 170, II, CF), apesar da subjetividade e do caráter fluido de tal definição, que deve ser reanalisada caso a caso pelo aplicador da norma.

Partindo da premissa de que o direito de acesso à propriedade constitui direito fundamental (universal, indisponível, publicístico e vertical), verifica-se que apenas a propriedade funcionalizada atende aos primados do direito fundamental de propriedade privada, já que a função social, em si mesma, também constitui um direito fundamental e difuso de acesso à propriedade (artigo 5º, XXIII, CF).

⁵⁷ TJMG - Apelação Cível N° 1.0433.98.002228-2/005 – 10ª Câmara Cível - Comarca de Montes Claros – Des. Rel. Alberto Aluizio Pacheco de Andrade – 25/01/2011.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: Direitos das coisas*, volume 4. São Paulo: Método, p. 2008.

⁵⁹ OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade*, cit., p. 143.

Assim, concluímos, objetivamente, que existem duas “espécies” diferentes de direito de propriedade, divididas entre as categorias de “direitos fundamentais” e “direitos patrimoniais”.

Na primeira espécie, encontramos: (a) o direito fundamental à propriedade (direito de acesso à propriedade); e (b) o direito fundamental de propriedade como “direito de proteção ao patrimônio constituído”,⁶⁰ que deve ser funcionalizado pelos seguintes critérios: (b1) função individual de suprimento das necessidades básicas aptas a promover a dignidade da pessoa humana; (b2) acumulação de bens com destinação de uso adequado; (b3) utilização dos bens de produção de acordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Na segunda espécie, encontramos apenas o direito de propriedade desfuncionalizado, de caráter exclusivamente patrimonial, cuja desfuncionalização por ser atribuída a duas hipóteses genéricas: (a) excesso da função individual em virtude de especulação ou acumulação sem destinação ao uso adequado; (b) utilização dos bens de produção em desacordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Por esse contorno constitucional, a propriedade desfuncionalizada é reconduzida ao patamar de direito patrimonial protegido pelo ordenamento jurídico, a bem da verdade, mas que não merece o *status* de direito fundamental, restando superada em casos concretos onde houver conflito de normas.

Essa classificação não tem objetivo esgotar o tema criando um novo regime em relação à garantia do direito constitucional de propriedade, até porque as violações ao cumprimento da função social da propriedade e, por via direta, do direito à propriedade e de propriedade precisam ser identificadas de acordo com o caso em concreto posto em juízo.

O descumprimento da posse decorrente da propriedade (posse real) em confronto com o exercício de posse com função social pelo não-proprietário, acarreta a perda da propriedade pela usucapião, quer nas formas extraordinárias ou ordinárias (artigo 1238, 1242, e respectivos parágrafos) ou, principalmente, nas formas especiais da usucapião urbana (artigo 183, CF, artigo 1.240, CC e artigo 9º, EC), da usucapião rural (artigo 191, CF e artigo 1.239, CC), e da usucapião coletiva (artigo 10, EC), bem como na desapropriação judicial (artigo 1.228, §4º e §5º, CC).

⁶⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das coisas*, cit., p. 166.

A Constituição Federal facultou ao Poder Público Municipal a edição de lei específica para exigir do proprietário o adequado aproveitamento de imóvel em área incluída no plano diretor (artigo 182, §4º, CF), sob pena de, sucessivamente, sofrer as sanções de parcelamento ou edificação compulsória (inciso I), IPTU progressivo no tempo (inciso II) e desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade urbana (inciso III), que foram regulamentados pelos artigos 5º/8º, do Estatuto da Cidade.

Na posse fática (autônoma e desvinculada do direito de propriedade), verificada no período entre o ingresso na posse e sua transformação em usucapião pela propriedade, o proprietário que não cumpre a função social da propriedade (consubstanciada na posse) está sujeito a perda da posse decorrente da propriedade (*ius possidendi*) e com ela toda e qualquer proteção possessória decorrente do direito de propriedade, sem prejuízo, ao final, da perda da propriedade pela consumação da usucapião em favor do novo possuidor.

Quanto a pretensão reivindicatória, há possibilidade de sanções específicas ao direito de propriedade desfuncionalizado em favor do possuidor que exerce posse com função social. Isto porque, se o proprietário perdeu a proteção possessória certamente lançará mão da ação reivindicatória para pôr em prática o direito de seqüela e reivindicar o bem das mãos do possuidor, com fundamento no direito de propriedade (artigo 1.228. CC).

Conclui-se, portanto, que da mesma forma que o descumprimento da função social da posse impede a concessão da proteção possessória ao proprietário que a disputa com base no direito de possuir, a função social da propriedade obsta, ao menos, a concessão da tutela de urgência em favor do proprietário na ação reivindicatória, priorizando o direito fundamental à propriedade dos não proprietários (acesso à propriedade) em detrimento do direito patrimonial de propriedade em razão do excesso da função individual em virtude de especulação ou acumulação sem destinação ao uso adequado (desuso) ou pela utilização dos bens de produção em desacordo com os ditames da justiça social e da finalidade de assegurar a todos uma existência digna.

Sem embargo desse posicionamento, temos como certo que é possível ainda fundamentar a improcedência definitiva (por sentença de mérito) da pretensão reivindicatória em determinados casos, o que pressupõe a análise crítica do instituto da desapropriação judicial.

Recebido em 12/01/2016

1º parecer em 02/02/2016

2º parecer em 10/02/2016

