



A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SEU PAPEL LIMITADOR NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Kleidson Nascimento dos Santos¹

Sumário: 1 Introdução. 2 A função social e o seu papel limitador. 3 Distinção entre limitações da propriedade e função social da propriedade. 4 Abordagem social da propriedade no Direito Civil. 5 Reflexos do perfil constitucional da propriedade na codificação de 2002. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo retrata uma leitura dos reflexos da constitucionalização do princípio da função social da propriedade no âmbito do Direito Civil, descrevendo de maneira objetiva qual o papel exercido pela função social e quais as suas diferenças quando comparada às limitações à propriedade em geral. A nova política urbana constitucional exige que o titular do domínio, assim como o titular de qualquer direito decorrente da propriedade, observe o papel utilitário do instituto, elevando sobremaneira a já existente supremacia do interesse público sobre o privado, dessa vez sobre um dos direitos patrimoniais mais sensíveis da pessoa humana na ordem jurídica vigente.

Palavras-chaves: Função Social, Propriedade, Limitações legais e constitucionais.

¹ Professor do curso de Direito da FANESE. Graduado em Direito pela UFS. Mestre em Direito Público pela UFAL e doutorando em Direito pela PUC/SP.



1 INTRODUÇÃO

A revisitação doutrinária do direito de propriedade é exercício essencial quando se trata da compreensão dos tradicionais institutos do direito civil, hoje resignificados pela ordem constitucional implementada pela Carta de 1988.

Sem sombra de dúvidas, propriedade sobre uma metamorfose quanto aos seus efeitos mediatos e imediatos, tanto para o titular do direito real quanto para o que detém o seu uso, gozo ou fruição, o que tem despertado diversos embates judiciais por parte daqueles que visam resistir à imposição legal de adequado aproveitamento do domínio de bens imóveis.

Dessa feita, faz-se mister compreender qual o papel da função social da propriedade, esculpida no texto constitucional logo após a garantia fundamental da propriedade privada, logo no emblemático artigo 5º, e como tal princípio se transmudou em regra limitadora do exercício do direito de propriedade, fundamentando a nova política urbana trazida pela norma.

O Código Civil de 2002, aprovado após décadas de inércia por parte do Legislativo nacional, trouxe ainda resquícios do quadro conservador operado pela codificação anterior, todavia, trouxe também avanços em searas que pareciam mantras inabaláveis na legislação infraconstitucional, encampando, enfim, o espírito do constituinte originário no trato da propriedade privada frente ao interesse coletivo.

Eis então a temática proposta, à luz de uma pesquisa doutrinária baseada no método dedutivo, que traz à tona a reflexão desse direito de importância fundamental e que tem sido objeto de inúmeras transformações intrínsecas no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A FUNÇÃO SOCIAL E O SEU PAPEL LIMITADOR

De forma lógica, é pacífico na doutrina o entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos, intangíveis em qualquer momento, pois a própria noção de liberdade tem como ponto de partida a limitação das condutas humanas, de forma a permitir a coexistência dos homens em sociedade (PEREIRA, 2006, p. 132). O convívio com outras



peçoas, que usufruem iguais garantias e prerrogativas decorre do Estado Democrático de Direito.

E nessa convivência, é natural que surjam conflitos de interesses, a serem solucionados pelo sistema jurídico, nas mais diversas formas, sendo das mais relevantes o eventual choque entre princípios e bens constitucionalmente assegurados.

O ponto chave atinente ao deslinde dessas chamadas colisões de direitos é a possibilidade lógica, revelada pela noção da sua extensão e a medida da restrição ou limitação aos direitos fundamentais (ALEXY, 1997, p. 267); busca-se identificar parâmetros para a delimitação do conteúdo dos direitos e o alcance das próprias restrições aos direitos fundamentais, visto que as Constituições, em geral, não determinam, categoricamente, em que momento e medida os direitos fundamentais poderão ser restringidos.

Duas correntes doutrinárias sobressaem na tentativa de definir os limites aos direitos fundamentais. A primeira delas é da teoria interna, ou concepção estrita dos limites, vertente pela qual se considera que os direitos fundamentais não limitados pela Constituição não poderiam ser objetos de limitação pelo legislador.

Para os defensores desta teoria, juristas da envergadura de Friedrich Müller e Ignácio de Otto y Pardo, as disposições da lei não restringem direitos, mas apenas configuram o direito internamente, especificando o âmbito do seu conteúdo, já previsto no texto constitucional (PEREIRA, 2006, p. 132).

Por essa visão do embate entre direitos, não há necessariamente um conflito entre os direitos fundamentais, mas sim condutas que são ou não incluídas na esfera de proteção de tais direitos, havendo limites imanentes a serem identificados pelo intérprete.

Uma outra corrente, hoje com grande receptividade na doutrina e na jurisprudência, é a da teoria externa, ou concepção ampla dos limites impostos aos direitos fundamentais, vertente doutrinária que tem como um de seus maiores defensores o jurista alemão Robert Alexy (1997, p. 268).

Segundo os adeptos dessa teoria, há clara distinção entre a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais e a sua restrição, constituindo ambas categorias jurídicas diversas. Primeiramente, o intérprete deve identificar o conteúdo inicialmente protegido dos direitos em



exame, para somente depois, analisando os bens jurídicos contrapostos, traçar os limites definitivos do direito.

Uma vez caracterizada a colisão entre direitos fundamentais, entendidos estes como princípios jurídicos, cabe ao aplicador da lei fazer uso da proporcionalidade, ponderando os interesses em jogo, chegando, desta feita, a harmonizar os bens jurídicos tutelados e a obter a melhor solução para o conflito.

Resta evidente, assim, que a ponderação de interesses ou bens visa conjugar os bens jurídicos em conflito na situação fática, de modo a harmonizá-los sem que haja a expurgação total de um bem em relação ao outro. Por esta razão a teoria externa não se coaduna com a ideia de que os direitos fundamentais são expressos por normas-regra, mas sim por normas-princípio (PEREIRA, 2006, p. 151).

Daí decorre a defesa da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais, que devem ser harmonizados no contexto de universalidade em que são declarados, em conjunto e não isoladamente, sofrendo limitações que preservem o núcleo essencial do direito alvo de ponderação.

No que se refere ao direito de propriedade, princípio da função social exerce o papel de limitador externo daquele direito constitucionalmente averbado, na medida em que direciona e instrui a disciplina jurídica de toda e qualquer regra atinente ao direito de propriedade, mantendo o núcleo essencial e intangível desse direito, a parte que lhe é inerente e deve ser preservada, sob pena de descaracterizar-lhe, tornando-o inviável.

Assim, não se justifica a resistência à imposição de que a propriedade cumpra uma determinada função social, como consagrado pela Constituição de 1988, haja vista que o conjunto em direitos fundamentais em que se encontra inserida requer o atendimento ao interesse social pela propriedade, legitimamente restringida desde que seu núcleo essencial não seja afetado, preservando o seu regular exercício.

Conforme examinado, cabe à função social o papel de limite constitucional ao direito fundamental de propriedade, seja ela móvel ou imóvel, individual ou coletiva, urbana ou rural, ficando a cargo da lei, regra jurídica infraconstitucional, a densificação do seu conteúdo, disciplinando o meio de alcance do seu escopo em relação a cada tipo de propriedade.



É imperioso salientar o cuidado de que se deve cercar o legislador ao disciplinar os requisitos para o cumprimento da função social. A cautela é necessária para que não se inviabilize o exercício do direito de propriedade, assim como analisado na ponderação de interesses, pois, do contrário, estar-se-ia movendo restrições além das consequências estabelecidas na própria Constituição, em franco desvio de finalidade.

3 DISTINÇÃO ENTRE LIMITAÇÕES DA PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Por vezes, o princípio da função social da propriedade tem sido obscurecido na doutrina brasileira em razão da confusão que dele se faz com os institutos de limitação da propriedade, como os direitos reais, os direitos de vizinhança e as limitações administrativas, porém não há lugar para essa confusão no aspecto doutrinária, tampouco no aspecto prático (SILVA, 2006, p. 73).

Difere-se a função social da propriedade dos sistemas de limitação de propriedade, pois estes são incidentes sobre o bem apropriado, em sua matéria. Já a função social liga-se aos limites exercício do direito pelo proprietário, ao seu uso, este sim subordinado a uma função social. A estrutura do bem jurídico tutelado, em sua matéria, submete-se tão somente ao poder de polícia, tratado na seara dos direitos civil e administrativo.

O regime jurídico da propriedade privada é também subordinado ao direito civil, mas essa subordinação não autoriza que se considere a norma constitucional apenas como garantia do direito de propriedade.

Não obstante ser a função social da propriedade como um conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social, em verdade o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na própria Constituição, ficando a cargo do direito civil a regulação das relações civis a ela pertinentes, tais como, as faculdades de usar, gozar e dispor de bens.



Percebe-se, pois, que o status constitucional dado à função social da propriedade, como um princípio intrínseco ao próprio direito de propriedade, a revela claramente diversa de uma mera limitação que recaia sobre o bem apropriado.

4 A ABORDAGEM SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO CIVIL

Não obstante os grandes avanços da Constituição de 1988 no que concerne à função social da propriedade, a aplicação prática do que rege o texto constitucional, em razão do seu conteúdo eminentemente principiológico, depende, em muito, do arcabouço jurídico infraconstitucional que o contempla.

Com esse espírito, o novel Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/2002) trouxe, em seu artigo 1.228, norma com o fito de dar efetividade ao princípio da função social da propriedade estabelecido pelo Constituinte de 1988, quando determina que, ao exercer o seu direito, o proprietário deve respeitar, de forma geral, o ecossistema e o patrimônio cultural.

O conceito de função social da propriedade estatuído no diploma civil vigente, a exemplo do que preceitua a Constituição, não é um conceito fechado, aplicável literalmente pelo operador do direito, sem qualquer interpretação. Ao contrário, a função social é típico exemplo de cláusula geral; um conceito jurídico indeterminado que depende de construção jurisprudencial, legislativa ou administrativa para a definição do seu conteúdo, bem como o seu alcance em cada caso concreto.

É de se frisar que o Código Civil não estabelece de que forma a propriedade atende a sua função social. Ele deixa essa tarefa para o intérprete, que ao analisar o caso concreto, estabelecerá a conduta a ser adotada. Assim, haverá sempre a criação do conteúdo da norma, de forma a permitir que ela seja aplicada de acordo com as mudanças da sociedade, inserida no contexto da realidade de cada município.

Fica evidente que o sistema jurídico pátrio preferiu adotar uma menor precisão jurídica, deliberadamente, para que fosse possível preservar as situações que demandam uma interferência das autoridades públicas, do legislador, de certa maneira, e, em linha final, do



Poder Judiciário, na aplicação dessas normas, buscando vir a concretizar, à luz da realidade em voga, a função social da propriedade.

Para Nelson Nery Junior (2003, p. 591 e 851), além de a função social da propriedade constituir cláusula geral, ela tem natureza jurídica de preceito de ordem pública, o que implica dizer que o seu reconhecimento e aplicação podem se dar por ato do julgador, a qualquer tempo e grau de jurisdição, sem que para tanto o interessado tenha deduzido qualquer pedido.

E o que o intérprete deve ter em mente é que o limite imposto ao *dominus* visa à proteção do bem estar da sociedade, compreendido da forma mais ampla possível. Conforme já lecionava Caio Mário da Silva (2004, p. 84), as faculdades do proprietário suportam restrições legais que são patentes, e que têm o condão de coibir abusos por parte do proprietário, de tal maneira que o exercício de seu direito sobre a coisa não se transmute em instrumento de dominação dos menos abastados.

Na esteira do que já fora exposto, observa-se que, nessa nova ótica, fulcrada no Estado de Direito Social, o proprietário passou a ter, cada vez mais, ao lado de um feixe de poderes, também um somatório de deveres, dualidade esta dificilmente visualizável, precedentemente, quando o direito de propriedade era a expressão do mais amplo poder.

5 REFLEXOS DO PERFIL CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE NA CODIFICAÇÃO DE 2002

Importante notar que o Código Civil de 2002 também imprimiu um novo valor, uma nova abordagem ao instituto da propriedade, trazendo para o cenário jurídico a propriedade vinculada à função social.

O artigo 1.228 da Lei nº 10.406/2002, equivalente ao artigo 524 do antigo Código Civil de 1916², traz algumas mudanças iniciais no plano estrutural do direito de propriedade. Prevê o dispositivo:

² Assim dispunha o Código Civil de 1916, no artigo 524: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer injustamente os possua”.



Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Sob este prisma, pode-se entender que a norma contida nesta disposição mantém os atributos inerentes ao direito de propriedade, os consagrados *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi* (ou *disponendi*) e a *rei vindicatio*, mantendo a estrutura do individualismo liberal. Todavia, a inovação foi trazida pelo parágrafo primeiro daquele dispositivo, que assim estabelece:

§ 1º 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, à 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.

Esta disposição do artigo 1228, §1º, do Código Civil veio se harmonizar com contido no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal, que, como visto no capítulo anterior, exige que a propriedade atenda a uma função social, e mais além, a disposição trazida pelo Código Civil complementa o contexto da propriedade quando inserida na ordem econômica, cumprindo, deste modo, o comando do artigo 170, incisos II e III, da Carta Magna.

Impende salientar que para que haja o exercício regular do direito de propriedade, seu titular deve fazê-lo de forma a atender a uma finalidade econômica e social. Ou seja, o proprietário deve dar uma destinação econômica à coisa da qual mantém a propriedade. Não se pode manter a propriedade sobre determinado imóvel urbano sem dar a ele uma destinação útil, como, por exemplo, a construção de casa para fim de moradia, ou mesmo a exploração de alguma atividade econômica lícita.

Não só isso. A destinação a ser dada à propriedade, deve, ainda, atender às regras estatuídas pelas disciplinas estabelecidas pelas leis especiais, a fim de proteger a fauna, a flora, o patrimônio artístico, estético, paisagístico, cultural, entre tantos outros. Destarte, há uma preocupação central contida no comando do artigo 1228, § 1º, qual seja, evitar que o proprietário deixe de usar a propriedade e, assim, fira o sistema normativo público e ofenda o direito coletivo que lhe é afeto.



Consoante arremata Gustavo Tepedino (2006, p. 159), a função social da propriedade confere ao titular da propriedade um duplo dever: o de deixar de praticar o ilícito, como colocar fogo numa floresta, e o de promover o meio ambiente, sob pena de perder a legitimidade constitucional. Não deve o Poder Judiciário admitir a tutela de um direito de propriedade que desrespeita a sua função social.

Decorre daí que a dicção do parágrafo primeiro do citado do artigo 1.228 deve ser interpretada como um conteúdo objetivo da função social da propriedade, a traduzir os interesses que, expressamente indicados pelo codificador, devem ser preservados pelo titular do domínio, a fim de que o seu direito subjetivo seja assegurado.

Não há como negar o lado inovador do novo diploma civil no que tange à função social da propriedade, porquanto revela a vontade do legislador de disciplinar o uso da propriedade de acordo com as suas possibilidades econômicas e sociais, ao lado das riquezas e potencialidades do meio ambiente, visão esta que não se tinha no Código anterior.

Também não se furtou o Código de tratar do uso antissocial da propriedade, já que o direito de propriedade não pode ser utilizado como instrumento de opressão. Nessa esteira, o parágrafo segundo do artigo 1.228 proíbe que o proprietário faça uso de seu direito de forma nociva a terceiros, nos seguintes termos:

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Da regra citada infere-se que o uso do imóvel urbano pelo seu proprietário está subordinado, também, às normas da boa vizinhança, sendo incompatível com o abuso de direito de propriedade.

Numa demonstração da aplicação da teoria do abuso de direito³, o parágrafo segundo acima transcrito veda o exercício do direito de propriedade como ânimo nocivo a outrem. O direito de usar do proprietário não permite a prática de condutas lesivas, ainda que fundadas no próprio direito de propriedade. Como leciona Caio Mário da Silva Pereira (2004, p.93-94), a tendência atual do direito positivo é restringir as prerrogativas dominiais, por vezes limitando a utilização da coisa, por vezes impondo-a em benefício da coletividade.

³ A teoria do abuso de direito tem o objetivo de impedir que os direitos subjetivos sejam exercidos de maneira abusiva, contrariando o seu fim econômico e social, a boa-fé, os bons costumes, constituindo-se num obstáculo aos atos emulativos, ceifando intenções espúrias daqueles que se utilizam dos seus direitos com o único objetivo de prejudicar terceiros. Cf.



Interessante observar que o legislador, na norma referida *supra*, não fez uso de uma conceituação subjetiva de abuso de direito, uma vez que definiu como abusiva a conduta do proprietário que não lhe traga utilidade alguma e, simultaneamente, seja animada pela intenção de prejudicar alguém.

Sob essa análise, é possível também inferir que o legislador restringiu ainda o poder de destruir a coisa, poder este englobado, em tese, pelo direito de dispor, uma vez que o proprietário não pode destruir seu bem motivado pela intenção de, por exemplo, prejudicar um desafeto seu.

Mesmo o Direito Romano, que reconhecia no proprietário o poder extremo de abusar da coisa, não se concedia tal prerrogativa, fazendo, ao revés, conter o domínio em termos compatíveis com a conveniência social. Muito mais patente é este propósito de contenção no direito contemporâneo, não só pela repressão ao mau uso da propriedade, como ainda pelas restrições em benefício do bem comum (PEREIRA, 2004, p. 95).

Acompanhando a tendência de todo o seu contexto, o instituto da propriedade no Código Civil de 2002 está permeado pela noção de sociabilidade, uma vez que limitado pelo interesse público. O exercício do direito de propriedade deve caminhar na direção do bem estar social.

Isto, contudo, não significa que o Código nega o domínio do proprietário sobre o bem, muito menos que admite que o Estado lhe imponha a maneira pela qual seu imóvel deve ser gerido. Significa apenas que a propriedade é abordada de modo peculiar pelo Código Civil, reflexo do seu sentido no mundo contemporâneo, pois sua natureza de direito real pleno sobre algo, perpétuo e exclusivo é mantida, porém não de forma ilimitada, já que seu exercício está condicionado ao pressuposto de que deve ser socialmente útil (DINIZ, 2002, p. 102).

Sendo assim, o intuito do legislador ordinário foi, dentro da sistemática constitucional, respeitando a propriedade como direito fundamental, conciliá-la com o interesse coletivo que emerge das transformações sofridas pelo seu instituto.



6 CONCLUSÃO

Consoante demonstrado nas linhas anteriores, a hermenêutica assume papel de enorme importância na tarefa de estabelecer a delimitação da utilidade do *domínus* à luz do interesse social, buscando dar-lhe a amplitude necessária sem tolher do proprietário sua prerrogativa de quilate constitucional.

Não há dúvida que as faculdades que o titular do domínio detém pode ser restringidas, respeitado o princípio da legalidade, no intuito de conter abusos e lhe preserve o caráter utilitário, sem o qual não haverá uma legítima propriedade privada, mas sim um instrumento patrimonial de pressão da qualidade de vida dos demais habitantes, com escassas oportunidades de adquirir terras produtivas e moradia digna, mesmo num país conhecido por suas riquezas naturais e suas dimensões continentais.

O perfil constitucional da propriedade atual, fulcrado num Estado de bem estar social, impõe ao proprietário uma série de deveres fundamentais a par das suas prerrogativas inerentes ao domínio, não se admitindo, em absoluto, o uso da propriedade de maneira abusiva, o que, inclusive, é tratado pela codificação civil como ato ilícito, o que pode levar à perda do próprio direito.

O conteúdo do direito de propriedade é aprofundado pela legislação infraconstitucional, a qual deve, nesse mister, indicar qual o aproveitamento ideal para cada modalidade de domínio, a depender da sua condição, da sua localização ou mesmo da sua titularidade, disciplinando os requisitos para o cumprimento da função social.

Serão os ditames legais balizas para o exercício do direito de propriedade, observando-se a ponderação de interesses, sem que se inviabilize o seu exercício, para que sejam atendidas as necessidades individuais e coletivas, simultaneamente, cumprindo o escopo de harmonizá-las na prática, propiciando o cumprimento dos mandamentos constitucionais em sua inteireza.



REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**, São Paulo: Saraiva, 2002.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **A teoria do abuso de direito no direito civil constitucional**. Disponível em: <www.consulex.com.br/consulexnet_read.asp?id=1&idd=3151>. Acesso em: 27.08.2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Jane Alves Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.