

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTER LOPES PEIXOTO

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:
DO CC/1916 AO CC/2002**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Cláudia Lima Marques

Porto Alegre
2005

DEDICATÓRIA

Ao meu Pai (*in memoriam*)

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é resultado de um longo caminho que não foi trilhado exclusivamente por mim, no seu curso recebi a colaboração de pessoas que contribuíram, direta ou indiretamente, para sua conclusão a quem desejo prestar o meu reconhecimento. Meus agradecimentos, aos professores do Mestrado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em especial, à minha orientadora Professora Doutora Cláudia Lima Marques pelos ensinamentos recebidos; minha gratidão e reconhecimento ao Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa pelo exemplo e incentivo; sou grata à Laci pela amizade; à Ana Beatris pela elaboração dos gráficos; à Laura, ao Filipe e a Naila pelo auxílio; à Patrícia, à Sandra e à Samira pelo incentivo; à Náira, ao Marcelo, ao Márcio e ao Luiz Paulo pela paciência; ao Lélis pelo afeto; aos funcionários do Curso de Pós-graduação em Direito pela atenção; à equipe de funcionários da Biblioteca do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela disponibilidade. Aos meus irmãos, Estela e Erasmo, pelo carinho e compreensão; à minha mãe, Lêda, sou infinitamente grata pelo amor e dedicação.

“Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.”
(Fernando PESSOA. Poesias, p. 115)

RESUMO

A disciplina da função social da propriedade e o seu tratamento no âmbito do Direito Civil constituem o tema central deste trabalho.

O estudo do tema proposto parte do exame do que denominamos pressupostos teóricos da função social da propriedade, onde situamos a origem da noção função social avançando para o exame de suas diversas manifestações, tendo por base os diplomas legais vigentes e os diferentes contextos jurídicos examinados, o que remete à especial consideração do CC/1916, da CF/88 e do CC/2002. Tal perspectiva exige, ainda, ainda uma abordagem dos fenômenos jurídicos que são subjacentes a esses instrumentos legais.

Estabelecida a base teórica, prossegue-se com a verificação de sua aplicação prática, o que se revela na análise da contribuição da doutrina para a compreensão da regra do art. 1.228, § 1.º, CC/2002, bem como mediante uma exegese particular dessa norma e, ainda, no exame da contribuição da jurisprudência, o que abrange a interpretação das diferentes concepções da função social da propriedade recolhidas nas decisões dos Tribunais locais.

De tudo resulta a tentativa de precisar as diferentes expressões da função social da propriedade como elemento de harmonização dos interesses sociais e individuais direcionado à concretização da justiça social.

ABSTRACT

The discipline of the social function of the property and its treatment in the scope of the Civil law constitutes the central subject of this paper.

The study of the considered subject starts with an examination that we call estimated theoreticals of the property's social function, where we point out the origin of the notion social function advancing for the examination of its diverse manifestations, based on the effective statutes and the different examined legal contexts, what sends to the special consideration of the CC/1916, of the CF/88 and of the CC/2002. Such perspective also demands a boarding of the legal phenomena that are underlying of these legal instruments.

Established the theoretical base, the following is the verification of its practical application, what is revealed by the analysis of the doctrine's contribution for the comprehension of the rule of art. 1.228, § 1.º, CC/2002, as well as by means of a particular interpretation of this norm and also in the examination of the jurisprudence's contribution, what encloses the interpretation of the different conceptions about the property's social function collected in the decisions of the local Courts.

As result, the attempt to specify the different expressions of the property's social function as an element of social and individual interest's harmonization directed to the concretion of social justice.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
AC/RN	Apelação Cível e Reexame Necessário
AgInt	Agravo Interno
AI	Agravo de Instrumento
AJURIS	Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
art.	artigo
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CC	Código Civil
CC/1916	Código Civil de 1916
CC/2002	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC	Código de Processo Civil
Coord.	Coordenador
Des.	Desembargador
Des. ^a	Desembargadora
ed.	edição
ED	Embargos de Declaração
EI	Embargos Infringentes
j.	juízo
Org.	Organizador
<i>Ob. cit.</i>	Obra citada
p.	página
pp.	páginas
reform. e atual.	reformada e atualizada
rev. e ampl.	revista e ampliada
rev. e atual.	revista e atualizada
RN	Reexame Necessário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TARS	Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
v.	vide
<i>v. g.</i>	<i>verbi gratia</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I - PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	13
A – Algumas observações sobre a evolução histórica da função social no Direito Civil	13
1) Evolução para um Direito Civil com função social	14
2) Momento atual do Direito Civil com função social e o CC/2002	29
B – Constitucionalização do Direito Civil no Brasil	33
1) Bases históricas dos fenômenos Constituição e Codificação	34
2) Análise da Constituição Federal de 1988	47
PARTE II - APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	55
A – A contribuição da doutrina: a regra do art. 1.228, § 1.º, CC/2002	55
1) Exegese dos comentaristas	56
2) Exegese própria	61
B – A contribuição da jurisprudência: análise das decisões do TARS e TJRS nos últimos 10 anos	78
1) A atividade jurisdicional e as concepções da função social da propriedade	78
2) As decisões jurisprudenciais: aplicação das diferentes concepções da função social da propriedade	92
OBSERVAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS	136

INTRODUÇÃO

Il diritto in genere – ed il diritto civile in particolare – ha, a nostro avviso, unico fondamento nella realtà normativa. Siffatta realtà va sistemata ed interpretata in considerazione degli impulsi sociologici che sono alla base del sistema ed in costante riferimento alla natura dei fatti e dei problemi che la norma intende rispettivamente sussumere e risolvere, esprimendosi l'esperienza giuridica come dialettica fra la norma ed i rapporti socio-economici, fra l'aspetto formale ed il profilo sociale.

(Pietro PIERLINGIERI. *Introduzione alla problematica della "proprietá"*, p. 1)

O discurso em torno da propriedade atravessa os tempos estando presente desde os primórdios da civilização,¹⁻² consistindo as modificações em torno de seu conceito e conteúdo expressão da evolução da sociedade politicamente organizada.³

Discorrendo, entre outros aspectos, sobre esse importante instituto jurídico Otto von Gierke, em 5 de abril de 1899, proferiu, perante a Associação de

¹ GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo em la conciencia europea*. Tradução Juana Bignozzi, Barcelona: Ariel, 1986, p. 21.

² Interessante, nesse contexto, a análise proposta por Fernanda de Salles Cavedon, ao examinar a origem histórica da propriedade. CAVEDON, Fernanda Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Visualbooks, 2003, em especial Capítulo 1, pp. 5-28.

³ Na introdução que faz da obra antes citada Paolo GROSSI traça um panorama histórico da propriedade em suas diferentes nuances. Ob. cit., pp. 18-45.

Jurisconsultos de Viena, discurso emblemático intitulado *A função social do direito privado*,⁴ em que assim se expressou:

Ultimamente, as faculdades jurídico-privadas não são concedidas somente ao indivíduo para si mesmo, senão justamente confiadas como um meio de cultura, do qual deve se servir em realidade, em benefício de toda a sociedade humana.

Com o princípio 'nenhum direito sem dever' está intimamente enlaçada nossa idéia germânica de que todo direito tem em si um limite imanente. O sistema romanista de faculdades em si ilimitadas, que só chegam a se restringir mediante contrapostas faculdades externas, contradizia todo conceito jurídico-social. Para nós não é necessário que exista nenhuma outra esfera jurídica que a que exige o interesse racional protegido por ela e enquanto lhe permitam as condições de vida da sociedade.

De modo que esclarecido o conceito absolutista da propriedade, tal como se exhibe em nossos tratados de Pandectas e já exposto de forma legal o Projeto alemão: 'O proprietário de uma coisa tem o direito de usar das coisas, como lhe pareça, com exclusão dos demais, e de dispor das mesmas' (§ 848); acrescente-se desde logo, como é natural, 'até enquanto não existam limitações a este direito, fundadas na lei ou no direito de terceiros'. E se nós observarmos o que ocorre em realidade com o verdadeiro direito vivo, com estas limitações, descobriremos que aquela potestade arbitrária e exclusiva é uma mera ficção. Porém esta ficção é perigosa para todos. Estabelece um suposto de ilimitabilidade, e converte as limitações em anomalias (*zu Singularitäten*). Descansa em um conceito exagerado de propriedade, com a qual querem regozijar-se os inimigos de toda propriedade privada. Não. A propriedade privada segundo seu conceito, não é nenhum direito absoluto. Todos os limites assinalados no interesse geral, inclusive a possibilidade de expropriação, derivam de seu conceito, e nascem de sua mais íntima essência.⁵

A manifestação de Gierke conduziu-me a refletir acerca dos limites impostos à propriedade privada, bem como sobre a importância da superação da noção clássica de propriedade, o que se opera a partir de uma especial consideração dos valores sociais que têm sua expressão máxima na doutrina da função social.⁶

⁴ GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradução José M. Navarro de Palencia. Madri: Sociedad Editorial Española, 1904.

⁵ *Ibidem*, Tradução livre. pp. 31-32.

⁶ Nesta senda, interessante a reflexão proposta por Vincenzo Ferrari que partindo de uma análise sociológica do direito propõe o exame de suas funções. FERRARI, Vincenzo. *Funciones del derecho*.

Tendo em conta essa perspectiva é que se formula a indagação que serve de ponto de partida para o presente trabalho, qual seja, a de responder se houve alteração na compreensão da função social da propriedade após o advento do CC/2002.

A resposta a esse questionamento resulta da conjugação de uma série de fatores que serviram de inspiração para o plano de trabalho que se apresenta dividido em duas grandes partes: a primeira delas, orientada para a análise dos pressupostos teóricos da função social da propriedade, ao passo que a segunda, encaminha um diálogo prático que repousa na análise da aplicação da função social da propriedade tanto em sede doutrinária, aqui, tendo como nota fundamental a regra do § 1.º do art. 1.228 do CC/2002, como jurisprudencial.

Pretende-se com o exame teórico da função social da propriedade além de fixar a origem e evolução da noção função social, desvendar os elementos que iluminam a sua disciplina jurídica. Neste passo, é que se descortina a diretriz da socialidade – que constitui um dos princípios fundantes do Código Civil de 2002⁷ –, assim como ganham relevo as transformações ocorridas na esfera legislativa, notadamente, no âmbito constitucional que terminaram por estabelecer os novos contornos da propriedade, a qual perde o seu caráter de direito absoluto e inviolável em prol da observância de determinados limites.

Tradución Maria Jose Amon Roig; Javier de Lucas Martin. Madri: Editorial Debate, 1989, em especial o Capítulo IV, pp. 107-131.

⁷ Ao lado da socialidade aparecem, como princípios informadores do novo Código Civil a eticidade e a operabilidade. REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 37-42.

Essa alteração estrutural na configuração da propriedade encontra explicação nas transformações sociais e na busca de harmonização entre os interesses individuais e os interesses sociais, demonstrando o acatamento do princípio da função social. No que tange a propriedade, especificamente, a Constituição Federal de 1988, traduz importantes reflexos da atuação desse princípio (v. g., art. 5.º, XXII e XXIII, e art. 170, II e III), circunstância que, aliada a outros aspectos, aponta para o necessário exame da chamada constitucionalização do Direito Civil.

Já a análise da aplicação prática, versada na segunda parte, tem por objetivo explicitar a exata consideração doutrinária que a função social da propriedade tem recebido, notadamente, em face da regra do § 1.º do art. 1.228, CC/2002. Destaca, igualmente, a importância da atividade jurisdicional na concretização da função social da propriedade, o que se revela pela análise da jurisprudência dos Tribunais locais e é ilustrado pela sistematização das diferentes concepções identificadas.

É este o caminho que pretendo trilhar na tentativa de precisar as diferentes expressões da função social da propriedade o que, como visto, resulta do exame de seus pressupostos teóricos (I) e da análise de sua aplicação prática (II).

PARTE I - PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Los distintos momentos históricos, cada uno de los cuales representa una madurez autónoma de los tiempos, no son islas separadas, sino puntos de una línea larga, puntos marcados por fuerzas propias y peculiares, las únicas respecto a las cuales pueden ser medidos y evaluados, pero puntos siempre, fragmentos tan solo de una línea.

El historiador no ofrece modelos, sino que señala el sentido de la línea.

(Paolo GROSSI. Il punto e la línea: Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo, p. 29)

A apreensão do real significado da função social da propriedade reclama o exame de seus pressupostos teóricos. Esta análise se desdobrará em dois núcleos: o primeiro, traça algumas considerações acerca da evolução histórica da função social no Direito Civil (A); ao passo que o segundo, examina a constitucionalização do Direito Civil no Brasil (B).

A – Algumas observações sobre a evolução histórica da função social no Direito Civil

Para situarmos a temática da função social no Direito Civil é necessário examinarmos como se operou a sua evolução (1) e, bem assim, verificarmos como se apresenta no panorama jurídico atual esse conceito (2).

1) Evolução para um Direito Civil com função social

Para analisar o desenvolvimento da noção função social no Direito Civil é necessário, inicialmente, fixar o seu sentido. O termo função provém do latim “*functio*” e apesar da polissemia com que se reveste a expressão, pode-se afirmar que ela designa “o cumprimento de um dever, de uma atribuição, de uma obrigação”.⁸ Percebe-se, portanto, que a sua vocação é dirigida ao alcance de uma determinada finalidade.

Nas palavras de Santi Romano, as funções “são os poderes que se exercem não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo.”⁹

O vocábulo social, por sua vez, prende-se à noção de sociedade tendo por acepção: “da sociedade, ou relativo a ela”,¹⁰ “que interessa à sociedade”¹¹ ou, ainda, “concernente à sociedade”,¹² “relativo à comunidade, ao conjunto de cidadãos de um país”.¹³

⁸ MODUGNO, Franco. *Funzione*. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Varese: Giuffrè, 1969, v. 18, p. 301. No original: “l’adempimento di un compito, di una mansione, di un obbligo.”

⁹ ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 145.

¹⁰ SOCIAL. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1873.

¹¹ *Ibidem*, p. 1873.

¹² SOCIAL. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2595.

¹³ *Ibidem*, p. 2595.

A conjugação das duas expressões forma a locução função social, cujo significado e alcance jurídico pretendemos precisar ao longo desta exposição.¹⁴

Para tanto, é imprescindível a análise de sua evolução histórica que tem fundas raízes na socialidade jurídica.¹⁵

A idéia de socialidade¹⁶ está intimamente relacionada à noção de função social e constitui a matriz genética deste princípio.¹⁷

¹⁴ A doutrina não é uniforme ao discorrer sobre as origens da função social. Eros Roberto Grau aponta a dificuldade em se precisar o surgimento do princípio da função social da propriedade. Neste sentido, alude que para alguns esta formulação seria obra de Augusto Comte, sendo, todavia, proclamada por Léon Duguit, no início do século passado. Nada obstante, já teria sido considerada por São Basílio e Santo Tomás e, ainda, utilizada por Rousseau. Entretanto, assinala a referência de Duguit, em notas de pé de página, a uma obra de Landry, *De L'Utilité Sociale de la Propriété Individuelle*, de 1901, e aos *Príncipes de Droit Public*, de Hauriou, de 1910. Por fim, com assento em Pietro Barcellona aduz que, já em 1889, O. Gierke publicara discurso em Viena intitulado *A Missão Social do Direito Privado*, no qual asseverava, entre outros aspectos, que “à propriedade deveriam ser impostos deveres sociais”. (GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, pp. 113-114). Por sua vez, Elimar Szaniawski, refere que a origem da noção de função social da propriedade estaria atrelada ao surgimento do Cristianismo tendo “sua gênese na concepção cristã da propriedade, na especulação tomística do *bonum commune*”, cujo pensamento estaria cristalizado nas “encíclicas sociais”. (SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 128, jul./set. 2000). Nesta linha, ainda, Gustavo Tepedino aduz que a idéia de que o uso da propriedade deveria estar direcionado ao bem comum estava presente, na Idade Média, em Santo Tomas de Aquino (*Suma Teológica*). (TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 306, pp. 73-78, 1989).

¹⁵ PEIXOTO, Ester Lopes. *A socialidade jurídica: um encontro com Enrico Cimballi e Vicente Ráo*. Monografia apresentada na disciplina Fundamentos do Direito Privado, do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no 2.º Semestre de 2002. (Inédito)

¹⁶ A socialidade é um dos princípios informadores do novo Código Civil. A este propósito, acentua Miguel Reale: “É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente”. REALE, Miguel. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

¹⁷ Concebo a função social como princípio e o faço lembrando distinção traçada por Judith Martins-Costa entre princípios e cláusulas gerais: “Na verdade, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre, no mais das vezes, do fato de uma norma que configure cláusula geral conter um princípio, *reenviando ao valor que este exprime*, como ocorre com o reiteradamente citado § 242 do BGB. Aí, sim, se poderá dizer que determinada norma é, ao mesmo tempo, princípio e cláusula geral.” Mais, adiante esclarece que não há falar em “cláusula geral inexpressa”. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 323. Como propõe o texto não se pode pensar em “cláusula geral inexpressa”, sendo correto, ao reverso afirmar-se que os princípios jurídicos podem assim se apresentar. Penso que é o que ocorre em relação à função social, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor, pois embora não referida, expressamente, constitui um dos objetivos últimos do próprio Código, uma vez que voltado ao interesse social, possibilita a recondução do consumidor ao equilíbrio contratual, mediante a superação de sua vulnerabilidade atuando como

Muito embora, a concepção em torno da socialidade¹⁸ apresente-se como uma das vertentes do mundo contemporâneo¹⁹ – não por outra razão percebemos, nos diplomas legais mais recentes, normas que buscam amoldar determinados institutos jurídicos, antes destinados apenas à satisfação dos interesses privados, aos interesses sociais²⁰ –, este conceito esteve por longa data adormecido.

A razão desse “esquecimento” encontra justificativa na conformação do fenômeno jurídico. Consabido que, à época de elaboração dos códigos,²¹ o universo do direito privado era dominado por um individualismo²² excessivo sobre o qual se consolidaram as codificações²³⁻²⁴ dos oitocentos²⁵ impedindo, por assim dizer, a

instrumento de harmonização das relações de consumo. Não é outra, aliás, a conclusão que se extrai da leitura do art. 1.º, CDC. Neste sentido, MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 176-9. (Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 1)

¹⁸ Seja em face da distância que nos separa de alguns dos escritos que servem de referência ao presente estudo, seja em face da concepção adotada, não raras vezes são utilizadas outras expressões para designar o que denominamos *socialidade*. Assim, encontrar-se-ão alusões à *sociabilidade*, ao *socialismo jurídico*, à *solidariedade social* e ao *solidarismo*, cuja conotação procuramos sintetizar no vocábulo *socialidade*.

¹⁹ Neste sentido, observa Judith Martins-Costa: “Se a eticidade está no fundamento das regras civis, dúvidas não há de que o direito civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária.” MARTINS-COSTA, Judith. O Novo Código Civil Brasileiro: em busca da “ética da situação”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, pp. 211-60, 2001, p. 246.

²⁰ Assim, entre outras, as disposições da Constituição Federal de 1988 (art. 5.º, XXIII e art. 170, III) e do Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, (art. 421 e art. 1.228, § 1.º).

²¹ Aqui compreendidos, especialmente, o Código de Napoleão e o BGB.

²² Sobre as diversas acepções do termo e, especialmente, acerca do individualismo jurídico veja-se FASSÒ, Guido. Individualismo. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968, v. 8, pp. 607-609.

²³ Tendo como paradigma o *Code de Napoléon* de 1804 - considerada a primeira grande codificação. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação Nelson Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 64.

²⁴ Sobre o tema veja-se: CLAVERO, Bartolomé. Codificación y constitución: paradigmas de un binomio. *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano, v. 18, pp. 79-145, 1989; ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997; AMARAL JÚNIOR, José Levi. Constituição e codificação primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 54-71; ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 72-86.

²⁵ Outro grande modelo de codificação é aquele consubstanciado no B.G.B., fruto do liberalismo econômico e expressão do positivismo científico. Assim ANDRADE, *Da codificação...*, pp. 83-90.

expansão do “sentido social”.²⁶ Exemplo disso é, entre nós, o Código Civil de 1916²⁷ que permaneceu fiel ao individualismo jurídico, predominante à época de sua confecção.²⁸

Tal circunstância, contribuiu de sobremaneira para a neutralidade da vertente da socialidade no panorama jurídico em que se consagrou o apogeu das codificações oitocentistas.²⁹

Nada obstante, a realidade pouco a pouco se impunha exigindo respostas mais condizentes com as transformações sofridas pela sociedade.³⁰

Principia pela Europa, no século XIX, o surgimento de uma forte tendência, a qual consagrou o chamado socialismo jurídico.³¹⁻³²

²⁶ A expressão é de REALE, *O projeto do novo código civil*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

²⁷ Neste sentido, Orlando Gomes acentua: “Verifica-se, pois, que, no período de elaboração do Código Civil, algumas tentativas para introduzir a legislação social foram feitas através de projetos legislativos sobre a matéria de acidentes do trabalho, nos quais perpassa o sopro das novas idéias que conquistavam terreno nos países mais adiantados da Europa. Mas esse movimento não exerceu qualquer influência no código que se elaborava simultaneamente. A mentalidade dominante conservava-se fiel ao individualismo jurídico, mais consentâneo, então, com o grau de desenvolvimento das forças produtivas do país.” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 9, pp. 6-33, 1977, p. 24).

²⁸ A marca do individualismo jurídico verificou-se de forma acentuada no Código Civil de 1916 e, bem assim, a resistência dos juristas mais conservadores à tendência social. É o que se percebe, por exemplo, em ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, pp. XII e XIII.

²⁹ Esclarecedora, a propósito, a distinção feita por Orlando Gomes, ao analisar a manifestação de Clóvis Beviláqua justificando a posição individualista mantida no projeto de Código Civil de 1916. (GOMES, *Raízes...*, p. 26).

³⁰ Sobreleva, aqui, o papel da doutrina, pois é justamente por esta via que irá se operar o resgate dos valores sociais.

³¹ Sobre o assunto veja-se MAJO, Adolfo di. Il ‘Socialismo giuridico’. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano, v. 3-4, n. 1, pp. 383-429, 1974-75.

³² Pretende-se, com a análise de algumas dessas manifestações, traçar ainda que de forma sutil um panorama do desenvolvimento do princípio da função social em suas diversas manifestações jurídicas, sob uma perspectiva histórica. Assim, optamos por examinar escritos de três autores que consideramos fundamentais para compreensão do tema, v. g., Enrico Cimbali, Léon Duguit e Karl Renner.

Encontramos na obra de Enrico Cimbali uma das primeiras manifestações da chamada socialidade jurídica.³³

A importância de Cimbali para o nosso estudo prende-se ao fato de ter realizado uma leitura diferenciada das transformações sócio-culturais de seu tempo e efetuado essa transposição para o mundo jurídico, mediante uma análise crítica dos principais institutos jurídico-privados, por meio da qual oferece instrumentos para uma nova disciplina das relações jurídicas.³⁴

Nesta esteira, sustentava ser imperiosa a mudança do paradigma individual, adotado pelo Código Civil italiano, para uma concepção social atento as especificidades da vida moderna,³⁵ com vistas a permitir que mediante suas normas fossem legitimadas as novas relações jurídicas, surgidas em decorrência das transformações experimentadas pela sociedade.³⁶

Foi, efetivamente, essa aguda percepção da realidade que o conduziu a impregnar o Direito com a socialidade visando restaurar a harmonia e equilíbrio das

³³ Referimo-nos, em particular, ao estudo *La nuova fase del Diritto Civile nei rapporti economici e sociali* publicado, pela primeira vez, no ano de 1885.

³⁴ Neste sentido, acentua Clóvis Beviláqua: "O que o distingue desde as primeiras frases e o que dá a seus livros uma feição peculiar é o *justo equilíbrio* entre as *preocupações filosóficas e científicas* e o *interesse prático da vida*." (BEVILÁQUA, Clóvis In: CIMBALI, Enrico. *A nova fase do direito civil: suas relações econômicas e sociais*. Tradução Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Francisco Alves, 1900, pp. 10-11).

³⁵ Segundo Cimbali, o Código Civil italiano preocupava-se, apenas, em regular as diversas formas de relações individuais. Não sendo, contudo, suficiente para reger o fenômeno que denominou *privado-social*, complemento indispensável do fenômeno *privado-individual*. (CIMBALI, Enrico. *A nova fase do direito civil: suas relações econômicas e sociais*. Tradução Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Clássica Francisco Alves, 1900, p. 21).

³⁶ A influência dos aspectos econômicos e sociais são uma constante na obra de Cimbali, pois é a partir de sua análise que demonstra a insuficiência da legislação em vigor para solver os novos conflitos jurídicos. (BEVILAQUA, op. cit., pp. 60-61).

relações jurídicas até então tratadas, exclusivamente, sob o prisma individualista.³⁷⁻³⁸

No que concerne à análise dos institutos jurídicos sua obra destaca, entre outros aspectos, a importância conquistada pela propriedade e pelo contrato, este último enquanto instrumento direcionado a viabilizar a aquisição daquela.³⁹

Cimbali defende a imposição de certos limites à liberdade de contratar – como forma de temperamento do individualismo –, mediante a atuação estatal. Assim, caberia ao Estado intervir para restringir a liberdade do indivíduo sempre que estivesse em questão os interesses sociais.⁴⁰

Também se manifesta o viés da socialidade para orientar a atividade do Estado como moderador da liberdade individual.⁴¹ Para Cimbali, esta intervenção do Estado nas relações privadas constitui uma verdadeira função social.⁴²

³⁷ Tendência então preponderante que concebia o indivíduo como figura central, pouca consideração sobrando aos aspectos sociais. Neste sentido, preceitua: “O período individualista, sob cujo influxo e para cuja disciplina foram escriptas as legislações civis vigentes, parece agora destinado a desaparecer, cedendo pouco a pouco ao período da sociabilidade.” CIMBALI, Enrico. *A nova phase...*, p. 20.

³⁸ Assim, preceitua: “Este vinculo de reorganização tem lugar mediante o principio da sociabilidade que domina e concilia, não há negal-o, o principio ate hoje rebelde da individualidade. De onde a consequencia, logica e inexoravel ao mesmo tempo, de que não se quer admitir outros tantos codigos autonomos para tantos quantos são os diversos ramos em que se manifesta a actividade privada do homem, como a industria, o commercio e outras assim; há portanto, necessidade de fundir-se na unidade de um só organismo, que é o codigo de direito privado social, a variedade das legislações privadas.” CIMBALI, Enrico. *A nova phase...*, p. 461.

³⁹ CIMBALI, Enrico. *A nova phase ...*, pp. 433-4.

⁴⁰ Aludindo às diretrizes que devem orientar o Código, por ele preconizado, assevera: “[...] Todas as disposições e normas reguladoras devem ter o caracter e reflectir a conciliação e equação harmonica entre o principio da individualidade e o da sociabilidade, de modo que cada um preste aquella parte de influencia e efficacia que lhe corresponde, e vivam ambos num estado de harmonia e solidariedade entre si.” (CIMBALI, *A nova phase...*, pp. 458-459).

⁴¹ Consoante ensina CIMBALI a influência do principio da socialidade estava presente no ordenamento jurídico italiano, mediante a apontada intervenção estatal, especialmente, no regimento da servidão legal e no regime de águas. (Ibidem, p. 435.)

⁴² Ibidem, p. 440.

Com efeito, as mudanças vivenciadas pela sociedade da época refletiram no pensamento de Cimbali propiciando-lhe uma particular visão do fenômeno jurídico,⁴³ pois o conduziram à percepção dos valores sociais.⁴⁴

É, justamente, o acolhimento desses valores que possibilitam uma releitura dos institutos de direito privado consagrando, assim, o princípio da socialidade.⁴⁵

Neste diapasão, é a via da socialidade a que permite sejam os institutos jurídicos funcionalizados, pois a:

limitação da liberdade individual gera-se, por vínculo de causalidade, uma limitação correspondente na propriedade privada que é o efeito imediato, a qual devendo-se coordenar às necessidades da subsistência colectiva, subtrahe-se cada vez mais do domínio absoluto do individuo, para se tornar funcional.⁴⁶

A perspectiva funcional insere-se nos institutos típicos do direito privado, nomeadamente, na propriedade e no contrato como forma de permitir uma flexibilização destes conceitos. Aceita esta idéia, surge a função social como desdobramento do princípio da socialidade,⁴⁷ daí sublinhar Cimbali:

A propriedade, além de direito, e mais que simples direito individual, é uma grande função social, porque só póde e deve ser realizada por quem possua e conserve intactas as condições de que se

⁴³ Daí, a especial importância de sua obra no panorama do Direito Civil.

⁴⁴ Neste sentido, preceitua: “O significado d’esta grande transformação consiste na limitação progressiva da liberdade individual, que quanto mais se especifica encontrando novos campos de vida e de acção própria, tanto mais se deve coordenar para que se mantenha a unidade harmonica do organismo social na vida e na acção do todo.” CIMBALI, op. cit., p. 442.

⁴⁵ REALE, *O projeto ...*, p. 7.

⁴⁶ CIMBALI, op. cit., p. 442.

⁴⁷ Ora revigorado, ao ser eleito como um dos princípios fundamentais do novo Código Civil. REALE, *História...*, pp. 37-40.

origina, e que sómente possa fornecer garantia segura de um exercício legítimo e fecundo de uteis resultados.⁴⁸

A vertente da socialidade gerou diversas manifestações jurídicas.⁴⁹

Assim, também, se fez presente na obra de Léon Duguit⁵⁰ que, opondo-se, firmemente, à concepção de direito subjetivo⁵¹ propõe substituí-la pela noção de função social.⁵²

Ao conceber a existência de uma função social imputada ao indivíduo enquanto membro da sociedade Duguit revigora o debate em torno desse importante conceito. Neste sentido, afirma:

[...] na sociedade, todo indivíduo tem uma certa função à desempenhar, uma certa tarefa à executar. Não pode deixar de cumprir esta função, de executar esta tarefa, porque de sua abstenção resultaria uma desordem ou quando menos um prejuízo social. De outra parte, todos os atos que realizasse contrários à função que lhe incumbe seriam socialmente reprimidos. Porém, ao contrário, todos os atos que realize para cumprir a missão que lhe

⁴⁸ CIMBALI, *A nova phase...*, p. 254.

⁴⁹ Da mesma forma, essa concepção pode ser percebida, entre outros, em François Geny o qual salientava a necessidade de o direito positivo ser algo vivo, isto é, de transformar-se, colocando-se em perfeita sintonia com as exigências da vida social. Neste sentido, apontava para a importância de se inserir no direito um dado de *solidariedade social*, afirmando ser a interpretação a via pela qual esta *solidariedade social* entraria na vida jurídica. GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Editorial Réus, 1925, pp. 673-674. Entre nós, destaca-se a obra de Eduardo Espinola onde se observa quer no próprio texto quer nas notas de pé de página a influência dos autores estudados. Assim ESPINOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, v. 1, pp. 106-108, 111-113, 116-117, 119-122, 128-131; ESPINOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, v. 2, t. 1, p. 22 e, ainda, ESPINOLA, Eduardo. *Systema do direito civil brasileiro*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, v. 2, t. 2, pp. 13, 32-33, 73-74. Esta concepção, também iria repercutir em sua obra sobre posse e propriedade. ESPINOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, pp. 80, 129, 153-154, 159.

⁵⁰ Referimo-nos, especialmente, ao ensaio DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. 2. ed. atual. e aum. Tradución Carlos G. Posada, Madrid: Francisco Beltran, 1920, que viria, posteriormente, integrar o célebre escrito intitulado DUGUIT, León. *Las transformaciones del derecho (publico y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

⁵¹ Entendido como “o poder que corresponde a uma vontade de impor-se como tal a uma ou várias vontades, quando quer uma coisa que não está proibida pela lei.” Tradução livre. DUGUIT, *Las transformaciones...*, p. 26.

⁵² MARTINS-COSTA, *O novo...*, p. 248.

corresponde em razão do lugar que ocupa na sociedade, serão socialmente protegidos e garantidos.⁵³

Estaria aí, portanto, expressa a “noção realista de função social”⁵⁴⁻⁵⁵ defendida por Duguit.⁵⁶

É com base nessa noção que o autor irá desenvolver os conceitos de “liberdade-função”⁵⁷ e “propriedade-função”⁵⁸ que aparecem como manifestação dessa nova realidade jurídica.

Cumprе anotar que, com a introdução do conceito de função social transforma-se o conteúdo do direito de propriedade, à medida que passa a ser exercido não apenas em benefício de seu titular, mas também em prol do interesse coletivo.⁵⁹

Por certo, essa nova visão do fenômeno proprietário não corresponde à supressão do direito subjetivo que dele emerge, mas ao oposto estabelece que o

⁵³ Tradução livre. No original: “Hablar de derechos del individuo, de derechos de la sociedad, decir que es preciso conciliar los derechos del individuo con los de la colectividad, es hablar de cosas que no existen. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que llenar, una cierta tarea que ejecutar. No puede dejar de cumplir esta función, de ejecutar esta tarea, porque de su abstención resultaría un desorden o cuando menos un perjuicio social. Por otra parte, todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos. Pero, por el contrario, todos los actos que realice para cumplir la misión aquella que le corresponde en razón del lugar que ocupa en la sociedad, serán socialmente protegidos y garantidos.” DUGUIT, *Las transformaciones...*, pp. 40-1.

⁵⁴ Assim, *Ibidem*, p. 90.

⁵⁵ No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, *O novo...*, p. 248.

⁵⁶ As idéias de Léon Duguit foram objeto de acentuadas críticas, formuladas, entre outros, por Jean Dabin, Gaston Morin e Georges Ripert. Todavia, consoante afiança Moacyr Lobo da Costa parece que a razão estava com Duguit. COSTA, Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit: exposição e crítica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 791, p. 759-770, 2001.

⁵⁷ DUGUIT, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 181.

⁵⁹ SZANIAWSKI, *Aspectos da...*, pp. 128-9.

seu exercício deva estar voltado ao atendimento da função social que lhe é inerente, a qual sugere uma “integração entre os ideais individuais e os ideais sociais”.⁶⁰

Assim, opera-se uma harmonização da propriedade compreendida, de um lado, em seu aspecto estático – enquanto direito (poder) decorrente da relação de pertinência que o titular exerce sobre a coisa – e de outro, entendida em seu aspecto dinâmico que se revela na sua utilização. É neste sentido que ela é dita função (dever), porquanto “regulada em razão do fim a que socialmente se destina.”⁶¹

Nesta esteira, surge a obra de Karl Renner denominada *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion: Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*,⁶² na qual o autor examina a função social dos institutos jurídicos de direito privado.

A análise proposta por Renner⁶³ parte da distinção entre função econômica e função social. É por intermédio dessa diferenciação que o autor examina as recíprocas relações travadas entre economia e direito.⁶⁴⁻⁶⁵

⁶⁰ GRAU, *Elementos de...*, p. 120.

⁶¹ *Ibidem*, p. 121.

⁶² Que lemos na versão italiana. RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale: un contributo alla critica del diritto civile*. Tradução Cornelia Mittendorfer. Bologna: Il Mulino, 1981.

⁶³ Sobre as concepções de Karl Renner veja-se BERTOLO, Rozangela Motiska. A teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, pp. 28-38, jul. 1994.

⁶⁴ Anota Elimar Szaniawski, com apoio em Stefano Rodotà (*Il terribile diritto*, p. 21), que: “O conceito jurídico de função social desenvolveu-se de modo análogo ao moderno discurso econômico de função social, a partir da formulação, pelos economistas, do conceito de *bem-estar social*.” (SZANIAWSKI, Aspectos da..., p. 129).

⁶⁵ Para uma análise contemporânea das relações entre esses dois setores veja-se GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. *Revista de direito do consumidor*, n. 51, pp. 249-257, jul./set., 2004.

Na sua ótica, a função econômica constitui um “processo único que [para sua efetivação] pode se valer de uma pluralidade de institutos jurídicos”,⁶⁶ ao passo que a função social, seria uma consequência da atuação do processo econômico no meio social.⁶⁷

Na expressão de Arduino Agnelli, este segundo momento estaria assim caracterizado:

Quando o processo econômico, por Renner considerado em um primeiro momento isoladamente do ponto de vista teórico, se insere como parte do processo social e geral de produção e reprodução, da função econômica se passa àquela social.⁶⁸

Karl Renner questiona as implicações existentes entre esses dois fenômenos, procurando estabelecer “como e em que medida o direito seria determinado pela economia”⁶⁹ para, a final, concluir pela necessária complementaridade entre o processo econômico e os institutos jurídicos, porquanto ambos consubstanciam aspectos distintos, porém estritamente vinculados de uma mesma realidade.⁷⁰

Portanto, os institutos jurídicos devem estar articulados entre si, como forma de atender às exigências da sociedade que somente serão alcançadas tendo em conta a função social que cada um desempenha dentro do processo social.⁷¹⁻⁷²

⁶⁶ AGNELLI, [Introdução] In: RENNEN, *Gli istituti...*, p. 15.

⁶⁷ Ibidem, p. 16.

⁶⁸ Tradução livre. No original: “Quando il processo economico, da Renner considerato in un primo momento isolatamente dal punto di vista teorico, si coglie come parte del processo sociale generale di produzione e riproduzione, allora dalla funzione economica si passa a quella sociale.” AGNELLI, Arduino. [Introdução] In: RENNEN, *Gli istituti...*, p. 16.

⁶⁹ RENNEN, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ RENNEN, *Gli istituti...*, p. 50.

⁷¹ Ibidem, p. 62.

As concepções⁷³ analisadas demonstram a influência que a socialidade passou a exercer na compreensão do fenômeno jurídico e, como tal, apontam para as transformações daí advindas, as quais irão se refletir na esfera legislativa desenhando novos “modelos jurídicos”.⁷⁴

Nesta perspectiva, destaca-se o preceito inserto no art. 153 da Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919,⁷⁵ que assim prescreve: “A Constituição garante a propriedade. O seu conteúdo e os seus limites resultam de lei. [...] A propriedade obriga e o seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social.”⁷⁶

Esta norma constitui o marco histórico que instrumentaliza a superação do paradigma individualista até então vigente.

⁷² Concepção que se aproxima do pensamento de Léon Duguit, v. *supra*.

⁷³ Por certo, ao trazermos à baila as contribuições desses autores não estamos a afirmar que os conceitos por eles formulados apresentam-se ainda hoje com a mesma significação. Até porque, temos presente a advertência de Hespanha de que o sentido de uma expressão ao longo de suas manifestações históricas estará sempre implicado “aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, é eminentemente *relacional* ou *local*.” (grifos no original) (HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998, p. 18). Entretanto, a alusão a tais autores se justifica, na medida em que por intermédio dessas manifestações jurídicas buscamos traçar o mapa da evolução histórica da função social.

⁷⁴ Consoante ensina Reale, Miguel “o *modelo jurídico* não indica um fim primordial e abstrato a ser atingido, mas sim o fim ou os fins concretos que se inserem no *dever-ser* do direito correspondente a um dado complexo de regras objetivizadas ou formalizadas segundo os requisitos exigidos pelo ordenamento jurídico para cada modalidade de fonte do direito.” (grifos no original) (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 38).

⁷⁵ Sustenta Carlos Frederico Marés, escorado no pensamento de Jesus Antonio de la Torre Rangel, para quem a Constituição mexicana de 1917, seria a primeira “constitución social”, que esta Carta constituiria “um marco mais importante do que a de Weimar”, “porque não apenas condiciona a propriedade privada, mas a reconceitua”, a par de continuar vigendo. (MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 93). Observa-se, no entanto, ser este um pensamento isolado que não foi acolhido pela maioria dos doutrinadores. A este propósito, anota Eduardo Espinola: “desde que, na Constituição de Weimar (1919), se proclamou que a *propriedade obriga*, em tôdas as legislações mereceu pronunciamento expresse e enfático a tese sôbre os deveres que, ao lado de seus direitos, incumbem ao proprietário.” (grifos no original) (ESPINOLA, Posse..., p. 157).

A Constituição de Weimar⁷⁷ ao inserir limitações à propriedade retirou do instituto o manto de direito “absoluto e sagrado”⁷⁸ para impor-lhe nova feição, a qual é direcionada à realização do interesse social.⁷⁹

Percebe-se uma alteração estrutural⁸⁰ na conformação da propriedade que encontra explicação nas transformações sociais e na busca de harmonização entre os interesses individuais e os interesses sociais.⁸¹

Essa nova concepção da propriedade – a qual passou a observar certos limites –, foi incorporada a outros ordenamentos jurídicos, estando presente, também, na Constituição italiana de 1948 (art. 42) e na Constituição espanhola de 27.12.1978 (art. 33).⁸²

No Brasil não foi diferente iluminada pelo texto alemão consagrado pela Constituição de Weimar, ingressa a concepção social ainda na Carta de 1934⁸³ (art. 113).⁸⁴

⁷⁶ MIRANDA, Jorge (Org.) *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1980. apud: MARTINS-COSTA, O novo..., p. 248.

⁷⁷ O sentido da norma foi preservado, na Alemanha, estando inscrito na Lei Fundamental, de 23.05.1949, nos seguintes termos: “Art. 14.1. A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. A sua natureza e os seus limites são regulados por lei. 2. A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem estar geral.” (CONSTITUIÇÃO do Brasil e Constituições Estrangeiras. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas Senado Federal, 1987, v. 2, pp. 131-132).

⁷⁸ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 351.

⁷⁹ Sobre o assunto veja-se BENDA, Ernest. Função da garantia da propriedade na constituição moderna. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, pp. 237-249, 1992.

⁸⁰ Vale dizer, no seu aspecto interno que encontra justificativa na atuação da função social.

⁸¹ GRAU, *Elementos de...*, p. 120.

⁸² CONSTITUIÇÃO do Brasil e..., pp. 526 e 367, respectivamente.

⁸³ Em sentido oposto, afirmando que somente a partir da Constituição de 1946 é que teria havido preocupação com o aspecto social. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 269-70.

A partir daí, embora a propriedade não estivesse condicionada pelo interesse social, estabeleceu-se “a vedação de que o correspondente direito seja utilizado em desacordo com o interesse social ou coletivo.”⁸⁵

Como é sabido, à Carta de 1934 seguiu-se a Constituição de 1937, a qual se afastou da que lhe precedeu, e, no que concerne ao direito de propriedade restringiu-se a garanti-lo, ressalvados os casos de desapropriação por necessidade ou utilidade pública.⁸⁶⁻⁸⁷

A vertente então abandonada, ganhou novo influxo com a promulgação da Constituição de 1946, a qual inseriu a regulamentação da propriedade entre os princípios da ordem econômica e social⁸⁸ (art. 147).⁸⁹

Neste sentido, a lúcida observação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sem dúvida alguma, este preceptivo é um marco jurídico. Com efeito, não apenas se prevê a desapropriação por interesse social, mas se aponta, no aludido art. 147, para um rumo social da propriedade, ao ser prefigurada legislação que lhe assegure justa distribuição, buscando mais que a tradicional igualdade perante a lei, igualdade perante a oportunidade de acesso à propriedade.⁹⁰

⁸⁴ O art. 113, alínea 17, primeira parte, assim prescreve: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.”

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, pp. 39-45, out./dez. 1987, p. 40.

⁸⁶ O art. 122, item 14, da mencionada Constituição, assegurava “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

⁸⁷ Neste sentido, LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 770, pp. 729-740, dez. 1999, p. 732; LEONETTI, Carlos Araújo. Função social da propriedade: mito ou realidade? *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 3, pp. 72-83, jan./fev. 2000, p. 75; e LEONETTI, Carlos Araújo. A função social da propriedade na Constituição de 1988. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 11, cad. 1, pp. 326-329, 1999, p. 329.

⁸⁸ LEONETTI, Função social...: mito ou realidade?, p. 75.

⁸⁹ “Art. 147. O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

⁹⁰ MELLO, Novos aspectos..., p. 40.

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 10, de 09.11.1964,⁹¹ houve pequena alteração no texto constitucional que consistiu, em suma, no acréscimo de parágrafos ao art. 147 para prever “a possibilidade de a União promover a desapropriação de imóveis rurais ‘para os fins previstos neste artigo’.”⁹²

A evolução legislativa tem continuidade na Carta de 1967 que apesar de manter a propriedade entre os princípios da ordem econômica e social, a exemplo do estabelecido pela Constituição de 1946, inova ao dispor, expressamente, sobre o princípio⁹³ da função social, nos seguintes termos:

Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
[...]
III – função social da propriedade;⁹⁴

Acrescente-se, ainda, que a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 limitou-se a manter o quadro até então existente (art. 160, inc. III).

⁹¹ Neste mesmo ano foi publicada a Lei n.º 4.504/64, o chamado Estatuto da Terra, que, apesar de contemplar de forma expressa a função social da propriedade, não foi aplicado. Assim, MARÉS, *A função social...*, pp. 112-3.

⁹² LEONETTI, *Função social...*, p. 733; LEONETTI, *Função social...: mito ou realidade?*, p. 75.

⁹³ O debate em torno dos princípios tem sido, ao longo do tempo, objeto de fecundos estudos. Assim, exemplificativamente, ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradución Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961; BOBBIO, Norberto. *Principi generali di diritto*. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, pp. 887-96; ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993, especialmente, pp. 9-35; ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradución Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, em particular, pp. 81-172; DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? Tradução Wladimir Barreto Lisboa. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos*, São Leopoldo, v. 34, n. 92, pp. 119-158, 2001; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradución Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997, em especial, pp. 72-101; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Tradución Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997, em particular, pp. 109-130.

⁹⁴ Tal preceito, contudo, não excluiu a proteção à propriedade privada, regrada no art. 150, § 22, da mesma Carta.

A Constituição Federal de 1988, inova ao inserir a função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXIII, CF), o que oportunamente será examinado.

Assentada a conformação da noção função social cumpre-nos examinar a sua repercussão no panorama atual do Direito Civil.

2) Momento atual do Direito Civil com função social e o CC/2002

O acolhimento do princípio da função social pelo ordenamento jurídico operou diversas transformações no âmbito do Direito Civil derivadas, na sua essência, da funcionalização a que passaram a ser submetidos os institutos jurídicos,⁹⁵ o que será realçado, mediante a análise dos novos contornos assumidos pela propriedade.⁹⁶

Concebida, inicialmente, como poder exercido pelo proprietário “que dela podia usar e abusar, excluindo qualquer interesse ou direito alheio,”⁹⁷ o que lhe dava

⁹⁵ Neste sentido, referindo-se ao fenômeno da socialização da teoria contratual, Cláudia Lima Marques, assim se manifesta: “Como resultado desta mudança de estilo de pensamento, as leis passaram a ser mais *concretas*, mais *funcionais* e menos *conceituais*. É o novo ideal de *concretude* das leis, que para alcançar solução dos novos problemas propostos pela nova realidade social [...], opta por soluções abertas, as quais deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, usando freqüentemente noções-chaves, valores básicos, princípios como os de boa-fé, eqüidade, equilíbrio, equivalência de prestações e outros. São *topoi* da argumentação jurídica, fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de inegável força para alcançar a solução justa do caso concreto.” (grifos no original) (MARQUES, *Contratos...*, p. 179).

⁹⁶ MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 351.

⁹⁷ MARÉS, *A função...*, p. 34.

a roupagem de direito absoluto,⁹⁸ a propriedade encontrou expressão máxima no *Code de Napoleón*⁹⁹ (art. 544),¹⁰⁰ também chamado o “Código da Propriedade”.¹⁰¹

O instituto, entretanto, sofreu, paulatinamente, as implicações da nova mentalidade jurídica,¹⁰² passando a ser objeto de limitações ou restrições, as quais se aplicam a todas as suas formas¹⁰³ e modificaram, substancialmente, a sua conformação.¹⁰⁴

As primeiras restrições impostas à propriedade, consubstanciavam limites externos a atuação do proprietário e visavam, em última análise, a impedir o uso abusivo do direito.¹⁰⁵ Nessa modalidade se encaixam, por exemplo, as normas que regulamentam o direito de vizinhança.¹⁰⁶

Outro critério para o estabelecimento de limitações à propriedade repousa no objeto imediato da proteção jurídica, o qual pode comportar limites tanto de ordem

⁹⁸ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

⁹⁹ Conforme anota Bartolomé CLAVERO a seqüência histórica corresponde a: Revolução, Declaração, Constituição e Códigos. (CLAVERO, *Codificación...*, pp. 83-84).

¹⁰⁰ O dispositivo em referência possui a seguinte redação: “Art. 544 – La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière plus absolue.”

¹⁰¹ Assim PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 4, p. 65 e FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 621, pp. 16-39, jul. 1987, p. 19.

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade, *Revista de Direito Privado*, v. 7, jul.-set., 2001, p. 76.

¹⁰³ Lembre-se, exemplificativamente, a propriedade artística, literária, industrial, sobre valores mobiliários, etc. (GRAU, *Elementos...*, p. 123).

¹⁰⁴ Sobre o tema, consulte-se GOMES, Orlando. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 757, pp. 717-727, nov. 1998.

¹⁰⁵ Conforme assinala Ana Prata essa idéia remonta ao instituto do *abuso de direito*, concepção tem em Louis Josserand um de seus expoentes. (PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, pp. 153-157).

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 154-155.

pública (v. g. requisição, desapropriação) quanto de ordem privada (como ocorre, por exemplo, nas servidões legais).¹⁰⁷

No Brasil, o Código Civil de 1916¹⁰⁸ ainda espelhava a concepção clássica da propriedade, fator que contribuiu para que muitas dessas limitações ingressassem no ordenamento jurídico pela via constitucional.¹⁰⁹

Neste passo, a Constituição Federal de 1988 apresenta especial relevo ao colmatar lacunas deixadas pelo Código Civil de 1916 disciplinando matérias antes reguladas, exclusivamente, por este último diploma, figurando como verdadeiro instrumento de harmonização dos interesses sociais.¹¹⁰

No que tange a propriedade, especificamente, a Carta de 1988, traduz importantes reflexos da atuação da função social, merecendo destaque o art. 5.º, XXII e XXIII, CF, bem como a norma do art. 170, II e III, CF.

Todo esse arcabouço legislativo acabou por alterar a configuração da propriedade que passa a ser compreendida em conexão com o princípio da função social,¹¹¹⁻¹¹² isso porque ambos representam interfaces normativas do mesmo

¹⁰⁷ Ibidem, pp. 158-160.

¹⁰⁸ Neste sentido, ao analisar o contexto em que fora elaborado o Projeto de Clóvis Beviláqua, afiança Pontes de Miranda: "a data mental do Código (como do B.G.B. e do suíço) é bem 1899; não seria errôneo dizê-lo o antepenúltimo código do século passado." (PONTES DE MIRANDA, *Fontes e...*, pp. 85).

¹⁰⁹ SZANIAWSKI, Aspectos da..., p. 144.

¹¹⁰ *Idem*, p. 144.

¹¹¹ Consoante anota Eros Grau "há duas concepções ou modelos de definição normativa relativos ao princípio da função social da propriedade: o *negativo* e o *positivo*." Como exemplo do primeiro cita o art. 4.º da Declaração dos Direitos do Homem que veda o abuso de direito, na consideração de que a partir daí tem-se "a concreção do princípio na imposição de obrigações de *não fazer* ao proprietário". Já a concepção positiva se revela, por exemplo, nos arts. 42 e 44 da Constituição italiana que impõem comportamentos positivos ao proprietário. (GRAU, *Elementos...*, p. 122).

modelo jurídico e somente podem ser entendidos por intermédio de uma indispensável e necessária “dialética de complementaridade”.¹¹³

Nesta ordem de idéias, pretendendo responder em que consiste a chamada função social da propriedade, Celso Antônio Bandeira de Mello, distingue duas acepções possíveis para preencher esse conceito.

A primeira delas, consistiria em observar a propriedade um “destino economicamente útil”.¹¹⁴ Neste sentido, portanto, a função social estaria atendida quando a:

propriedade responda a uma plena utilização, otimizando-se ou tendendo-se a otimizar os recursos disponíveis em mãos dos proprietários ou, então, impondo-se que as propriedades em geral não possam ser usadas, gozadas e suscetíveis de disposição, em contradição com estes mesmos propósitos de proveito coletivo.¹¹⁵

No outro sentido, a noção de função social da propriedade estaria atrelada “a objetivos de Justiça Social”, é dizer, empenhada “com o projeto de uma sociedade mais igualitária ou menos desequilibrada”.¹¹⁶

Conclui o insigne constitucionalista que o conceito de função social da propriedade compreende os dois significados aludidos devendo, portanto, a

¹¹² Outra distinção que se oferece é aquela entre bens de produção e bens de consumo. Assim, *Ibidem*, p. 123-124.

¹¹³ Valemo-nos do conceito formulado por Miguel Reale segundo o qual “há uma correlação permanente e progressiva entre dois ou mais fatores, os quais não se podem compreender separados uns dos outros, sendo ao mesmo tempo cada um deles irreduzível aos outros, de tal modo que os elementos da trama só logram plenitude de significado na unidade concreta da relação que constituem, enquanto se correlacionam e daquela unidade participam.” (REALE, *Fontes e...*, p. 85).

¹¹⁴ MELLO, *Novos aspectos...*, p. 43.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 43.

propriedade, a par de produtiva, estar direcionada à concretização da justiça social.¹¹⁷

Esse panorama foi enriquecido com a promulgação do vigente Código Civil, Lei n.º 10.406, de 10.01.2002, que reconhece, em conformidade com a diretiva constitucional, a função social¹¹⁸ da propriedade¹¹⁹ no § 1.º do art. 1.228.¹²⁰

Tendo sido delineada a evolução histórica do princípio da função social da propriedade, cumpre-nos examinar como se operou, no Brasil, o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil.

B – Constitucionalização do Direito Civil no Brasil

Para que possamos compreender no que consiste a chamada constitucionalização do Direito Civil é imprescindível um olhar sobre a evolução dos fenômenos Constituição e Codificação (1), o que se complementarará com o exame da Constituição Federal de 1988 (2).

¹¹⁶ MELLO, Novos aspectos..., p. 44.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 44.

¹¹⁸ O que, igualmente, foi reconhecido, na órbita do direito contratual, pelo art. 421, CC/2002.

¹¹⁹ Neste sentido, manifestando-se sobre o Projeto de Código Civil, observa Moreira Alves: "Com dois artigos apenas passou-se da propriedade individualista para a propriedade com função social." ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 27.

¹²⁰ Esse preceito será objeto de análise mais detida na Parte II deste trabalho.

1) Bases históricas dos fenômenos Constituição e Codificação

É necessário recordar que, subjacente à problemática ora enfocada, encontra-se o debate em torno da constitucionalização¹²¹ do direito civil,¹²² ou ainda, da publicização¹²³ do direito privado,¹²⁴ na medida em que a função social da propriedade emerge do texto constitucional e vai encontrar ressonância no Código Civil. Assim, é preciso examinar como se opera essa correlação.

As noções de constituição e código¹²⁵ afiguram-se, a priori, como fenômenos distintos: compreendendo-se a Constituição como instrumento regulador das relações entre Estado e cidadãos e o Código como expressão das relações entre os indivíduos. Tais conceitos, todavia, guardam entre si estreitas vinculações, como se verá adiante.¹²⁶

¹²¹ Por constitucionalização entenda-se o deslocamento do “papel unificador do sistema” do Código para a Constituição. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 6; ou, ainda, “o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, que passam a condicionar a observância pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, pp. 99-109, jan./mar., 1999, p. 100).

¹²² Sobre o tema, confira-se a precisa análise de FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 11-60.

¹²³ BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição...*, p. 74.

¹²⁴ A esse respeito, consulte-se SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 21-53; LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 87-117.

¹²⁵ Sobre o desenvolvimento do fenômeno codificatório veja-se ANDRADE, *Da codificação...*

¹²⁶ É Bartolomé Clavero quem afirma: “La Constitución es Código y semilla de Códigos.” CLAVERO, *Codificación...*, p. 82.

O tratamento dos fenômenos constituição e codificação¹²⁷ como processos que evoluíram de forma autônoma, tem sua razão de ser na visão dicotômica do Direito que distingue entre direito público e direito privado.¹²⁸

Mas, antes de examinarmos mais de perto esta questão é preciso situar o surgimento desses fenômenos no âmbito da história do Direito, ainda que, sucintamente.

A moderna concepção de Código¹²⁹ e, bem assim, de Constituição¹³⁰ tem sua origem no Estado Liberal, ambos constituem reflexos dos ideais iluministas e racionalistas, os quais acrescidos do elemento político culminaram com a Revolução Francesa e permitiram o florescimento dos ideais codificadores.¹³¹

Com o surgimento do *Code* em 1804¹³² – considerada a primeira grande codificação¹³³ –, pois segundo ensina Norberto Bobbio “somente com a legislação

¹²⁷ Veja-se, a propósito, o capítulo intitulado “A codificação, espelho e metáfora do sistema fechado”, pp. 169-270, que compõe a obra de MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*

¹²⁸ A esta distinção Norberto Bobbio denominava “la gran dicotomía”, conforme assinala LOPEZ y LOPEZ, Angel M. Estado Social y Sujeto Privado: una reflexion finisecular. *Quaderni Fiorentini*. n. 25, pp. 409-66, 1996, p. 410.

¹²⁹ Adverte Fábio Siebeneichler de Andrade que: “Afiml, se se pode dizer que os códigos representam, em um momento, um sistema, isto é, um modo de ordenar as matérias do Direito, ou de um determinado setor do Direito, é certo que não se pode desconsiderar toda sorte de razões históricas que conduzem a sua realização. Identificam-se, portanto, na teoria da codificação, um elemento técnico, o sistema, e um elemento político.” (ANDRADE, *Da codificação...*, p. 27).

¹³⁰ Veja-se HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradución Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Civitas, 1995, p. 33.

¹³¹ Sobre o tema consulte-se PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 51, pp. 7-15, jan./mar. 1990 e SANTOS NETO, José Antônio de Paula. O Código de Napoleão e a institucionalização jurídica dos ideais revolucionários. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 51, pp. 73-88, 1990.

¹³² É importante notar a influência que o Código de Napoleão teve no desenvolvimento da cultura jurídica que se seguiu, exemplo disso é a codificação belga e as diversas codificações ocorridas na Itália. Neste sentido, BOBBIO, *O positivismo...*, p. 63.

¹³³ Outro grande modelo de codificação é aquele consubstanciado no BGB, fruto do liberalismo econômico e expressão do positivismo científico que passou a vigorar em 1900. Assim ANDRADE, op. cit., pp. 87-90.

napoleônica temos um código propriamente dito”,¹³⁴ vale dizer, “um corpo de normas sistematicamente organizadas e expressamente elaboradas”,¹³⁵ inaugura-se a época da supremacia dos Códigos.

O Código Civil¹³⁶ passa a ocupar posição central no ordenamento jurídico,¹³⁷ tendo como pilares fundamentais a propriedade e o contrato, institutos que consagram a autonomia privada¹³⁸ em sua plenitude.¹³⁹

Nesta época, as fronteiras entre o direito público e o direito privado são bem delimitadas.¹⁴⁰ O primeiro, corresponde à autoridade do Estado destinada à regulamentação de interesses gerais, enquanto o direito privado identifica-se com os direitos próprios dos indivíduos. O Estado é chamado a intervir, apenas, para assegurar a realização dos direitos individuais.¹⁴¹

Esse contexto, entretanto, sofreu profundas modificações com a evolução da sociedade e com o declínio do Estado Liberal. A noção de sujeito perde seu espaço no ordenamento jurídico privado para dar lugar ao aspecto coletivo, representado

¹³⁴ Ibidem, p. 64.

¹³⁵ Ibidem, p. 64.

¹³⁶ Conforme alerta Maria Celina B. M. Tepedino, a importância do Código era tamanha que o Direito Civil confundia-se com ele. (TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993, p. 22).

¹³⁷ Sobre o tema veja-se PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 145-73.

¹³⁸ A esse respeito confira-se PRATA, *A tutela...*, em especial, Capítulo VII, pp. 143-95.

¹³⁹ Neste sentido GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. Tradução Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, pp. 35-55, 1998, p. 39.

¹⁴⁰ Com efeito, esclarece René David que a divisão entre Direito Público e Direito Privado é fenômeno peculiar dos países integrantes da chamada “família romano-germânica”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1972, p. 89.

¹⁴¹ Assim, TEPEDINO, M., op. cit., p. 22. e GIORGIANNI, op. cit., pp. 38-39.

pela associação,¹⁴² expressão do Estado Social, de cunho intervencionista, que exerce a regulação da atividade econômica.¹⁴³

Assiste-se a uma forte intervenção da esfera pública no campo econômico antes pautado, fortemente, pela atuação do direito privado. Os interesses privados subordinam-se aos interesses da coletividade, consubstanciada na figura do Estado.¹⁴⁴

O surgimento do direito social e econômico,¹⁴⁵ destruiu a hegemonia do direito privado, na medida em que trouxe restrições à liberdade contratual e à utilização da propriedade.¹⁴⁶ Tal fato, conduziu a uma desintegração dos limites – antes bem demarcados – entre direito público e direito privado.¹⁴⁷

Nesta perspectiva, “aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado.”¹⁴⁸⁻¹⁴⁹

¹⁴² Estes aspectos são ressaltados por TEPEDINO, M., op. cit., pp. 22-23 e GIORGIANNI, op. cit., pp. 41-43.

¹⁴³ Neste sentido, LOPEZ Y LOPEZ, Estado social..., pp. 426-427.

¹⁴⁴ Veja-se, a propósito, HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

¹⁴⁵ Confira-se, a propósito, CARLI, Guido. Il Codice e il processo di sviluppo economico. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 26, pp. 5-12, 1980.

¹⁴⁶ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste, 1980, pp. 630-645.

¹⁴⁷ Confira-se, a respeito, RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, pp. 11-30, 1979.; IRTI, Natalino. Le incognite del diritto privato. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 26, pp. 2-4, 1980; LOMBARDO, Antonio. Pubblico e privato tra sistema politico e società civile. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 26, pp. 21-26, 1980; COTTA, Sergio. La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 26, pp. 121-136, 1980.

¹⁴⁸ TEPEDINO, M., A caminho..., p. 25.

¹⁴⁹ Um retrato dessa afirmação é apresentado por Ludwig Raiser ao esboçar a imagem de uma elipse contendo dois pólos de irradiação, sendo que um deles representa o público e o outro o privado, os

Os Códigos, a sua vez, perdem a primazia que detinham no sistema,¹⁵⁰ ante a importância que adquiriu o desenvolvimento econômico, a disciplina da atividade dos indivíduos passou a constar no elenco das Constituições.¹⁵¹

É justamente nesse momento que começam a se aproximar as noções de Constituição e Código.

Assim, à medida que as Constituições deixam de estabelecer, exclusivamente, normas de direito público¹⁵² para imiscuir-se na regulação da atividade dos particulares¹⁵³ exercendo, desse modo, função primordialmente atribuída aos Códigos, verifica-se uma interação entre estes dois corpos jurídicos.

Essa circunstância, agregada a outros fatores, acaba por desencadear a chamada “crise dos códigos”.¹⁵⁴

O período que medeia entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX foi o momento do apogeu da codificação.¹⁵⁵ O Código Civil consolidava

quais mantém entre si um setor de mútua influência. RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 9, n. 25), pp. 11-30, 1979, p. 21.

¹⁵⁰ Veja-se, a propósito, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Paraná Judiciário*, Curitiba, v. 52, pp. 153-166, 1998, p. 156.

¹⁵¹ Assim, TEPEDINO, M., op. cit., p. 22-23.

¹⁵² Notadamente, aquelas relativas à limitação do poder político.

¹⁵³ Neste sentido, ANDRADE, *Da codificação...*, pp. 118-119.

¹⁵⁴ *Ibidem*, pp. 111-115.

¹⁵⁵ A propósito, Fábio Siebeneichler de Andrade refere que: “A promulgação do código alemão na Europa e do brasileiro na América representou uma etapa de coroamento para o conceito de codificação. Nos principais países dos dois continentes, com a notória exceção da *Common Law*, a codificação fora implementada e dera frutos. No mesmo período, mais precisamente, em 1904, o Código Civil francês celebrava o seu centenário.” (*Ibidem*, p. 111).

nesta época a matriz dos interesses privados e tinha como pilar fundamental a tutela do indivíduo.¹⁵⁶

As relações jurídicas eram pautadas pela autonomia da vontade e cabia ao indivíduo optar entre fazer ou deixar de fazer, sabendo de antemão quais as conseqüências decorrentes de tal escolha, tendo em conta a estrutura do Código.¹⁵⁷

O Código Civil¹⁵⁸ revestia-se de um carácter de imutabilidade¹⁵⁹ e completude,¹⁶⁰ características que refletiam a estabilidade das relações sociais da época que consagraram o denominado “mondo della sicurezza”,¹⁶¹ o que pouco a pouco se alterou em razão de fatores económico-sociais que pautaram a evolução da sociedade.

Essas transformações deram origem a chamada “época da incerteza”,¹⁶² ante o esgotamento do modelo de codificação oitocentista, o Código não mais se

¹⁵⁶ Assim, IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 10, pp. 15-33, out./dez.1979, p. 15.

¹⁵⁷ Neste sentido, *Ibidem*, pp. 16-17.

¹⁵⁸ A este respeito acentua João de Matos Antunes Varela que o Código Civil guardava no seu interior “a disciplina das principais matérias comuns aos vários ramos do saber jurídico, como fossem as fontes do direito, a interpretação e integração das leis, a aplicação das leis no tempo e no espaço, os prazos para a realização dos actos jurídicos, a prova dos factos nos tribunais e nas repartições públicas, bem como o exercício e a tutela dos direitos em geral.” (VARELA, João de Matos Antunes. *O movimento de descodificação do direito civil*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 503).

¹⁵⁹ Assim, IRTI, L'età della..., p. 17.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e [et al.]. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 160-170, p. 161.

¹⁶¹ ZWEIG, S. *Die Welt von Gestern*. Tradução Italiana. L. Mazzucchetti. 5. ed. Milão, 1954, p. 15, apud: IRTI, op. cit., p. 15.

¹⁶² ANDRADE, *Da codificação...*, p. 112.

apresentava instrumento apto a disciplinar as novas relações jurídicas decorrentes do convívio em sociedade.¹⁶³

A nova realidade social, essencialmente, representada por classes ou grupos exigia a regulamentação de suas relações jurídicas oferecendo-se as leis especiais como a forma de solução para esses conflitos.¹⁶⁴

Nesse contexto, o Código Civil antes entendido como “o estatuto orgânico da vida privada e das liberdades civis”¹⁶⁵ assume diversa função e passa a contemplar o direito residual,¹⁶⁶ porque aumentam consideravelmente o número de leis especiais, as quais, inicialmente, destinadas a reger uma situação determinada valendo-se quanto ao mais da disciplina posta no Código, paulatinamente, passam a conter características próprias formando uma teia orgânica de conceitos e princípios que não encontram lugar no bojo do Código.¹⁶⁷

As leis especiais operam uma inteira subtração do conteúdo do Código, adequando essas matérias às exigências da nova realidade econômica. Apresentam um perfil amplo que regulamenta integralmente institutos ou matérias – sem necessidade de recorrer ao texto codificado apropriando-se do caráter de generalidade antes atribuído ao Código – constituem, então, verdadeiros microssistemas¹⁶⁸ dotados de uma lógica própria.¹⁶⁹

¹⁶³ Ibidem, p. 112.

¹⁶⁴ Neste sentido, IRTI, op. cit., p. 19.

¹⁶⁵ IRTI, op. cit, p. 18. Tradução livre.

¹⁶⁶ Como acentua Natalino Irti assim sucede com a disciplina do contrato de locação que aparece, agora, como um direito residual em relação às leis sobre locação de imóveis urbanos e sobre arrendamentos rurais. (IRTI, L'età della., pp. 31-32).

¹⁶⁷ Neste Ibidem, pp. 26-27.

¹⁶⁸ Exemplos desse fenômeno são, entre nós, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.

Paralelamente, a este fenômeno as Constituições passam a incorporar normas de cunho privatístico.¹⁷⁰ Na Itália, exemplificativamente, tal fato é bem demarcado pela entrada em vigor da Constituição de 1.º de janeiro de 1948.¹⁷¹

Neste sentido, assevera Natalino Irti: “O catálogo tradicional dos direitos e liberdades se enriquece assim de novas figuras ligadas a uma diversa valoração do homem e das relações econômicas e sociais.”¹⁷²

Esses fatores contribuíram para que o Código Civil perdesse o papel de “centralidade”¹⁷³ que detinha no ordenamento jurídico, o qual passará a ser ocupado pela Constituição. Por este viés, desloca-se a unidade do sistema para a Constituição em estrita observância à hierarquia das fontes.¹⁷⁴

A Constituição, agora, traz consigo um conjunto de normas que não se limitam, apenas, a assegurar a iniciativa dos particulares, ao oposto, contém em si mesmas objetivos¹⁷⁵ a serem perseguidos, reflexo da nova ordem estatal.¹⁷⁶

¹⁶⁹ IRTI, op. cit., pp. 26-27.

¹⁷⁰ Neste aspecto, foi pioneira Constituição de Weimar ao inserir em seu texto o princípio “*Eigentum verpflichtet, a propriedade obriga.*” (COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, pp. 138-139, jul. 1987).

¹⁷¹ Veja-se, a propósito, CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbèra. 1950, v. 1., pp. LXXXIX-CXXXIX.

¹⁷² Tradução livre. IRTI, L'età della..., p. 20.

¹⁷³ Segundo, Pietro PERLINGIERI “A chamada descodificação” nada mais é do que a perda da centralidade até então ocupada pelo Código Civil no ordenamento jurídico. PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 6.

¹⁷⁴ Neste sentido, TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, v. 65, p. 24.

¹⁷⁵ Confira-se, a propósito, FINZI, Enrico. Riflessi privatistici della Costituzione. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbèra. 1950, v. 1., p. 33.

Este novo perfil da Constituição irá operar uma aguda transformação na legislação ordinária, de modo que, esta terá de observar os objetivos traçados pelo texto constitucional o que, também, provoca uma releitura das fontes do direito.¹⁷⁷

A diretriz constitucional determina programas, encaminha e coordena a atividade econômica, imiscuindo-se no terreno antes reservado a atuação do Código, estabelece restrições à propriedade alterando o seu conteúdo.¹⁷⁸

É Natalino Irti, novamente, quem retrata este quadro ao explicitar que: “a ordem econômica e jurídica não nasce mais do livre jogo das iniciativas privadas, mas é, por assim dizer, projetada e pré-constituída pela lei.”¹⁷⁹

A chamada constitucionalização do direito civil¹⁸⁰ é uma consequência das profundas transformações sofridas por este ramo do direito privado – que consolidado no Código não mais se apresenta como “o diploma básico de toda a sociedade jurídica”¹⁸¹ – as quais lhe impuseram um novo perfil.

¹⁷⁶ IRTI, L'età della..., p. 20.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 21.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 21.

¹⁷⁹ Tradução livre. IRTI, L'età della..., p. 21.

¹⁸⁰ Veja-se, a propósito, GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 174-210; TEPEDINO, Gustavo. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César e [et al.] (Coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 115-30.

¹⁸¹ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. BARROS, Hamilton de Moraes e [et al.]. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 503.

Passou-se, assim, de um período de inteira incomunicabilidade entre os dois setores – Constituição e Código – para um estágio de “recíproca complementaridade e dependência”.¹⁸²

Por este viés, é a Constituição – reconhecida como o topo do ordenamento jurídico – que confere unidade ao sistema ditando as diretrizes que condicionam as relações jurídicas interprivadas.¹⁸³

Essa profunda mudança na estrutura funcional da Constituição explica-se, sobretudo, a partir de uma leitura não meramente programática¹⁸⁴ de seus enunciados, o que possibilita a inteira absorção dos comandos ali insculpidos, aos quais a legislação ordinária deve se harmonizar.

A interpretação da normativa constitucional de forma positiva¹⁸⁵ repercute no âmbito do Direito Civil permitindo a sua incidência direta nas relações privadas.¹⁸⁶

O caráter normativo da constituição¹⁸⁷ deve-se, entre outros fatores, como já sublinhado, ao seu papel de supremacia¹⁸⁸ na teoria das fontes¹⁸⁹ que determina a sua necessária observância na solução dos casos concretos.¹⁹⁰

¹⁸² HESSE, *Derecho constitucional...*, p. 70.

¹⁸³ Neste sentido, *ibidem*, p. 71.

¹⁸⁴ Assim, entre outros, TEPEDINO, M., *A caminho...*, p. 28; SOUZA, Luciane Moessa de *A natureza jurídica da propriedade em face do princípio da função social da propriedade no direito brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 33, pp. 199-208, 2000, p. 199.

¹⁸⁵ A este respeito Paulo Luiz Netto Lôbo afirma que: “De um modo geral, a doutrina passou a entender que os princípios constitucionais são auto-executáveis.” LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Revista de Informação Legislativa*. n. 141, Jan.-Mar., 1999, p. 104.

¹⁸⁶ Neste sentido, observa Cláudia Lima Marques: “A força normativa do Direito Constitucional no Direito Privado não mais pode ser negada, assim como é evidente o efeito horizontal, entre privados, dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).” MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código*

Por essa concepção, desvia-se o núcleo do sistema que até então estava centrado no Código para a Constituição operando um realinhamento do ordenamento jurídico a partir da ótica constitucional.¹⁹¹

Partindo desse posicionamento, percebe-se que a “hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento”,¹⁹² mas “é inspirada sobretudo, em uma lógica substancial”.¹⁹³

A perfeita compreensão da Constituição, como fonte suprema, na lição de Pietro Perlingieri, possibilita que sua aplicação às relações subjetivas se dê por duas vias: a) Indireta – ocorre sempre que a legislação infraconstitucional possuir norma específica, cláusula geral ou princípios aplicáveis à hipótese concreta; b) Direta – dá-se quando inexistente mediação de qualquer proposição normativa prevista na legislação ordinária.¹⁹⁴

Assim, a norma constitucional atua não apenas pela via hermenêutica, mas igualmente como “norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.”¹⁹⁵

de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 211. (Biblioteca de Direito do Consumidor – v. 1)

¹⁸⁷ A esse respeito HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

¹⁸⁸ Veja-se, a propósito, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Fontes e ideologia do princípio da supremacia da Constituição. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 38, pp. 57-66, mar./abr. 1959.

¹⁸⁹ Neste sentido, TEPEDINO, M., *A caminho...*, p. 27.

¹⁹⁰ PERLINGIERI, *Perfis...*, pp. 4-5.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 4-5

¹⁹² PERLINGIERI, *Perfis...*, p. 9.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 9.

¹⁹⁴ *Ibidem*, pp. 11-12.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

Dentre os novos valores eleitos pela Constituição Federal de 1988, exsurge a pessoa como nota fundamental,¹⁹⁶ diversamente, do que ocorria com o Código Civil de 1916, vigente à época da promulgação daquela, em que não obstante o argumento de proteção ao indivíduo, predominava a tutela do patrimônio, notadamente, por intermédio dos institutos da propriedade e do contrato.¹⁹⁷

Assiste-se a uma “despatrimonialização”¹⁹⁸ do Direito Civil em favor dos valores existenciais da pessoa humana.¹⁹⁹ A proteção do patrimônio cede passo ante o indispensável respeito à dignidade da pessoa humana.²⁰⁰

É com base nos novos valores introduzidos pelo texto constitucional que se há de operar uma releitura do Direito Civil a qual há de ser pautada pelos interesses ali predominantes.²⁰¹

¹⁹⁶ Sobre o assunto consulte-se, entre outros: ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa humana. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 213-229; CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 230-264; FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 87-104; MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 105-147.

¹⁹⁷ Neste sentido LÔBO, *Constitucionalização...*, p. 103.

¹⁹⁸ Assim, PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 1. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 33.

¹⁹⁹ Veja-se, a respeito, AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, Jan.-Mar., 2000, pp. 3-24; e MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*. a. 1, Out.-Dez., 1992, pp. 198-208.

²⁰⁰ Esta valorização da pessoa humana como figura central do Direito Civil vem sendo abordada também como tendência a “repersonalização”. Nesta linha LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista de Informação Legislativa*. n. 141, Jan.-Mar., 1999, p. 103; e, ainda, LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. In: *O direito de família e a Constituição de 1988*. BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) São Paulo: Saraiva. 1989, pp. 53-81.

No ordenamento jurídico brasileiro o preceito legal que permite a atuação da normativa constitucional nas relações jurídicas privadas é o art. 5.^{o202} da Lei de Introdução ao Código Civil.^{203_204_205}

Com efeito, o dispositivo em referência possibilita que os valores constitucionais²⁰⁶ penetrem na legislação civil,²⁰⁷ pois estabelece a forma de interpretação da lei e permite que ausente disposição específica e outra para situações análogas o julgador recorra aos princípios gerais do ordenamento²⁰⁸ jurídico para decidir.²⁰⁹

Assim, a diretiva constitucional atua como forma de justificativa na aplicação da norma ordinária, em razão do que esta última deve estar harmonizada aos valores emanados da Constituição.²¹⁰

²⁰¹ Neste sentido, RESIGNO, Pietro. I manuali di diritto privato dopo la costituzione. *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam. Anno XLIV, 1998, p. 409.

²⁰² Assim, VIANA, Marco Aurélio S. *Comentários ao novo Código Civil: dos direitos reais*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 41.

²⁰³ O dispositivo possui a seguinte redação: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.”

²⁰⁴ Consoante destaca Pietro Perlingieri, no ordenamento jurídico italiano a norma constitucional atua, com caráter de prevalência, como “expressão de princípios jurídicos gerais” e ingressa no sistema em face do disposto no artigo 12 das Disposições Preliminares do Código Civil. (PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. riv. ed int. Napolis: Edizione Scientifiche Italiane, 1991).

²⁰⁵ Assim, CAMBI, Eduardo. Algumas inovações e críticas ao livro dos “Direitos das Coisas” no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 823, maio, 2004, p. 23.

²⁰⁶ Veja-se, a propósito, análise sobre a incidência dos direitos fundamentais no direito civil feita por HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, pp. 111-125, 1999.

²⁰⁷ Em relação ao ordenamento pátrio, esta questão é bem esmiuçada por TEPEDINO, A caminho..., pp. 29-32.

²⁰⁸ Como ensina Enrico FINZI a expressão ordenamento deve ser compreendida em seu sentido amplo inserindo-se aí além das normas e institutos, também, a orientação político-legislativa estatal substanciada no texto constitucional. FINZI, *Riflessi...*, v. 1, p. 36.

²⁰⁹ Neste sentido, PERLINGIERI, op. cit., p. 191.

²¹⁰ Assim PERLINGIERI, *Il diritto...*, p. 192.

Partindo dessa premissa, tem-se que, ainda na vigência do Código Civil de 1916, o qual não contemplava o princípio da função social da propriedade, devia ele observância a esse preceito em virtude do mandamento inserto na Constituição Federal (art. 5.º, XXIII e § 1.º e art. 170, III), bem como em virtude da norma do art. 5.º, LICC.²¹¹

Esse recurso interpretativo, todavia, tornou-se dispensável em face da promulgação do vigente Código Civil que reconhece, em conformidade com o texto constitucional, a função social da propriedade (art. 1.228, § 1.º, CC/2002).

Antes, porém, de examinarmos esse dispositivo legal impõe-se uma análise mais detida do tratamento que a Constituição Federal de 1988 conferiu à propriedade.²¹²

2) Análise da Constituição Federal de 1988

Como já assinalado, a Constituição Federal de 1988 configura importante instrumento de concretização da função social da propriedade, porquanto além de reproduzir a concepção estampada nas constituições anteriores – inscrevendo a função social como princípio da ordem econômica e financeira (art. 170, III, CF) – aprimora o tratamento dispensado à matéria ao inserir a função social da propriedade entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXIII).

²¹¹ CAMBI, Eduardo. Algumas..., p. 23.

O constituinte de 1988 teve o cuidado de incluir essa disciplina entre as denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4.º, IV, CF) destacando, assim, a sua importância.²¹³

O art. 5.º, CF, no que interessa, prescreve:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXII – é garantido o direito de propriedade;
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

Já o citado art. 170, CF, assim estabelece:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
[...]
II – propriedade privada;
III – função social da propriedade;

Apresenta-se, assim, a propriedade privada relativizada pela função social que lhe é conferida, passando a integrar o conceito mesmo de propriedade,²¹⁴ visto que, o seu exercício está condicionado ao atendimento daquela²¹⁵ e tem por fim

²¹² Optei por examinar, especificamente, a disciplina das propriedades imobiliárias urbana e rural diante da maior relevância que representam.

²¹³ LEONETTI, Função social..., p. 733; LEONETTI, Função social...: mito ou realidade?, p. 74.

²¹⁴ PRATA, *A tutela...*, p. 164.

²¹⁵ MENEZES, *O direito...*, p. 118.

último atender aos ditames da solidariedade social,²¹⁶ consagrada no texto constitucional entre os objetivos fundamentais da República (art. 3.º, I, CF).²¹⁷⁻²¹⁸

De outra parte, impende ressaltar que a funcionalização do instituto não exclui a garantia da propriedade privada, também assegurada constitucionalmente. Todavia, propõe que o seu exercício apresente-se em consonância com a função social.²¹⁹

Nesta perspectiva, sobressai a propriedade imobiliária em face da importância de sua utilização, ora relacionada à moradia, ora destinada a atividade econômico-produtiva, na qual aparece com igual relevo a função econômica, “enquanto decorrência do direito à livre iniciativa”.²²⁰

No presente estudo, portanto, ganham relevo as propriedades urbana e rural. É de se questionar, então, de que forma se manifesta a função social nessas modalidades proprietárias. Quais os parâmetros a serem seguidos para sua observância?

²¹⁶ ESPÍNOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956, p. 127.

²¹⁷ O dispositivo em comento, assim expressa: “Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

“I – construir uma sociedade justa, livre e solidária.”

²¹⁸ Que, segundo penso, é expressão do princípio da socialidade no âmbito constitucional.

²¹⁹ Disso resulta, para alguns, que somente a propriedade que atende a sua função social está apta a reclamar a proteção do Estado. BERTAN, *Propriedade...*, pp. 124-6; MARÉS, *A função social...*, p. 117. Parece-nos, contudo, mais acertado o posicionamento desposado por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “a propriedade ainda está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida em que a realiza. Deveras a entender-se que o protegido é a propriedade função-social, ter-se-ia, conseqüentemente, que concluir ausente a proteção jurídica a ou às propriedades que não estivessem cumprindo função social. Estas, pois, deveriam ser suscetíveis de serem perdidas, sem qualquer indenização, toda e cada vez que fosse demonstrável seu desajuste à função social que deveriam preencher.” MELLO, *Novos aspectos...*, p. 41.

²²⁰ SOUZA, L., *A natureza...*, p. 199.

A própria Constituição Federal aponta instrumentos para a concretização da função social da propriedade ao prever diretrizes para realização das políticas urbana e agrícola.²²¹

Neste sentido, no que concerne à propriedade urbana,²²² estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade²²³ e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, caput, CF).

Prescreve, ainda, que a função social da propriedade urbana será atendida quando cumpridas às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor, sendo facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de, sucessivamente, suportar parcelamento ou edificação compulsórios; ver incidir imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; submeter-se a desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.²²⁴

²²¹ As diretrizes gerais estão estabelecidas nos arts. 182 e 184, CF.

²²² Esclarece Rozangela Motiska Bertolo, com apoio em José Afonso da Silva, que a propriedade do solo urbano compreende o desempenho das “funções urbanas fundamentais de habitação, trabalho, circulação e recreação”. BERTOLO, Rozangela Motiska. A função social da propriedade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 1, n. 28, p. 221.

Interessante notar o contraste entre a modalidade de expropriação acima referida²²⁵ e aquela contemplada no § 3.º do art. 182, CF. Nesta última, a desapropriação será antecedida de prévia e justa indenização em dinheiro,²²⁶ ao passo que na desapropriação estampada no § 4.º que tem por escopo forçar o cumprimento da função social da propriedade a indenização será feita mediante títulos da dívida pública. Tal circunstância, reflete o caráter punitivo desta espécie de expropriação que configura verdadeira sanção ao proprietário que descumpre o mandamento da função social da propriedade.

Outrossim, ao vincular o cumprimento da função social da propriedade urbana às diretrizes previstas no plano diretor, a Constituição Federal remete a sua concretização à particular realidade de cada município.^{227_228}

Igualmente, ao estabelecer as diversas formas de atuação pelas quais o Poder Público municipal impõe restrições à inadequada utilização da propriedade, o legislador constituinte consagrou a possibilidade de que o município imponha ao proprietário de imóvel urbano uma série de obrigações positivas, visando a garantir o atendimento da função social da propriedade.²²⁹

A explicação para esse procedimento encontra razão de ser no fato de que ao desrespeitar, deliberadamente, o mandamento da função social o proprietário age

²²³ A esse respeito, confira-se LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

²²⁴ Art. 182, CF.

²²⁵ Prevista no art. 182, § 4.º, III, CF.

²²⁶ O que, aliás, constitui a regra, em termos de desapropriação, consoante se infere do disposto no art. 5.º, XXIV, CF.

²²⁷ Art. 182, § 2.º, CF.

²²⁸ Confira-se a respeito COSTA, José Marcelo Ferreira. Solo criado: aspectos jurídicos do direito de propriedade e do direito a edificar. *Revista dos Tribunais*, v. 785, pp. 73-86, mar. 2001.

contra os interesses da coletividade que, em atenção aos comandos constitucionais, devem ser prestigiados.

Neste passo, cumpre lembrar que a função social conferida à propriedade urbana tem como nota fundamental a pessoa humana, uma vez que se dirige a assegurar o direito fundamental à habitação.²³⁰

Sobressai, portanto, no âmbito da regulamentação da propriedade urbana, a legislação municipal, a qual se soma a disciplina da Lei n.º 10.257 de 10.07.2001, o chamado Estatuto da Cidade que regulamentou os artigos 182 e 183 da Carta Federal ao estabelecer as diretrizes gerais da política urbana.

A exemplo do que ocorre em relação a propriedade urbana a ordem constitucional, também, implementa uma política dirigida a propriedade de índole rural ao dispor, expressamente, que:

Art. 184 – Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
[...].

Verifica-se também aqui a incidência do aspecto punitivo – tal qual se anotou em relação à desapropriação prevista no § 4.º do art. 182, CF –, posto submeter o expropriado a indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis no prazo de 20 anos. Ora, tal medida justifica-se, apenas, como forma de sanção a proprietários de imóveis rurais que se desviem do atendimento a função social da propriedade.

²²⁹ MELLO, Novos aspectos..., p. 45.

A preocupação com a questão agrária vem de longa data encontrando previsão infraconstitucional na Lei n.º 4.504/64, o denominado Estatuto da Terra.

Pode-se afirmar que a função social da propriedade rural apresenta-se estreitamente vinculada a produtividade²³¹ e ao aproveitamento racional do solo que deve ser direcionado a preservação do meio ambiente, não é por outra razão que o texto constitucional estabelece:

Art. 186 – A função social é cumprida quando a propriedade rural atende simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
 I – aproveitamento racional e adequado;
 II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
 III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
 IV – exploração que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Aqui, a exemplo do que vimos em relação à propriedade urbana, merece especial referência a Lei n.º 8.629/93 que regulamentou os dispositivos concernentes a reforma agrária, previstos no Capítulo III do Título VII da Constituição Federal.

Neste passo, ratificando o que acima se disse a respeito da importância do fator produtividade para a aferição da função social da propriedade rural, cumpre

²³⁰ LEAL, *A função social...*, p. 120.

²³¹ Neste sentido, prescreve a Constituição Federal: “Art. 185 – São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:
 [...]
 II – a propriedade produtiva.
 Parágrafo único – A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.”

recordar o preceito do art. 6.º da citada lei que define o que seja propriedade produtiva.

Estes, em linhas gerais, os dispositivos legais que se apresentam relevantes para o exame do tema proposto.

Examinados os pressupostos teóricos da função social da propriedade é chegado o momento de analisar como se operacionaliza a aplicação das formulações expostas.

PARTE II - APLICAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos. O intérprete deve não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais.

(Pietro PIERLINGIERI. Perfis do direito civil, p. 227)

Estabelecidas às premissas teóricas é chegado o momento de examinar como se operacionaliza a aplicação da função social da propriedade.

Essa análise será efetuada em dois momentos o primeiro deles dedicado ao exame da contribuição da doutrina na construção do alicerces jurídicos da regra do art. 1.228, § 1.º, CC/2002 (A); no segundo, o exame recai na interpretação conferida pela jurisprudência gaúcha à função social da propriedade (B).

A – A contribuição da doutrina: a regra do art. 1.228, § 1.º, CC/2002

O inventário da contribuição da doutrina acerca da norma do art. 1.228, § 1.º, CC/2002 será traçado mediante uma análise da exegese dos comentaristas (1) e de uma exegese particular (2).

1) Exegese dos comentaristas²³²

Para uma melhor apreensão do conteúdo da norma inserta no § 1.º do art. 1.228, CC/2002, mister examinarmos a leitura que a doutrina tem feito deste dispositivo legal, que não encontra correspondência no anterior art. 524, CC/1916.

O preceito possui a seguinte redação:

Art. 1.228.

§ 1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

[...]

As principais características realçadas pela doutrina ao se debruçar sobre esse dispositivo legal podem ser assim sintetizadas: respeito aos fins econômico-sociais e proteção do meio ambiente.

Vejamos, então, como se manifestam esses aspectos na visão dos doutrinadores.²³³

²³² Utilizamos-nos do termo no sentido lato da expressão. É dizer, abarcando além dos doutrinadores que se encaixam na definição de comentaristas, propriamente ditos, aqui tendo presente as obras que se dedicam à análise comentada das disposições do Código Civil de 2002, assim como aqueles que realizaram exame mais pontual, mediante anotações aos dispositivos legais presentes nesse diploma. A opção por tal critério justifica-se na medida em que, por se tratar de um corpo legislativo ainda jovem, o atual Código Civil ainda não conta com todas as coleções de comentários completos, em especial, no que se refere ao dispositivo em comento (art. 1.228, § 1.º), o que impede se examine a matéria apenas por uma dessas óticas, pena de se restringir o exame e importância da contribuição doutrinária.

²³³ Registro que, em linhas gerais, se apresenta tímida a abordagem feita pelos doutrinadores quanto a regra insculpida no § 1.º do art. 1.228, CC/2002, daí a importância da reflexão ora proposta.

a) *Observância às finalidades econômicas e sociais*

O § 1.º do art. 1.228, CC/2002, condiciona o exercício do direito de propriedade ao atendimento das finalidades econômicas e sociais, restringindo, desse modo, os poderes enumerados no caput do artigo²³⁴ que devem ser exercidos em sintonia com os limites ali estabelecidos.²³⁵

No que tange, especificamente, ao aspecto econômico, o qual “se manifesta na exploração do bem”,²³⁶ sobressai o comando que determina observância à “destinação econômica”²³⁷ a que está submetida a coisa, na medida em que sua utilização deve estar vocacionada ao atendimento das necessidades do ser humano.²³⁸

Cumprе sublinhar que o exercício da propriedade deve estar voltado também para os interesses da coletividade,²³⁹ uma vez que o que se pretende com a observância da finalidade econômica é, em última análise, a geração de riquezas e o crescimento da sociedade.²⁴⁰

Por outro lado, como observa Sílvio Venosa, não se quer com isso excluir o proveito do proprietário, mas apenas impedir que a propriedade sirva tão-somente

²³⁴ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

²³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 418.

²³⁶ Assim, VIANA, Dos direitos..., p. 22.

²³⁷ *Ibidem*, p. 39.

²³⁸ *Ibidem*, p. 39.

²³⁹ Nesta linha, VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) *Código civil comentado*: São Paulo: Atlas, 2003, p. 194.

ao atendimento de fins egoísticos, visão que não se compatibiliza com a finalidade socioeconômica ali descrita.²⁴¹

Neste passo, convém assinalar que a finalidade econômica é alcançada sempre que se extraia do bem uma “utilização econômica plena”,²⁴² como destaca Marco Aurélio Viana ao exemplificar que, em relação ao imóvel rural, tal fim será atingido quando ofereça produtividade voltada às suas potencialidades.²⁴³

Outrossim, no que diz com o requisito da produtividade lembra Ricardo Aronne, com suporte em Gustavo Tepedino, constituir ela um dos elementos informadores da função social da propriedade.²⁴⁴

Nessa ordem de idéias, Maria Helena Diniz esclarece que em se tratando de imóvel rural a função econômica realiza-se quando a atividade exercida é voltada à sua destinação, ou seja, agricultura, pecuária, agropecuária, etc.²⁴⁵

Por sua vez, a utilização do imóvel situado em zona urbana também deve estar pautada por esses aspectos econômico-sociais que visam a impulsionar o desenvolvimento da cidade possibilitando maior qualidade de vida aos seus habitantes. Assim, não estará atendendo a esses fins, por exemplo, o imóvel urbano que não apresente utilização, edificação ou, ainda, afigure-se como subutilizado.²⁴⁶

²⁴⁰ VIANA, Dos direitos..., p. 40.

²⁴¹ VENOSA, Direito das coisas..., p. 194.

²⁴² VIANA, op. cit., p. 39.

²⁴³ Ibidem, p. 39.

²⁴⁴ ARONNE, Ricardo. Direitos reais. *Código civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.), Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 828.

Neste ponto, deve-se ter em mira os artigos 182, § 2.º e 186, CF, e não se pode esquecer a conexão existente entre o preceito do § 1.º do art. 1.228, CC/2002 e a Constituição Federal (art. 5.º, XXIII e art. 170, III), uma vez que o sistema daí emergente “desenha o direito real de propriedade com as limitações que permitam que a propriedade cumpra a sua função social”.²⁴⁷

Consoante observa Ricardo Aronne, as limitações impostas pelo citado dispositivo legal atingem todos os tipos de propriedade, tais como: a propriedade sobre bens móveis, a propriedade imaterial, etc.²⁴⁸

O aspecto social destacado pela norma opõe-se ao individualismo,²⁴⁹⁻²⁵⁰ elemento preponderante no Código Civil de 1916, ou seja, o exercício do direito de propriedade deve, igualmente, estar orientado para a realização do interesse social.

Reclama-se que a propriedade seja exercida em conformidade com suas finalidades econômicas e sociais, como forma de atendimento ao mandamento constitucional que reconhece o princípio da função social da propriedade.

b) *Preservação do meio ambiente*

²⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 867.

²⁴⁶ VIANA, Dos direitos..., p. 39.

²⁴⁷ NERY JUNIOR; NERY, *Novo código...*, p. 418.

²⁴⁸ ARONNE, *Direitos reais*, p. 828.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 40.

²⁵⁰ DINIZ, *Código civil...*, p. 867.

Outro traço marcante destacado pela doutrina está alinhado na segunda parte²⁵¹ do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, o qual impõe, em síntese, que o exercício do direito de propriedade deve ser direcionado à preservação do meio ambiente.

Portanto, além dos aspectos antes mencionados também deve ser considerado o respeito ao meio ambiente, como fator condicionante do exercício do direito de propriedade, o que, mais uma vez, revela a sua submissão à função social,²⁵² a determinar que a utilização do bem pelo proprietário seja direcionada para ao “uso efetivo e socialmente adequado da coisa”.²⁵³

Como alerta Marco Aurélio Viana, não se desconhece que a ambição de muitos tem exposto o meio ambiente a profunda degradação, haja vista o uso inadequado do solo, a poluição da águas, em verdadeiro esgotamento das riquezas naturais.²⁵⁴

Assim, o exercício do direito de propriedade, observada lei especial, não pode afrontar as riquezas naturais, comprometendo o equilíbrio do meio ambiente, devendo as suas diversas manifestações – flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico – serem respeitadas evitando-se, ainda, a poluição do ar e das águas. Acrescente-se, por fim, a proteção do patrimônio histórico e artístico.

²⁵¹ VIANA, Dos direitos..., p. 42.

²⁵² Ibidem, p. 43.

²⁵³ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10.^a ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 867.

²⁵⁴ Ibidem, p. 43.

Essa preocupação tem como fim precípua assegurar a manutenção da espécie humana, o que exige um meio ambiente equilibrado.²⁵⁵ Assim, é “primordial que o uso [da propriedade] seja feito de molde a preservar a vida digna e possível às gerações futuras”.²⁵⁶

O fundamento dessa disposição, consoante assinalado, também assenta no princípio da função social da propriedade, porquanto não há como dissociar a preservação do meio ambiente do bem-estar social.^{257_258_259}

Alinhados estes aspectos, cumpre agora traçar uma abordagem particular da regra em exame, como forma de contribuição para interpretação do seu exato sentido.

2) Exegese própria

Consoante acima explicitado, os doutrinadores destacam pontos importantes na análise da regra do § 1.º do art. 1.228,²⁶⁰ CC/2002 que contribuirão, em muito, para correta apreensão de seu significado.

²⁵⁵ VIANA, Dos direitos..., p. 42.

²⁵⁶ VENOSA, Direito das coisas..., p. 194.

²⁵⁷ Ibidem.

²⁵⁸ DINIZ, *Código civil...*, p. 867.

²⁵⁹ NERY JUNIOR; NERY, *Novo código...*, p. 418.

Nada obstante, entendo que ainda merecem destaque alguns aspectos, a seguir sumariados que se apresentam como relevantes para compreensão do preciso sentido dessa norma.

a) *Interpretação sistemática do § 1.º do art. 1.228, CC/2002*

Para melhor situar o leitor, permito-me transcrever o quanto estabelece o citado dispositivo legal:

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

§ 1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.”

[...]

Com efeito, uma leitura mais detida do caput do art. 1.228, CC/2002, revela as profundas transformações sofridas pelo direito de propriedade neste último século.²⁶¹

Por certo, o leitor menos atento poderia perceber em seu arcabouço apenas alterações de ordem meramente gramatical. Sabemos, entretanto, que uma interpretação tão simplista não se compadece com a nova ótica do Código e com a

²⁶⁰ O art. 1.228, CC/2002 apresenta parcial correspondência com o art. 524, CC/1916 que assim prescrevia: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.”

²⁶¹ Consoante demonstrado na primeira parte deste trabalho.

feição que procurou emprestar a institutos jurídicos nucleares, dentre os quais se insere a propriedade.²⁶²

É que, contrapostos os dois dispositivos legais que apresentam certa equivalência²⁶³ – art. 524, CC/2002 e art. 1.228, CC/2002 – sobressai em relação a este último o viés social que lhe serve de inspiração, notadamente porque a regra que lhe é subsequente – § 1.º – relativiza as faculdades ali contempladas.²⁶⁴

Como o art. 1.228, CC/2002 inaugura o Título III – Da Propriedade e, por conseguinte, o Capítulo I – Da Propriedade em Geral, inserindo-se, ainda, na Seção I que trata das Disposições Preliminares, é importante ter em mente que os conceitos ali fixados se esparramam por toda disciplina proprietária e servem de referência axiológica para interpretação das demais disposições legais que se seguem (arts. 1.229 a 1.368) daí a relevância do seu estudo.

Muito embora o caput do art. 1.228, CC/2002, a exemplo do que fizera o já citado art. 524, CC/1916, tenha preferido elencar, modo analítico, as faculdades atinentes ao domínio sem, entretanto, precisar o conteúdo do direito de propriedade, opção legislativa que tem merecido críticas,²⁶⁵ entendemos que tal aspecto não retira a importância desse dispositivo legal, especialmente quando se considera que a preservação da redação do Código anterior foi uma das diretrizes fundamentais

²⁶² Neste sentido, destaca Miguel Reale que: “o Projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.” REALE, *O projeto...*, p. 7.

²⁶³ NERY JUNIOR; NERY, *Novo código...*, p. 418, nota 1.

²⁶⁴ Ao condicionar o exercício direito de propriedade à observância do princípio da função social, na forma ali estabelecida.

²⁶⁵ VIANA, *Dos direitos...*, p. 22.

que norteou a Comissão de Juristas na elaboração do novo Código Civil,²⁶⁶ a par do que, conforme se verá adiante, o seu traço distintivo não deixou de ser explicitado.

É que, se afigura inquestionável que a propriedade não mais se exprime com o caráter absoluto que outrora a revestia apresentando-se, ao oposto, relativizados os seus contornos,²⁶⁷ seja em virtude de obrigações de índole positiva e negativa²⁶⁸ impostas pelo ordenamento jurídico,²⁶⁹ seja em face do atendimento ao princípio da função social da propriedade tal qual se dá, por exemplo, com a norma do § 1.º do art. 1.228, CC/2002.

Tem-se, portanto, que a finalidade precípua da norma é impedir o exercício abusivo do direito de propriedade²⁷⁰ – aqui compreendido como aquele que se afasta das finalidades econômico-sociais, assim como se desvia da preservação ao meio ambiente –, mediante a imposição de limites²⁷¹ que conformam à propriedade, emprestando-lhe uma feição mais dinâmica, a qual é informada por valores que transcendem a esfera individual do proprietário, em benefício do interesse da coletividade.

Outrossim, cumpre esclarecer que a realização da função social da propriedade é um dos instrumentos de concretização da justiça social.²⁷²

²⁶⁶ REALE, *História...*, p. 70, em especial, letra e.

²⁶⁷ Consoante se demonstrou na Parte I deste trabalho.

²⁶⁸ MELLO, *Novos aspectos...*, p. 45.

²⁶⁹ Tais como, aquelas decorrentes do direito de vizinhança, as servidões, as restrições administrativas concernentes ao parcelamento do solo, etc.

²⁷⁰ DINIZ, *Código civil...*, p. 867.

²⁷¹ VENOSA, *Direito das coisas...*, p. 182.

A norma do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, como é sabido, configura verdadeira inovação. Examinemos, mais de perto, o seu conteúdo.

b) *As diferentes “funções” da propriedade como expressão do princípio da função social*

O dispositivo traduz um comprometimento com o princípio da função social. Por certo, o legislador poderia tê-lo feito, modo expresso,²⁷³ mas preferiu emprestar-lhe a forma implícita,²⁷⁴ conseqüência que se extrai do fato de estar o exercício do direito de propriedade subordinado à função econômica e à função social, estrito senso, ambas compreendidas como desdobramentos do princípio da função social, ao qual se acresce, ainda, em caráter expansivo, a função protetiva que se dirige à tutela do meio ambiente.

Nesta ordem de idéias, é importante ter presente que tanto a função econômica,²⁷⁵ como a função social,²⁷⁶ a par da função protetiva constituem dimensões do mesmo princípio e assim serão tratadas.²⁷⁷

²⁷² Por justiça social entenda-se o comprometimento “com a existência de uma sociedade mais justa, verdadeiramente equilibrada e igualitária.” (BULOS, Uadi Lamêgo. Função social da propriedade. *Revista Ciência Jurídica*, v. 9, n. 63, pp. 333-345, maio/jun. 1995, p. 342).

²⁷³ Como fez, por exemplo, ao disciplinar os contratos, estabelecendo no art. 421 que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

²⁷⁴ VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 787.

²⁷⁵ O debate em torno das distinções entre função econômica e função social (*lato sensu*) tem sido objeto de análise de renomados juristas ao longo do tempo, conforme se destacou na Parte I deste estudo, em especial, quando mencionamos a contribuição de Karl Renner. Em abordagem mais atual, confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. (Digitado) Conferência apresentada no I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito Civil Comparado, promovida pela EDESP-FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Veja-se, especificamente, a referência constante da nota 2.

²⁷⁶ Compreendida em seu sentido estrito, em contraposição ao sentido largo que ora se empresta ao termo, o qual compreende o princípio da função social.

O mandamento de observância a função econômica, inserido no § 1.º do art. 1.228, CC/2002 implica que o exercício do direito de propriedade deve ser direcionado a obtenção do melhor proveito econômico que se possa extrair do bem. Significa dizer que, a sua utilização deve ser orientada para geração de riquezas, com vistas ao desenvolvimento econômico do país.

É óbvio que, a função econômica se revela de forma diferenciada em cada espécie de propriedade. Assim, por exemplo, em relação à propriedade rural, o seu atendimento está intimamente ligado aos graus de produtividade que apresenta, na forma do art. 6.º, Lei n.º 8.629/93.²⁷⁸

Já os imóveis urbanos, estarão atendendo a sua função econômica quando se mostrem com utilização e destinação que se coadune com as exigências de ordenação da cidade expostas no plano diretor, consoante prescreve o art. 182, § 2.º, CF.²⁷⁹

Nesta ótica, cumpre anotar que o direito de construir deve respeitar os aspectos urbanísticos traçados no plano diretor. Entretanto, nem sempre a edificação representará uma utilização adequada da propriedade urbana havendo

²⁷⁷ Como forma de interpretação do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, sem prejuízo de outros sentidos que possam ter sido atribuídos quando do exame dos pressupostos teóricos que compõem a Parte I deste trabalho, até porque o esforço que se faz visa a possibilitar uma adequada compreensão do conteúdo dessa norma.

²⁷⁸ Sobre o tema confira-se GRAU, Eros Roberto. A propriedade rural e a função social da propriedade. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 33, pp. 42-44, 2001; e SILVA, Rafael Egídio Leal e. Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. V. 37, pp. 254-273, out./dez. 2001.

²⁷⁹ De acordo com o que estabelece o art. 182, § 1.º, CF, o plano diretor é obrigatório para cidades com mais de 20.000 habitantes.

situações em que embora não edificado estará o imóvel atendendo a sua função social como ocorre, por exemplo, com os espaços de estacionamento.²⁸⁰

É importante, retirar do bem um proveito economicamente útil e que atenda aos interesses da sociedade, contribuindo para o seu crescimento econômico-social. A função social projeta-se no exercício do direito de propriedade para apanhar o interesse social, em contraposição ao interesse individual do proprietário.²⁸¹

Por certo, esse direcionamento não implica suprimir do proprietário a utilização da coisa, mas recomenda que o exercício do direito de propriedade considere a sua dimensão social que está orientada para a realização do bem comum.²⁸²

A função protetiva determina que o exercício do direito de propriedade realize-se de forma a preservar o meio ambiente,²⁸³ visando a uma adequada utilização e proteção dos recursos naturais, tais como, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico, evitando-se, ainda, a poluição do ar e das águas.²⁸⁴

Essa preocupação decorre da conscientização que o homem passou a ter da importância do meio ambiente²⁸⁵ e, bem assim, das condutas nocivas que vêm

²⁸⁰ Sobre o assunto veja-se PRADO, Karine Monteiro. O direito de construir frente à função social da propriedade urbana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21, pp. 29-51, jan./mar. 2005.

²⁸¹ CAMBI, Eduardo. Algumas ..., p. 23.

²⁸² *Ibidem*, p. 23.

²⁸³ O art. 3.º, inc. I, Lei n.º 6.938/81, define meio ambiente como o “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”

²⁸⁴ Assim, GAMA, Lídia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Princípio da função social e ambiental da propriedade. *Revista Consulex*. n. 195, pp.58-63, fev. 2005.

²⁸⁵ Sobre o tema consulte-se BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

sendo praticadas em desrespeito às reservas naturais e em flagrante prejuízo aos interesses sociais.

Nesse sentido, está a norma orientada para reprimir os abusos que o ser humano vem cometendo contra a natureza, o que tem sérias implicações no desenvolvimento das gerações futuras.²⁸⁶

Por outro lado, o dispositivo em foco apresenta-se conectado ao art. 225 da Constituição Federal, pelo qual se reconhece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, cabendo ao Estado e a coletividade a sua defesa e preservação.²⁸⁷

Inclui-se, ainda, no § 1.º do art. 1.228, CC/2002, mandamento dirigido à preservação do patrimônio histórico e artístico que, igualmente, está compreendido na proteção ambiental.²⁸⁸

Como discorre Roberto Senise Lisboa, o “meio ambiente compreende não apenas elementos provindos da natureza dos quais o homem se cerca, ou eventualmente utiliza, como também de outros elementos criados por força da inteligência humana, para seu desenvolvimento social. É, enfim, tudo o que circunda o homem.”²⁸⁹

²⁸⁶ DINIZ, *Código civil...*, p. 867.

²⁸⁷ CAMBI, Eduardo. *Algumas...*, pp. 23-24.

²⁸⁸ Para uma análise mais detalhada veja-se CAVEDON, *Função social...*, Capítulo 4, pp. 87-125.

²⁸⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 408.

Esse comando normativo tem por escopo resguardar o patrimônio cultural da humanidade e como tal reclama a atuação da função protetiva, que tem como objetivo primordial a preservação da espécie humana.²⁹⁰

Há, portanto, nítida correlação entre o § 1.º do art. 1.228, CC/2002, e os princípios que regem a ordem econômica elencados no art. 170, CF, em especial, incisos II, III, e VI.

Cumprido referir que eventual desrespeito às funções econômica, social e protetiva, presentes no dispositivo legal em apreço, deve ser aferido em consonância com as circunstâncias do caso concreto.

Neste contexto, sobressai o papel do Poder Judiciário, intérprete e aplicador da norma jurídica, pois a ele caberá na ponderação dos interesses em conflito estabelecer o “ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o individual”,²⁹¹ tendo em conta as particularidades da hipótese concreta posta em causa, notadamente quando se está a examinar norma que consubstancia um princípio.

Consoante assinala Miguel Reale a “exigência de concreção surge exatamente da contingência insuperável de permanente adequação dos modelos jurídicos aos fatos sociais *in fieri*.”²⁹²

²⁹⁰ Neste sentido, aponta Antonio Jose de Mattos Neto para o conteúdo ético da norma do § 1.º do art. 1.228, CC/2002. Função ética da propriedade imobiliária no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 11, pp. 17-24, jul./set. 2002, p. 23.

²⁹¹ VENOSA, Direito das coisas..., p. 181.

²⁹² REALE, *História...*, p. 81.

Outrossim, embora o § 1.º acene com a necessidade de “lei especial” a melhor leitura que se pode fazer dessa disposição legal é no sentido de que essa referência dirige-se a segunda parte do preceito legal.

Tal compreensão, explica-se na medida em que a primeira parte do dispositivo tem aplicação imediata, por força do art. 5.º, XXIII, e § 1.º, CF, bem como em face do estatuído no art. 170, III, CF, e, ainda, do quanto prescreve o art. 2.035, parágrafo único, CC/2002.²⁹³⁻²⁹⁴

É que da conjugação desses dispositivos legais resulta claríssima a auto-aplicabilidade do preceito, ao menos no que tange a sua primeira parte. Com efeito, contemplando ele princípio que está elencado entre as garantias fundamentais (art. 5.º, XXIII), sendo reconhecido pela ordem constitucional como de aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º, CF), dispensável se apresenta a edição de lei especial.

Mas, ainda que assim não fosse, tal prerrogativa também é assegurada pela regra do parágrafo único do art. 2.035, CC/2002 que assim dispõe: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Seria de cogitar, ainda, dentro da visão ora exposta, que constituindo a preservação do meio ambiente – função protetiva – uma das dimensões do princípio da função social da propriedade e havendo manifesta desobediência a segunda

²⁹³ Entre os defensores desse entendimento inserem-se, entre outros, NERY JUNIOR; NERY, *Novo código...*, p. 418; ARONNE, *Direitos reais...*, p. 828.

parte do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, pudesse o julgador valer-se da sua qualidade de princípio geral para resolver a situação concreta, dispensando a exigência de lei especial, como forma de concretizar a sua aplicação.

Com efeito, as restrições traçadas no dispositivo legal em estudo alcançam todas as formas proprietárias, não se resumindo apenas a propriedade imobiliária.²⁹⁵

A alteração substancial no conteúdo desse importante direito subjetivo, reafirmada pelo § 1.º do art. 1.228 do CC/2002, realça a superação do paradigma unitário da propriedade para um modelo que se pode dizer plural, daí falar-se em propriedades para apanhar todo esse feixe de poderes-deveres aos quais se submete o proprietário como forma de atendimento ao “direito-função”.^{296_297}

Como é sabido, as limitações à propriedade também podem resultar de ato unilateral de vontade como se dá, por exemplo, no testamento, com a imposição de cláusulas restritivas, nomeadamente, inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. A interpretação dessas cláusulas, todavia, vem sendo mitigada pela jurisprudência, como forma de observância ao princípio da função social da propriedade.²⁹⁸

Outra questão que se coloca diz respeito à coexistência da regra do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, com aquela prevista no § 2.º do mesmo artigo.

²⁹⁴ Em sentido contrário, VENOSA, Direito das coisas..., p. 194.

²⁹⁵ Como já se destacou v. *supra*, Parte I, letra A, item 2.

²⁹⁶ A expressão é de VARELA, LUDWIG, Da propriedade..., p. 787.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 787.

²⁹⁸ Consoante será demonstrado no item B desta parte do trabalho, que examina a contribuição da jurisprudência.

Poder-se-ia, cogitar de que um dos parágrafos apanharia o outro, numa interpretação menos feliz. Mas, não é isso que ocorre, visto que as normas dirigem-se a hipóteses fáticas distintas.

No § 1.º, tem-se típico mandamento positivo “o direito de propriedade *deve* ser exercido”, ao passo que no § 2.º a ordem é negativa “*são defesos*”.

A norma versada no § 1.º, apanha situação genérica e tem por objetivo evitar que o exercício do direito de propriedade se desvie das finalidades ali traçadas.

A regra do § 2.º, ao oposto, contempla situação específica em que a atuação do proprietário tem por fim prejudicar outrem, ou seja, o dispositivo aponta para existência de um sujeito passivo que sofrerá a atuação do proprietário.

Por conseguinte, ambas as normas destinam-se a disciplinar situação específica, convivendo harmonicamente. Compete aos operadores do direito definir a hipótese de incidência de uma ou de outra.

Além da regra especial do § 2.º, art. 1.228, CC/2002, que coibe a prática de atos que não traduzem qualquer benefício ao proprietário e são praticados no intuito de causar prejuízo a outra pessoa, o Código Civil estabelece, ainda, uma regra geral, consubstanciada no art. 187, CC/2002²⁹⁹ que veda o exercício abusivo de direito, dispositivo do qual pode se utilizar o julgador quando se deparar com

²⁹⁹ O dispositivo apresenta a seguinte redação: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

situação que revele inobservância ao preceito inserto no § 1.º do art. 1.228, CC/2002.³⁰⁰

Recordando a premissa traçada no começo desta abordagem, inspirada numa visão sistemática do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, cumpre examinar, ainda que brevemente, os três últimos parágrafos que compõem o art. 1.228, CC/2002, haja vista apresentarem-se como partes integrantes do mesmo artigo, o que acaba por traduzir inequívoca correlação.³⁰¹

Nesta perspectiva, vale recordar que o § 1.º do art. 1.228, CC/2002, traça o princípio vetor que orienta toda a disciplina da propriedade. Optou, aqui, o legislador por estabelecer uma cláusula geral³⁰² que consubstancia o princípio³⁰³ da função social da propriedade,³⁰⁴ ao passo que nas hipóteses versadas nos §§ 2.º e 4.º do referido dispositivo a opção legislativa recaiu na regulamentação casuística.³⁰⁵

A norma do § 3.º arrola as hipóteses em que o proprietário pode ser privado da coisa, o que pode se dar em virtude de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social e, ainda, no caso de requisição. Tal preceito

³⁰⁰ CAMBI, Eduardo. *Algumas ...*, p. 26.

³⁰¹ Conforme se evidenciou ao analisar o § 2.º do art. 1.228, CC/2002.

³⁰² CAMBI, Eduardo. *Algumas ...*, p. 23.

³⁰³ Segundo Karl Larenz, os princípios são “idéias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos”. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 569.

³⁰⁴ As cláusulas gerais, enquanto técnica legislativa, são caracterizadas essencialmente pelo “emprego de expressões ou termos vagos no delineamento da ‘fattispecie’ ou a conferência de um mandato – cujo significado pode ser semanticamente impreciso – ao juiz para, a partir dele, sejam concretizadas as conseqüências normativas visadas.” MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 306.

³⁰⁵ Na definição de Karl Engisch casuística “é aquela configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria.” ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 3. ed., Tradução J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977, p. 188.

encontra equivalência nos arts. 590 e 591 do CC/1916, não oferecendo maior complexidade.

O mesmo, todavia, não se pode dizer em relação aos dispositivos que lhe sucedem – §§ 4.º e 5.º³⁰⁶ – que constituem verdadeira inovação, sendo inegável a sua originalidade.³⁰⁷

Pelo § 4.º do art. 1.228, CC/2002, “é conferido ao juiz poder expropriatório”.³⁰⁸ Tal possibilidade, vem sendo denominada pela doutrina como “desapropriação judicial”³⁰⁹⁻³¹⁰ ou “desapropriação indireta”.³¹¹

Não há como deixar de ver nessa disposição legal estreita vinculação com o princípio da função social que está consubstanciado no § 1.º do art. 1.228, CC/2002. Isso porque, ao estabelecer o legislador uma especial forma de desapropriação, acabou por prestigiar o princípio maior que consagra a função social da propriedade.³¹²⁻³¹³

³⁰⁶ Os preceitos apresentam a seguinte redação: “§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

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

³⁰⁷ Ao comentá-los Miguel Reale assim se expressou: “Não vacilo em dizer que tem caráter revolucionário o disposto nos §§ 4.º e 5.º do art. 1.228.” REALE, *História...*, p. 39.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 40.

³⁰⁹ Assim, entre outros, ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 843-861; VENOSA, Direito das coisas..., p. 218; DINIZ, *Código civil...*, p. 871.

³¹⁰ Sobre o tema veja-se GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 833, pp. 97-103, mar. 2005.

³¹¹ Neste sentido, VIANA, *Dos direitos...*, p. 49.

³¹² A propósito, refere Teori Albino Zavascki, que: “A disciplina da posse e a correspondente tutela jurídica se dão indiretamente, na medida e em consideração àquilo que ela representa como concretização do princípio da função social das propriedades.” (ZAVASCKI, *A tutela...*, p. 847).

Com efeito, por intermédio desse preceito legal se estende ao particular faculdade que antes só era conferida ao Poder Público, mediante a chamada desapropriação indireta.³¹⁴

Por desapropriação indireta compreende-se a ocupação, pela Administração Pública, de propriedade privada, sem a ocorrência de prévio processo desapropriatório, para implantar obra ou serviço público.³¹⁵

Por esta via, transmuda-se a característica inicial do ato que de esbulho possessório passa a ser legitimado, em atenção à obra ou o serviço nele implantado, com vistas a assegurar a destinação social que lhe foi conferida pelo poder público.³¹⁶

Para alguns, essa construção pretoriana que traduz forma anômala de desapropriação apresentar-se-ia inconstitucional. Entretanto, mais acertado, se afigura o pensamento da corrente que defende a sua constitucionalidade, uma vez que esse instrumento serve de concretização ao princípio da função social, à medida que está a prestigiar o interesse social.³¹⁷⁻³¹⁸

Inobstante a denominação que se adote para o novel instituto contemplado no § 4.º do art. 1.228, CC/2002, não se pode perder de vista a importância desse preceito legal enquanto instrumento de efetivação da função social da propriedade.

³¹³ Neste sentido, ARONNE, Direitos reais, p. 830; e DINIZ, *Código civil...*, p. 871.

³¹⁴ Denominada por alguns doutrinadores de “apossamento administrativo”. Assim, MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 425.

³¹⁵ ZAVASCKI, A tutela..., pp. 855-856.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 856.

³¹⁷ ZAVASCKI, A tutela..., p. 856.

Nesta senda, outra questão que se coloca é saber se somente pode se conceber a aplicação do § 4.º em sede de demanda reivindicatória, tal qual propõe o texto legal. Imagine-se, por exemplo, situação em que o proprietário do imóvel ao invés de ingressar com ação reivindicatória, promova, diretamente, ação indenizatória. Como solver essa questão?

Muito embora o dispositivo aluda a “imóvel reivindicado”, o que sugere a presença de ação reivindicatória, essa recomendação não obsta que, em situação análoga, preenchidos os demais requisitos se possa estender tal prerrogativa para apanhar situações símiles. Todavia, este é um caminho que, ainda, deve ser construído pela doutrina e jurisprudência.

Vale anotar que, paralelamente a disposição do § 4.º do art. 1.228 do CC/2002 encontram-se os preceitos dos artigos 1.239 e 1.240, CC/2002,³¹⁹ bem como o art. 10 do Estatuto da Cidade,³²⁰ os quais introduziram modalidades particulares de usucapião e, a exemplo do que ocorre em relação ao citado § 4.º, também regulam situações especiais em que se prestigia a aplicação do princípio da função social da propriedade.³²¹

Todavia, se de um lado há proximidade entre esses dispositivos, como se aludiu acima, de outro, distancia-se o preceito do § 4.º dessas hipóteses por não

³¹⁸ Confira-se a respeito o BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n.º 628.588-SP. Relator para o acórdão Min. Teori Albino Zavascki. DJ 01 ago. 2005, p. 327.

³¹⁹ Neste sentido, acentua Miguel Reale: “Em virtude do princípio da socialidade, surgiu também um novo conceito de posse, a posse-trabalho, ou posse *pro labore*, em virtude da qual o prazo de usucapião de um imóvel é reduzido, conforme o caso, se os possuidores nele houverem estabelecido sua morada, ou realizado investimentos de interesse social e econômico. Por outro lado, foi revisto e atualizado o antigo conceito de posse, em consonância com os fins sociais da propriedade.” (REALE, Miguel. *O projeto...*, p. 7-8).

³²⁰ Descreve hipótese de usucapião coletivo. Assim, VENOSA, Direito das coisas..., p. 215.

exigir dos ocupantes da área em questão o ânimo de dono, o que evidencia o prestígio à função social da propriedade e não ao interesse individual na aquisição da propriedade.³²²

O § 5.º atrela-se ao dispositivo anterior ao estabelecer, entre outros comandos, que o “juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário”. Todavia, não esclarece quem responderá pela indenização.^{323_324}

Por fim, conquanto a regra do art. 1.228, § 1.º, CC/2002 configure modificação substancial no ordenamento jurídico, dispensando o recurso à normativa constitucional e possibilitando a aplicação direta do princípio da função social da propriedade, tal exige uma participação criativa e prudente dos magistrados, juristas e operadores do direito, porquanto somente por intermédio de uma adequada interpretação desse preceito legal é que se poderá conferir verdadeira operabilidade ao princípio.

Estes, em síntese, os aspectos que se apresentavam como de necessária abordagem para uma exata compreensão da regra do § 1.º do art. 1.228, CC/2002.

Assentada a contribuição da doutrina, é chegado o momento de examinar qual o entendimento manifestado pela jurisprudência na aplicação da função social da propriedade.

³²¹ VIANA, Dos direitos..., p. 20.

³²² Nessa medida, o § 4.º somente pode ser compreendido como espécie de desapropriação.

³²³ Há quem sustente que os ocupantes da área respondem pelo pagamento da indenização. Assim, VIANA, Dos direitos..., p. 53.

³²⁴ Por outro lado, há quem negue esse direito ao proprietário. Assim, ARONNE, Direitos reais, pp. 829-830.

B – A contribuição da jurisprudência: análise das decisões do TARS e TJRS nos últimos 10 anos

O exame em torno da contribuição da jurisprudência partirá da análise da atividade jurisprudencial e das concepções da função social da propriedade (1) para o cotejo das decisões jurisprudenciais que revelam a aplicação desse princípio (2).

1) A atividade jurisdicional e as concepções da função social da propriedade

Não se desconhece a importância da atividade jurisdicional na conformação do fenômeno jurídico, haja vista que por intermédio da aplicação da lei ao caso concreto é que o direito ganha vida.³²⁵

Nesta perspectiva, apresenta especial relevo o papel do julgador, enquanto intérprete, aplicador do direito, na medida em que a atividade por ele desenvolvida não se limita apenas a uma subsunção³²⁶ lógica do texto legal,³²⁷ ao oposto, é uma

³²⁵ A propósito, ensina Miguel Reale: “o jurista, dentro do horizonte de concreção axiológica, não é mero intérprete da norma em abstrato. Mas, ao contrário, ele somente compreende a norma enquanto ela se refere a determinadas conjunturas circunstanciais, em função das quais os valores se realizam.” REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 325, pp. 63-69, 1994.

³²⁶ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, pp. 35-36 e 43.

³²⁷ Sobre a vinculação do juiz à lei, veja-se ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste, 1977, pp. 170-172 e, ainda, HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. In: ESTUDOS de direito brasileiro-alemão. Porto Alegre: UFRGS, 1985, pp. 189-209.

atividade de natureza integradora – criativa – que contribui para a adequada concreção da norma.³²⁸

A atividade do intérprete apresenta-se como uma reflexão construtiva em face do problema a ser solucionado. O seu pensamento é guiado por um processo interpretativo que tem início com a pré-compreensão, a qual se agregam aspectos fáticos e valores sociais que conduzem a uma compreensão que dará origem a justa decisão.³²⁹

Pode-se dizer, então, que a função do intérprete consiste na tarefa de realizar a aplicação do direito com base na correta apreciação da situação concreta posta sob análise. É através da sua percepção que os dados fáticos ingressam na esfera jurídica e do seu cotejo com o ordenamento é que deve surgir a norma aplicável.

Neste sentido, o fundamental atributo da atividade judicial é a concretização do direito, vale dizer, a realização do direito no caso concreto.³³⁰

O desenvolvimento da atividade jurisdicional deve, contudo, ser orientado à obtenção de uma justa decisão, dotada de racionalidade afastando-se, assim, do puro subjetivismo.³³¹

³²⁸ Neste sentido, Josef Esser refere que: “Freqüentemente as questões de subsunção são muito mais questões de construção e manifestam, aqui, a sua referibilidade à valoração dos interesses, mesmo como nos casos mencionados em precedência, através da necessidade de uma (ainda que escondida) interpretação.” Tradução livre. ESSER, ob. cit., p. 52.

³²⁹ A esse respeito, acentua Esser que: “Para a avaliação de uma correta aplicação do direito, são determinantes [...] ‘os princípios reconhecidos da individuação do direito’ (o uso do direito), independente da lei, que, todavia, concorrem para constituir o direito positivo.” Tradução livre. ESSER, ob. cit., p. 42.

³³⁰ Ao analisar a questão da aplicação do direito Josef Esser menciona que: “Na aplicação, então, não há só uma reprodução, mas também uma produção de conteúdo normativo [...]”. Tradução livre. ESSER, *Precompreensione...*, p. 73.

Tendo presente essas assertivas, procuramos avaliar qual o tratamento conferido pela jurisprudência gaúcha na solução dos conflitos de interesses que remetem à consideração da função social da propriedade.

Deparamo-nos, desde logo, com a necessidade de estabelecer um critério de investigação para auxiliar na seleção das decisões examinadas.

Assim, a pesquisa foi orientada para a sistematização de categorias de casos típicos, os quais foram reunidos em consonância com a característica mais acentuada presente em cada grupo.

Para cada conjunto de casos foi atribuída uma denominação visando a realçar o traço distintivo da decisão ali esboçada, daí se extraíndo as seguintes concepções: legalista, restritiva, publicista, protetiva, ilustrativa, ilustrativa negativa, funcionalista e funcionalista implícita.

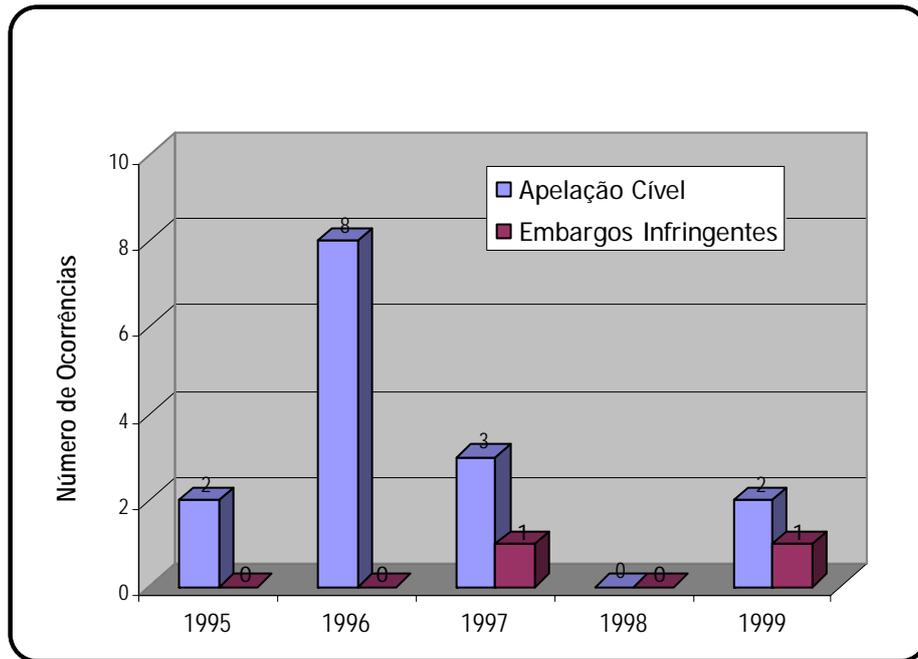
Oportuno, ainda, tecer breve referência sobre o significado de cada concepção identificada, bem como demonstrar, mediante dados estatísticos, qual a sua incidência quantitativa e qualitativa no universo de decisões examinado.

a) *Concepção Legalista* – Reflete o entendimento segundo o qual, no exame do caso concreto, o texto legal ganha relevo quando confrontado com outros elementos do sistema – v. g. a função social da propriedade.

³³¹ Neste sentido, Esser alude que: “A justiça, entendida como observância racional e objetivamente inteligente de parâmetros que venham colocados a sua volta como premissas, é um atributo da

A análise de sua evolução demonstra que, apesar de ter se apresentado com alguma expressão há tempos atrás já se encontra superada, uma vez que não apresenta ocorrências desde o ano 2000.

GRÁFICO 1 – CONCEPÇÃO LEGALISTA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 1 – NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

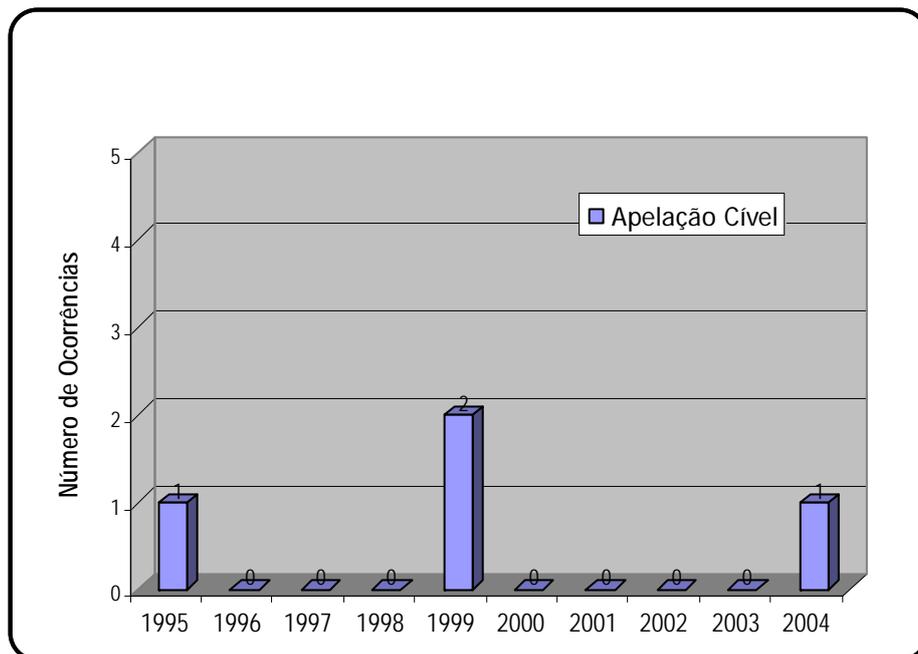
	Apelação Cível	Embargos Infringentes
1995	2	0
1996	8	0
1997	3	1
1998	0	0
1999	2	1
	15	2

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

b) *Concepção Restritiva* – A nota predominante desta concepção está em não alargar os requisitos estabelecidos na lei para apanhar situações que não preencham inteiramente o tipo legal restringindo, assim, a aplicação da norma e, por conseguinte, afastando a invocação a função social da propriedade.

Percebe-se que esta concepção além de demonstrar raras ocorrências é variável no tempo, apresentando incidência relativamente recente, mas pontual. O fato de não ter apresentado nenhuma ocorrência no ano de 2005, de certa forma, pode indicar uma tendência de desaparecimento

GRÁFICO 2 – CONCEPÇÃO RESTRITIVA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 2 - NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

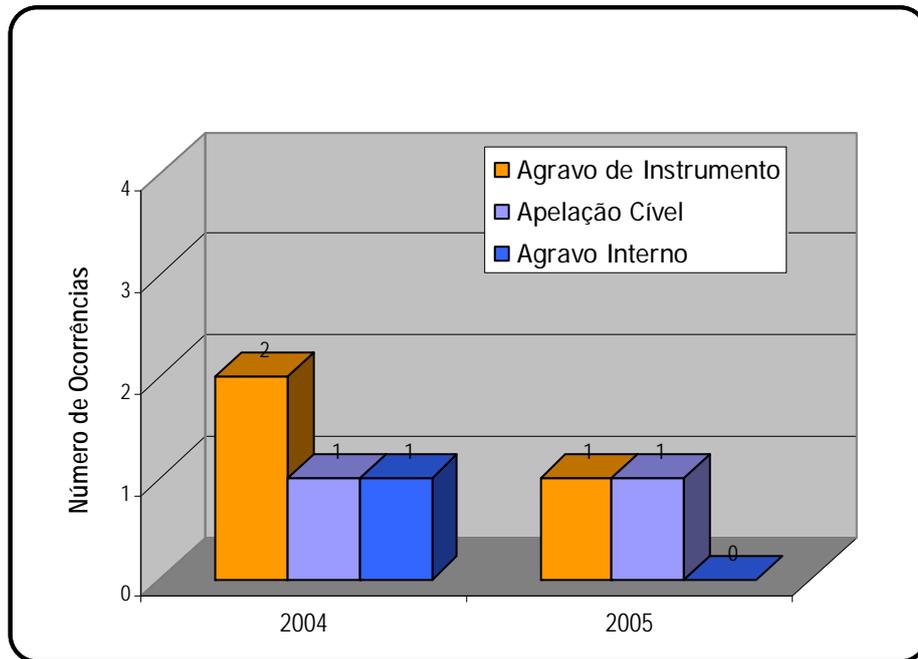
	Apelação Cível
1995	1
1996	0
1997	0
1998	0
1999	2
2000	0
2001	0
2002	0
2003	0
2004	1
	4

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

c) *Concepção Publicista* – Esta concepção expressa o posicionamento de que a função social da propriedade é princípio que incumbe ao Poder Público, assim entendido o Poder Executivo, realizar, o que exclui do debate a invocação daquele princípio.

Verifica-se que a sua incidência aparece em decisões mais recentes, mas com pouca expressão, o que se extrai do tipo de recurso veiculado e do diminuto número de ocorrências identificado.

GRÁFICO 3 – CONCEPÇÃO PUBLICISTA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 3 - NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

	Agravo de Instrumento	Apelação Cível	Agravo Interno
2004	2	1	1
2005	1	1	0
	3	2	1

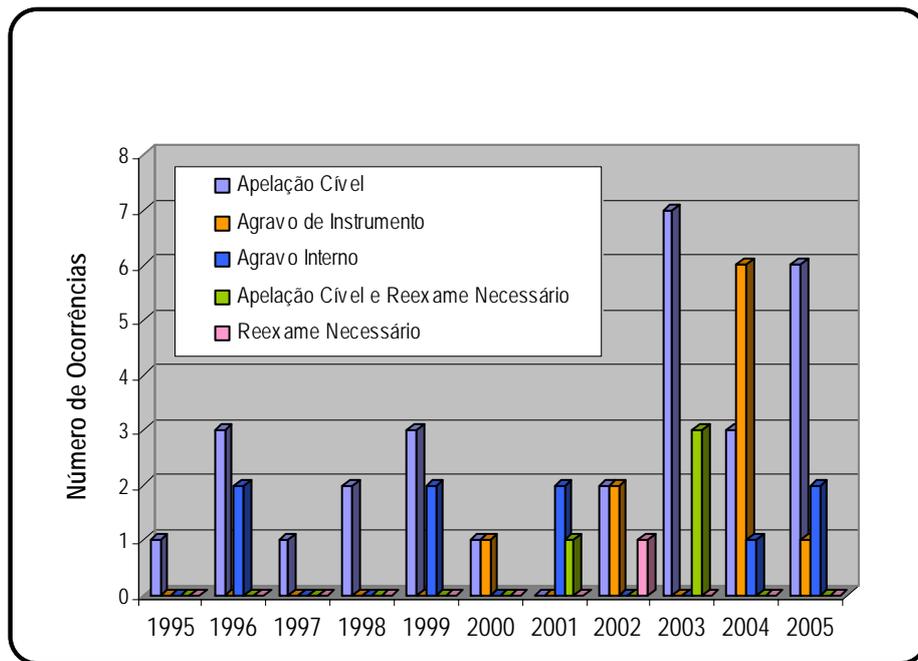
Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

d) *Concepção Protetiva* – Espelha entendimento que prestigia a proteção da propriedade privada, partindo do pressuposto que esta, em regra, cumpre a sua função social.

Contata-se que essa concepção revela-se com certa expressão dentro do conjunto de decisões analisadas, apresentando regularidade, visto que está presente ao longo de todo o período pesquisado.

Da mesma forma, verifica-se que no aspecto qualitativo sua presença ocorre em diferentes modalidades recursais, sendo de notar a existência, na relação examinada, de ente público a ensejar, por exemplo, a ocorrência de reexame necessário.

GRÁFICO 4 – CONCEPÇÃO PROTETIVA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 4 - NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

	Apelação Cível	Agravo de Instrumento	Agravo Interno	Apelação Cível e Reexame Necessário	Reexame Necessário
1995	1	0	0	0	0
1996	3	0	2	0	0
1997	1	0	0	0	0
1998	2	0	0	0	0
1999	3	0	2	0	0
2000	1	1	0	0	0
2001	0	0	2	1	0
2002	2	2	0	0	1
2003	7	0	0	3	0
2004	3	6	1	0	0
2005	6	1	2	0	0
	29	10	9	4	1

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

e) *Concepção Ilustrativa* – Reflete o entendimento segundo o qual, a função social da propriedade é considerada apenas como argumento que ilustra situação não contemplada no caso concreto.

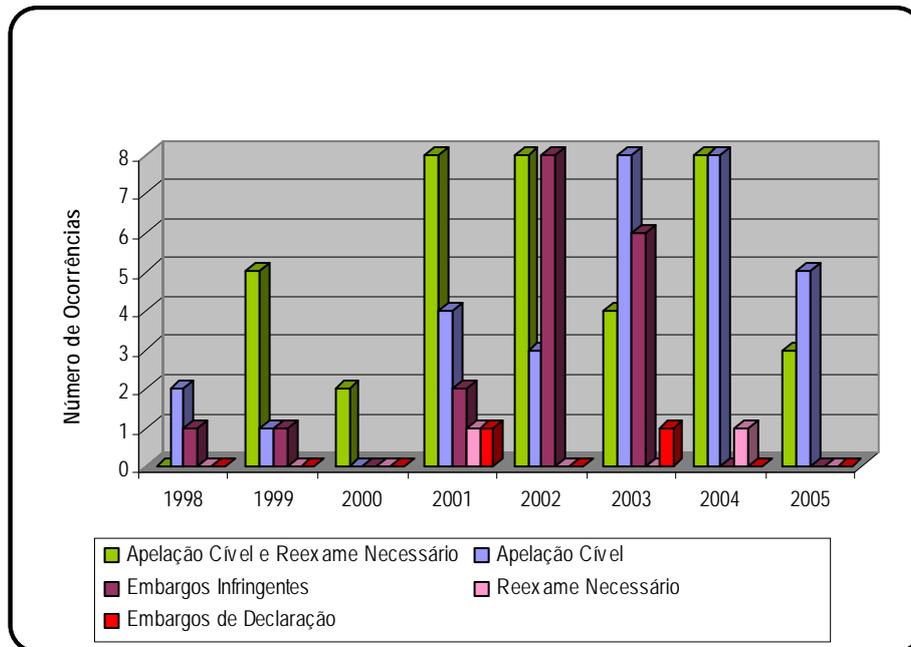
Percebe-se que essa concepção revela-se como a que gerou maior número de ocorrências dentro do universo de decisões pesquisadas, o que se explica por envolver discussão de matéria tributária que atinge grande parcela da sociedade.

Outrossim, esse posicionamento afigura-se regular, marcando presença ao longo do período pesquisado, apresentando-se com ligeira queda no ano de 2005.

Constata-se, ainda, que no aspecto qualitativo – a exemplo do que se averbou em relação à concepção protetiva – sua incidência ocorre em diferentes

tipos de recursos, sendo de notar a existência, na relação examinada, de ente público a ensejar, por exemplo, a ocorrência de reexame necessário.

GRÁFICO 5 - CONCEPÇÃO ILUSTRATIVA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 5 - NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

	Apelação Cível e Reexame Necessário	Apelação Cível	Embargos Infringentes	Reexame Necessário	Embargos de Declaração
1998	0	2	1	0	0
1999	5	1	1	0	0
2000	2	0	0	0	0
2001	10	4	2	1	1
2002	12	3	21	0	0
2003	4	10	6	0	1
2004	17	9	0	1	0
2005	3	5	0	0	0
	53	34	31	2	2

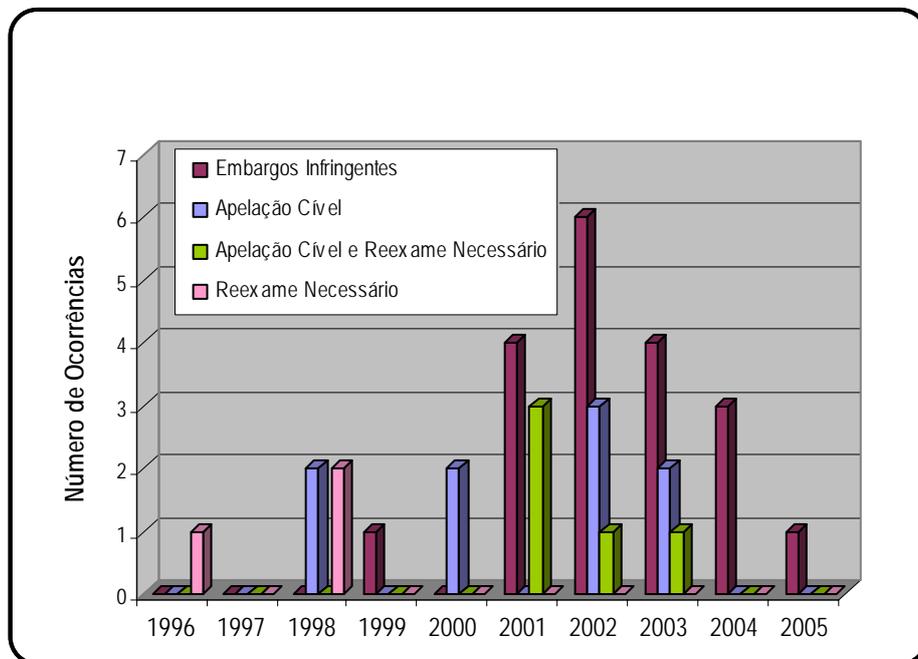
Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

f) *Concepção Ilustrativa Negativa* – Esta concepção, derivada da anterior, repousa no entendimento que não admite, ainda que em caráter exemplificativo, a incidência da função social da propriedade na situação concreta posta em causa.

Inferese que essa concepção se revela com certa regularidade no conjunto de decisões analisadas, apresentando-se ausente apenas no ano de 1997. Percebe-se uma incidência ascendente no período de 2001 e 2002, registrando-se queda nos anos de 2003 a 2005.

A exemplo do que se registrou em relação as duas concepções anteriores, também esta concepção está marcada pela presença de entes públicos em um dos pólos da relação jurídica.

GRÁFICO 6 – CONCEPÇÃO ILUSTRATIVA NEGATIVA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 6 - NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

	Embargos Infringentes	Apelação Cível	Apelação Cível e Reexame Necessário	Reexame Necessário
1996	0	0	0	1
1997	0	0	0	0
1998	0	2	0	2
1999	1	0	0	0
2000	0	2	0	0
2001	4	0	3	0
2002	6	3	1	0
2003	4	2	1	0
2004	3	0	0	0
2005	1	0	0	0
	19	9	5	3

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

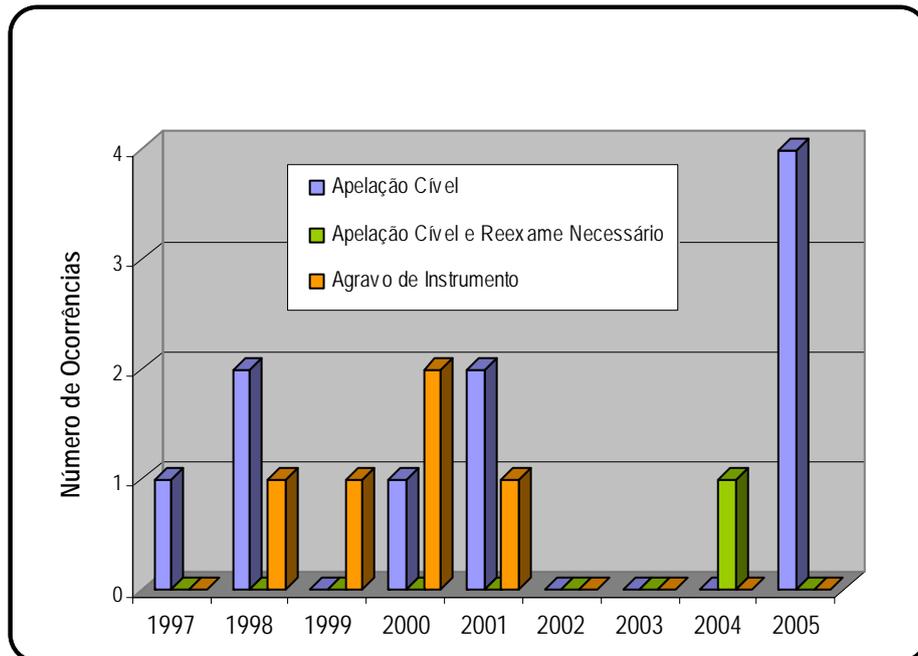
g) *Concepção Funcionalista* – O posicionamento estampado nesta concepção é o que melhor reflete a aplicação do princípio da função social da propriedade.

Verifica-se que esta concepção apresentou certa regularidade no período de 1997 a 2001, tendo havido um declínio total nos anos de 2002 e 2003, que não registram nenhuma ocorrência desse entendimento e, surpreendentemente, aparece revigorada nos anos de 2004 e 2005, sendo que neste último, em especial, atinge maior concentração.

No que concerne ao aspecto qualitativo constata-se a presença deste entendimento em diferentes modalidades recursais, com predominância para as apelações cíveis.

É de se notar, ainda, que em sua maioria os conflitos são travados entre particulares, havendo um único registro da presença de entes públicos em um dos pólos da relação jurídica.

GRÁFICO 7 – CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 7 – NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

	Apelação Cível	Apelação Cível e Reexame Necessário	Agravo de Instrumento
1997	1	0	0
1998	2	0	1
1999	0	0	1
2000	1	0	2
2001	2	0	1
2002	0	0	0
2003	0	0	0
2004	0	1	0
2005	7	0	0
Total	13	1	5

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

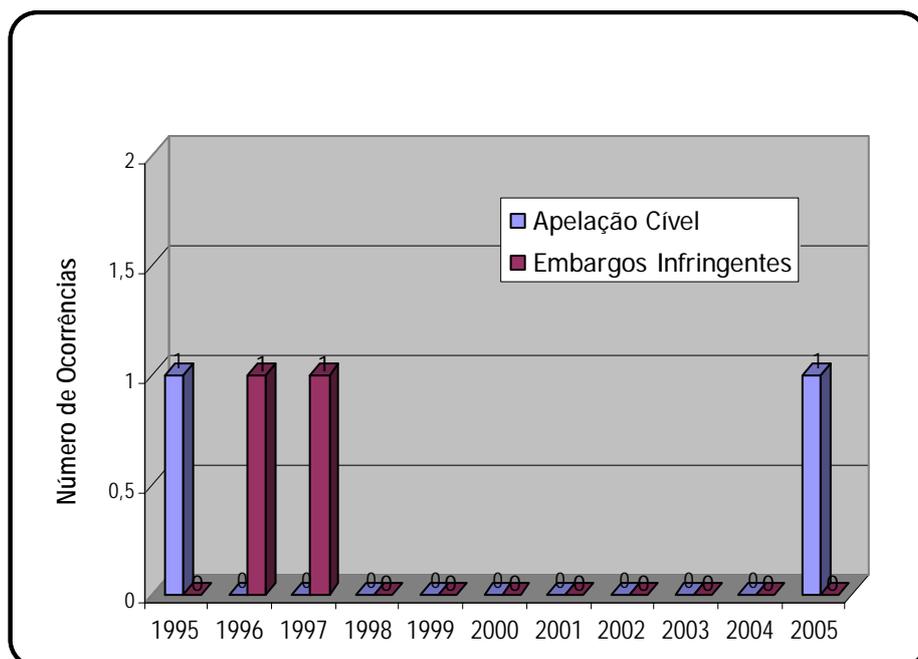
h) *Concepção Funcionalista Implícita* – Extrai-se desta concepção uma incidência implícita do princípio da função social da propriedade que, todavia, não serve como fundamento da decisão.

Percebe-se que esta concepção apresentou certa regularidade no período de 1995 a 1997, tendo havido um declínio total nos anos de 1998 a 2004, que não registram nenhuma ocorrência desse entendimento, todavia, aparece revigorada no ano de 2005.

Vale registrar que o número de ocorrências dessa concepção se apresenta tímido, o que deve ser visto com bons olhos, porquanto esse posicionamento não revela, modo expresso, o recurso ao princípio da função social.

Por fim, é de se anotar que, esse entendimento foi manifestado em sede de apelação e de embargos infringentes.

GRÁFICO 8 – CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA IMPLÍCITA POR TIPO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 8 - NÚMERO DE OCORRÊNCIAS

	Apelação Cível	Embargos Infringentes
1995	1	0
1996	0	1
1997	0	1
1998	0	0
1999	0	0
2000	0	0
2001	0	0
2002	0	0
2003	0	0
2004	0	0
2005	1	0
	2	2

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

Tendo em conta esses aspectos, cumpre averiguar como se operacionaliza a sua aplicação.

2) As decisões jurisprudenciais: aplicação das diferentes concepções da função social da propriedade

A contribuição emprestada pela jurisprudência, na aplicação conferida à função social da propriedade, apresenta-se evidenciada mediante a análise das decisões judiciais proferidas sobre o tema.

Todavia, antes de examiná-las, cumpre esclarecer que a pesquisa contempla a incidência do tema proposto – qual seja, função social da propriedade – nas

decisões³³² proferidas pelo extinto Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul – TARS e pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS, no período de 1995 a 2005, que, em face do critério adotado somaram 261 ocorrências.³³³

Outrossim, mister referir que a alusão ao Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul decorre do fato de que, embora tenha sido ele incorporado pelo Tribunal de Justiça,³³⁴ não nos é permitido ignorar a sua existência e contribuição jurídica – notadamente, quando a matéria em apreço também era ali decidida.

Depois, apanhando a pesquisa período anterior à unificação, que data de 15 de abril de 1998, falar tão-somente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul significaria suprimir uma instância de apreciação e definição judicial, porquanto, necessariamente, até tal data conviviam harmonicamente os dois Tribunais locais.

Por fim, cabe frisar que os casos relativos aos dois Tribunais – TARS e TJRS – foram analisados, conjuntamente, porque ambos correspondem a 2.^a instância do Poder Judiciário, não havendo sentido prático em proceder ao exame seccionado das decisões que, hoje, formalmente, pertencem ao mesmo Tribunal.

³³² Utilizo a expressão *decisões*, ao invés de *acórdãos*, porque a pesquisa também contemplou *decisões monocráticas*, proferidas com amparo no art. 557 do Código de Processo Civil, com a redação determinada pela Lei n.º 9.756/98. Todavia, ante o fato de apresentarem-se em percentual insignificante (inferior a 5%), em relação ao conjunto de decisões pesquisadas, não era recomendável análise em separado de umas e outras.

³³³ Ao todo foram examinadas 270 decisões, todavia, 9 (nove) delas não se encaixavam nas concepções identificadas, razão pela qual foram descartadas, notadamente ante o seu diminuto percentual (inferior a 5%) e a falta de utilidade prática, considerado o propósito da pesquisa.

³³⁴ O que está assentado na Lei Estadual n.º 11.133, de 15 de abril de 1998, a qual “dispõe sobre a unificação da Segunda Instância do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, com extinção e subsequente incorporação do Tribunal de Alçada pelo Tribunal de Justiça, com correlatas providências.”

Feitas estas considerações passo ao exame das decisões jurisprudenciais, com base nas as concepções antes explicitadas.³³⁵

a) *Concepção Legalista* – O entendimento manifestado por esta concepção, em sua maioria tratando da possibilidade de denúncia vazia em contrato de locação, basicamente assenta no raciocínio de que a denúncia imotivada, por estar contemplada em lei,³³⁶ não ofende o princípio da função social da propriedade. São exemplos desta concepção os seguintes julgados:

LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. DENÚNCIA VAZIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. BENEFÍCIO DA GRATUIDADE.

Não atenta contra o princípio da função social da propriedade a adoção, pela legislação ordinária, de regra que permite a denúncia imotivada do contrato de locação, pois a suposição é a de que um tal imóvel se encontra no mercado.

Faz jus ao benefício da gratuidade aquele que afirma se encontrar nas condições previstas pelo art. 4.º da Lei n.º 1.060, de 1950, dispensado, portanto, de provar situação de necessidade.

Apelo parcialmente provido.³³⁷

LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL PRORROGADA POR PRAZO INDETERMINADO. CLÁUSULA DE AJUSTE POR PRAZO CERTO DE 4 ANOS. DENÚNCIA IMOTIVADA. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Não é nula a cláusula que estabelece o prazo de vigência de locação não residencial em quatro anos.

Decorrido o prazo, o contrato automaticamente fica prorrogado por prazo indeterminado, circunstância que autoriza ao locador manejar a competente ação de despejo fundada em retomada imotivada. Inteligência do art. 57 da Lei n.º 9.425/91 [sic], o que não agride o princípio constitucional da função social da propriedade.

Apelo improvido.³³⁸

LOCAÇÃO COMERCIAL. DENÚNCIA VAZIA (ART. 57 DA LEI N.º 8.245/91). NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

³³⁵ Para uma melhor visualização e apreensão do leitor os resultados encontrados também serão exibidos em formato estatístico.

³³⁶ Art. 57, Lei n.º 8.245/91.

³³⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. AC n.º 195186457. Relator: Antonio Janyr Dall'agnol Júnior. j. em 25 jan. 1996.

³³⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. AC n.º 196188353. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. j. em 21 ago. 1997.

Não é inconstitucional a denúncia vazia prevista no ordenamento jurídico. A pretensão a retomada imotivada não depende de aceitação do locatário, basta que se proceda a notificação premonitória, bem como não ofende a função social da propriedade, pela possibilidade de relocação do imóvel.
Recurso improvido.³³⁹

Ainda nesta linha, mas com uma interpretação mais particularizada do conflito, vale referir decisão proferida em sede de embargos infringentes, providos, por maioria, inclusive, pela erudição do voto condutor da lavra do Des. Márcio Borges Fortes, assim ementado:

EMBARGOS INFRINGENTES. LOCAÇÃO COMERCIAL. DENÚNCIA VAZIA CONSTITUCIONALIDADE.

A denúncia imotivada não fere o princípio constitucional da função social da propriedade, e ao revés o tem concretizado, ao servir à harmonização dos interesses individuais de locadores e locatários com o interesse social, no qual estão abrangidos os daqueles que ainda estão por ingressar no mercado da locação principalmente como inquilinos.
EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS.³⁴⁰

Vale transcrever, ainda que de passagem, o quanto consta do corpo do voto condutor, pela afinidade que traduz com o tema central deste trabalho e pela rica abordagem que lhe empresta:

[...]

A propriedade, como função social, pode ser concebida como poder-dever. Como poder sobre uma coisa, em seu momento estático, é um direito subjetivo; em seu momento dinâmico, de utilização, é instrumento de uma função.

Convém destacar, entretanto, que a função social não está no objeto da propriedade, ainda segundo Eros Roberto Grau, mas em seu titular, este é quem deve cumpri-la, exercendo seu direito dentro dos limites da permissão ou autorização dada pelo ordenamento jurídico. Mas não se reduz a isto. O mesmo autor cita Pietro Perlingieri

³³⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 598347706. Relator: Ricardo Raupp Ruschel. j. em 14 abr. 1999.

³⁴⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. EI n.º 598584548. Relator: Márcio Borges Fortes. j. em 07 maio 1999.

(*Introduzione alla problematica della proprietà*), considerando que o antigo *dominus* foi transformado em proprietário-empresendedor, e pode estar obrigado, em determinados casos, a empreender certas atividades produtivas no uso dos bens que estão sob seu domínio. É a teoria da função social impulsiva.

Esta é, em linhas gerais, a conceituação hodierna de função social da propriedade. E tudo indica que o insigne jurista e estadista austríaco, Karl Renner, expoente do autro-marxismo, estava certo quando proclamou, no início do segundo quartel deste século, em sua obra já clássica (*Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale*, na tradução italiana): *Tutto in volta è diventato evidente che la proprietà è diventata un istituto pubblico*. (Società editrice il Mulino, Bologna, 1981, pg. 104).

Trazendo agora o princípio para o instituto conexo da locação, pode-se dizer que o proprietário de um imóvel tem o dever de utilizá-lo no atendimento de suas finalidades econômica e social, com vistas à realização do bem-estar social. Concretiza-se o fim social da propriedade imobiliária na utilização do prédio urbano como residência ou sede de atividades econômicas, sociais ou culturais. Ao locar um imóvel, em vez de deixá-lo desocupado, está o proprietário realizando seu interesse individual e econômico, visando a percepção de uma renda. Mas está também realizando o interesse de outrem, que necessita ocupar o prédio com finalidade residencial ou comercial.

Destarte, dar em locação um prédio que não está ocupado já representa, para o proprietário, o cumprimento de um dever que lhe é imposto pela função social da propriedade, sendo que esta serve para harmonizar os diferentes interesses. Aqui, numa locação, o interesse individual do locatário.

E a interposição aí do interesse social não se dá por acaso.

É consabido que a denúncia vazia tem sido um instrumento legal para estimular a construção civil e o investimento em imóveis para locação, num país onde é imenso o déficit habitacional. Quando se larga totalmente desse instrumento, o resultado tem sido uma oferta consideravelmente menor de imóveis para alugar e a conseqüente elevação do valor locatício, com sérios prejuízos para os inquilinos. Mais para estes que para os detentores de maiores recursos econômicos, os quais simplesmente alocam seu capital em investimentos que lhes tragam maior retorno.

[...]

Considero, pois, que o instrumento da denúncia vazia tem servido à harmonização dos interesses individuais de locadores e locatários com o interesse social, no qual estão abrangidos os daqueles que ainda estão por ingressar no mercado da locação, principalmente como inquilinos.

Portanto, a previsão da denúncia vazia na legislação ordinária não viola o princípio constitucional da função social da propriedade, pois

o prédio locado pode continuar servindo aos interesses de terceiros, além daqueles de seu proprietário, numa nova locação, ou com destinação diversa, mas até – em certos casos – com maior utilidade social, dentro de um prospectiva comunitária.

[...]

Interessante perceber o enfoque trazido pelo eminente Relator que, após situar a problemática da função social da propriedade no âmbito doutrinário, com peculiar percuciência, sem descurar da legislação, transporta tais conceitos para a hipótese concreta, que versa sobre a possibilidade de despejo por denúncia vazia.

Assim, passa a examinar o conflito de interesses posto em causa sob a ótica da função social da propriedade e o faz alinhando que o instituto da denúncia vazia não pode servir para tutelar direitos individuais tão-somente, servindo, ao oposto, como instrumento propulsor de investimentos propiciando, ademais, uma rotatividade entre aqueles que figuram como locatários, possibilitando o acesso ao imóvel que retorna ao mercado.

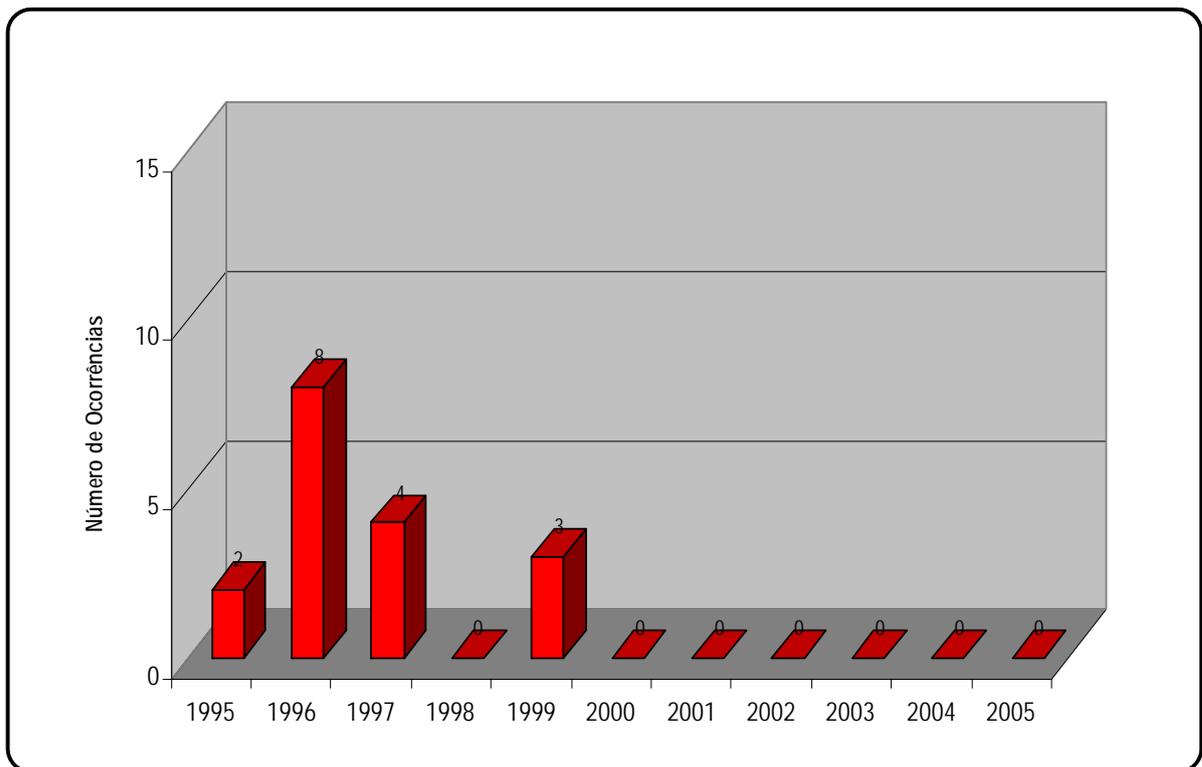
É certo que, a definição apresentada afasta-se, de certo modo, da concepção legalista contemplada nos julgados antes aludidos para antever no instituto da denúncia vazia forma de concretização desse princípio, mas por outro lado a enriquece contribuindo para uma melhor compreensão das potencialidades do conceito de função social da propriedade.

Registro que, conquanto não compartilhe do entendimento que visa a caracterizar a propriedade como instituto do direito público,³⁴¹ não é possível deixar

³⁴¹ Defendem essa idéia, entre os publicistas, Celso Antônio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva. Esse pensamento também é acompanhado por alguns civilistas entre os estes destaca-se Maria

de reconhecer como adequada a interpretação esboçada pelo ilustre Relator, enquanto aplicação do princípio da função social da propriedade.

GRÁFICO 9 – CONCEPÇÃO LEGALISTA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

b) *Concepção Restritiva* – Esta concepção revela-se, essencialmente, em julgados que examinam a possibilidade de usucapião constitucional urbano, cujos requisitos não restaram atendidos, o que afasta a aplicação do princípio da função social da propriedade. Ilustra esta concepção o seguinte acórdão:

Helena Diniz, consoante observam VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 781-783.

AÇÃO DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL. IMÓVEL URBANO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ÁREA DE 6.75 METROS QUADRADOS.

1. O art.183 da CF disciplina o usucapião constitucional urbano. Dita regra deve ser interpretada com base na função social da propriedade, princípio acolhido na Carta Maior, tendo sido criada para dar moradia aos necessitados.

2. Os autores não preenchem os requisitos autorizadores da declaração da prescrição aquisitiva. A uma, a área usucapienda, cuja metragem é de apenas 6,75m², não comporta a construção de moradia para o autor e sua família, único objetivo da lei. A duas, embora formalmente não sejam proprietários de imóvel, pois detêm apenas um contrato de promessa de compra e venda de área contígua à usucapienda, são proprietários da moradia (casa) em que residem. A três, o objetivo dos autores é diverso do da lei, pois querem ampliar a moradia que já possuem, e não adquiri-la.

APELAÇÃO PROVIDA.³⁴²

Do corpo do acórdão extrai-se:

Pelo que se depreende dos autos, os autores postulam a declaração do domínio, com base no art. 183 da CF, de uma área de 6,75m², que se localiza ao lado do imóvel em que residem, e sobre a qual eles avançaram o muro de sua residência, aumentando, portanto, a área de sua moradia.

Prescreve dito dispositivo legal, *verbis*:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel, urbano ou rural.'

Assim, é na Constituição Federal que se encontram elencados os requisitos necessários para converter uma situação fática (posse do prescribente) em jurídica (o domínio). Embora ela tenha consagrado a propriedade como direito individual (art. 5º, "caput", e inciso XXII), não a incluiu com uma concepção absolutista, mas sim com uma função eminentemente social. Diante disso, o proprietário não pode usar, gozar, e fruir de sua propriedade sem levar em conta o interesse alheio e o da sociedade. Exige, portanto, do proprietário que o uso do imóvel esteja condicionado a um bem estar social. Com base nesta função social da propriedade, acolhido como princípio fundamental, é que se deve interpretar o sentido da norma supracitada, que disciplinou o usucapião constitucional urbano. Por isso, a interpretação teleológica e sistemática deve se sobrepôr à interpretação literal do dispositivo. Assim, não basta uma análise

³⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70007392780. Relator: José Francisco Pellegrini. j. em 30 mar. 2004.

estaque dos requisitos supracitados, sem que eles estejam imbuídos da finalidade social.

O artigo 183 da Carta Maior diz que o possuidor deve utilizar a área 'para sua moradia ou de sua família'. Segundo o Novo Aurélio do Século XXI: o dicionário da Língua Portuguesa (Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 3ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1365), moradia (que vem de morada) é o lugar onde se mora ou se habita; habitação; casa; endereço ou residência; estada ou lugar de estada habitual. Assim, por considerar que o sentido da norma referida deve ser compatível com o contexto político e social da propriedade, os beneficiários desta forma de usucapião são todos aqueles que necessitem de moradia.

[...]

Chama a atenção a metragem da área que os autores postulam a declaração do domínio (6,75m²), metragem que não comporta uma moradia para eles e demais membros da família. Na verdade, percebe-se, claramente, que a utilização do terreno usucapiendo não é para moradia dos demandantes e sim para aumentar o conforto de sua família, pois ali colocaram um balanço e plantaram uma árvore, conforme fotografias anexas às fls. 17/19 e 119/120. Apesar de formalmente não serem proprietários do terreno em que residem, pois dele detêm apenas um contrato de promessa de compra e venda (fls. 09/13), os demandados já construíram sobre o terreno, que é contíguo à área usucapienda. Logo, são proprietários da moradia (casa) em que habitam. E se têm moradia, não fazem jus ao usucapião constitucional urbano.

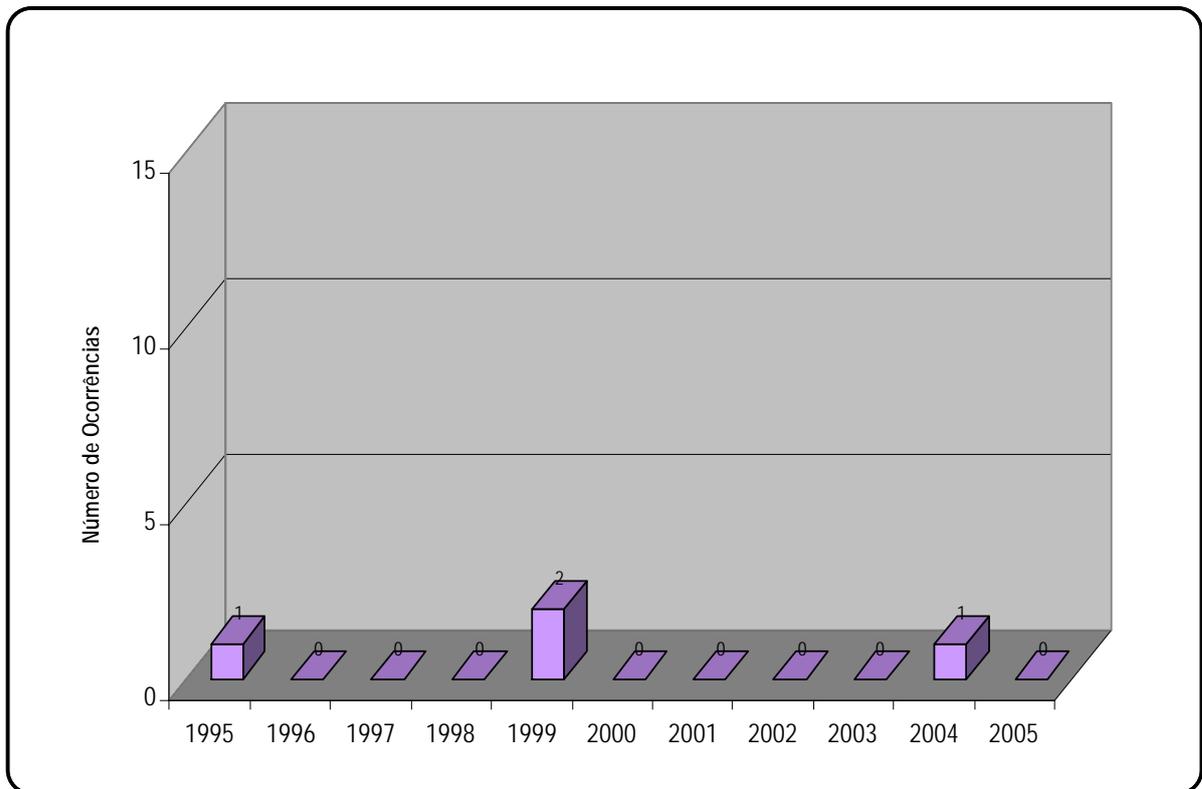
Conclui-se, portanto, que o objetivo da lide não é a moradia, assegurada constitucionalmente, mas sim o aumento da área em que os autores residem. Então, objetivo da lide não é o da lei (art. 183 da CF). O da lei é dar moradia a quem não tem, e o dos demandantes é a ampliação do terreno em que residem, impondo-se, por isso, a improcedência da ação.

[...]

Percebe-se que o Relator, ao interpretar o art. 183, CF, em consonância com o art. 5.º, XXIII, CF, que consagra o princípio da função social da propriedade restringiu sua aplicação, no caso concreto, por forma a assegurar que somente quem preencha os requisitos legais mencionados no citado art. 183, CF, tenha a possibilidade de valer-se da prescrição aquisitiva ali contemplada.

Vale anotar, ainda, a preocupação estampada no acórdão de que o direito em disputa realmente seja assegurado com vistas a permitir o atendimento do princípio fundamental da função social da propriedade que, na hipótese dos autos, equivale a propiciar uma moradia digna àqueles que cumprem os pressupostos legais.

GRÁFICO 10 – CONCEPÇÃO RESTRITIVA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

c) *Concepção Publicista* – Esta concepção consubstancia o entendimento de que a função social da propriedade é princípio que incumbe ao Estado realizar, não sendo dado ao particular assim proceder. Neste sentido, os seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA LIMINAR, PREVISTOS NO ART. 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INVASÃO DE PROPRIEDADE PARTICULAR. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ESTATUTO DA CIDADE.

As provas da anterioridade possessória, do esbulho praticado pelo réu e da data de sua ocorrência conferem ao autor do interdito o direito de se ver reintegrado liminarmente em sua posse.

A promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social deve ser promovida pelo Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal.

É defeso ao particular, a pretexto de encontrar-se escudado pelo Estatuto da Cidade, invadir propriedade alheia, com o intuito de fazer cumprir a sua função social.

Recurso de agravo ao qual se nega seguimento.³⁴³

AGRAVO INTERNO. POSSE (BENS IMÓVEIS). AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE. LIMINAR. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE RESTITUIU A POSSE.

O deferimento de liminar em ação de reintegração de posse requer o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 927 do CPC. Situação concreta que evidencia o atendimento aos requisitos legais, uma vez que restaram comprovados a posse, o esbulho praticado pelos réus e a data em que ocorreu um ou outro, com o quê restou demonstrada a anterioridade do exercício possessório.

MUNICÍPIO. POSSE JURÍDICA ANTERIOR SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA.

A despeito de desnecessária, pois que a posse exercida pelo Poder Público advém do próprio domínio (posse jurídica), a prova dos autos demonstra o exercício da posse anterior do Município, lhe conferindo o reconhecimento do direito à reintegração possessória liminar sobre o imóvel.

A promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social deve ser promovida pelo Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal.

É defeso ao particular, a pretexto de se encontrar escudado pelo Estatuto da Cidade, invadir propriedade alheia, com o intuito de fazer cumprir a sua função social.

AGRAVO INTERNO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.³⁴⁴

Do voto, retira-se:

[...]

Na hipótese em comento, se verifica, em juízo perfunctório, o atendimento aos requisitos legais, uma vez que restaram comprovados a posse, o esbulho praticado pelos réus e a data em

³⁴³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI n.º 70008411399. Relator: Pedro Celso Dal Prá, Decisão Monocrática. j. em 25 mar. 2004

³⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AgInt n.º 70007698012. Relator: Pedro Celso Dal Prá, j. em 05 maio 2005

que ocorreu um ou outro, com o quê restou demonstrada a anterioridade do exercício possessório.

Cumpre acrescer, ainda, que os autos não contêm prova de que a posse dos agravantes seja superior a ano e dia, de sorte que nenhum óbice há ao deferimento da liminar.

Sob outro viés, é ponto assente, em todo o constructo doutrinário e jurisprudencial, que a propriedade, seja ela rural ou urbana, deve cumprir sua função social.

Não se deve olvidar, porém, que a promoção da justa distribuição da propriedade ou do condicionamento do seu uso ao bem estar social recai exclusivamente ao Estado, como poder geral a ele conferido pela Constituição Federal.

O Estatuto da Cidade – Lei 19.257/01 [sic], bem como a Constituição Federal, invocados pelos agravantes como supedâneo jurídico à invasão noticiada, dispõe de institutos legais próprios para se fazer cumprir a garantia constitucional.

Cite-se, como hipótese específica ao caso dos autos, a Notificação para Ocupação Provisória (art. 5º), pela qual a propriedade que não esteja atendendo à sua função social será objeto de desapropriação pelo Poder Público Municipal, se perpetuada a situação e depois de cumpridas determinadas formalidades.

Infere-se, daí, que ao Poder Público é que recai a prerrogativa de realizar o controle da utilização racional da propriedade, dispondo de instrumentos eficazes para exercer a fiscalização e fazer cumprir as *“exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas”* (art. 39 da Lei 19.257/01 [sic]).

Quer isso dizer que o particular não pode arrogar a si essa faculdade legal pertencente ao Poder Público.

Não lhe é permitido, sob a alegação de que se encontra escudado pelo Estatuto da Cidade, tanto menos sob o argumento da inércia do Município de Campo Bom (que não teria equipado a coletividade), exercer, ele próprio, o controle da função social da propriedade e tomar as medidas que bem entender, sob pena de ingressar na esfera da ilegalidade.

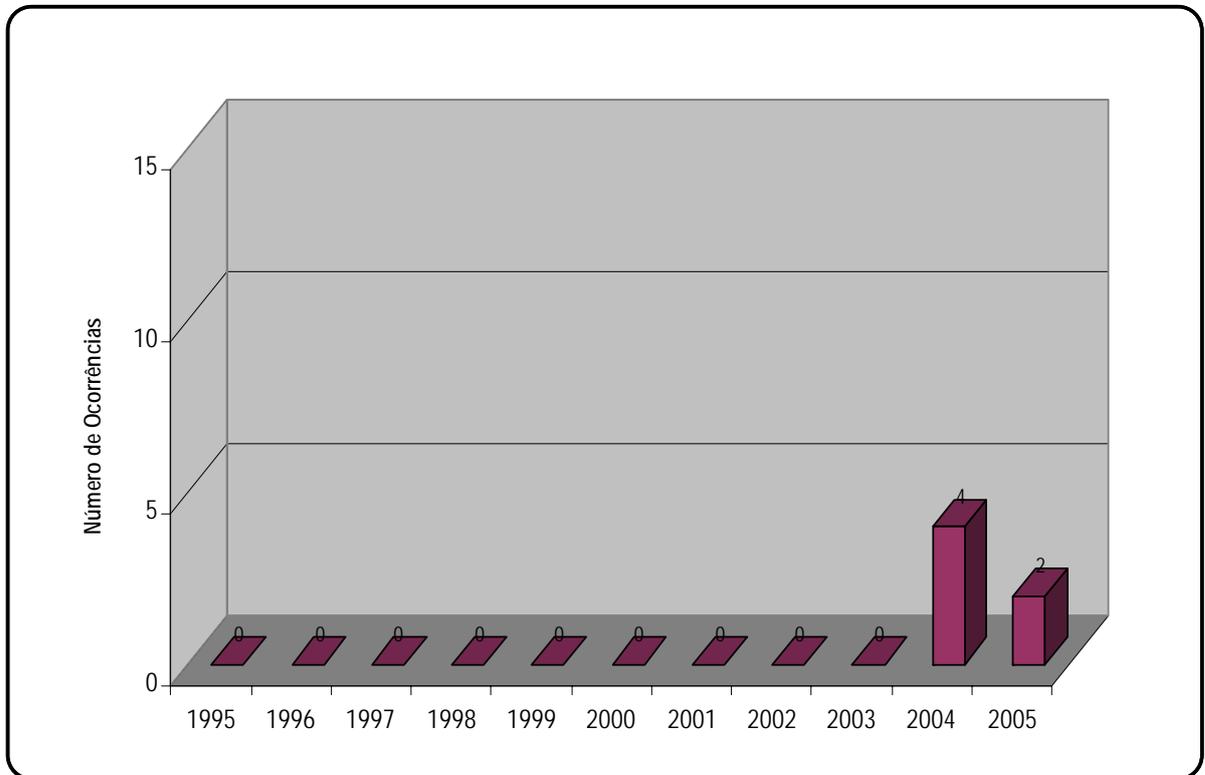
Entendimento em contrário poria em risco direitos subjetivos dos demais cidadãos, comprometendo a segurança jurídica e atentando, em decorrência, contra o próprio Estado de Direito, sobre o qual se esteia o regime democrático.

Denote-se que o direito à propriedade, pilar de todo o direito privado, subsiste como garantia legal e constitucional do cidadão, independente de sua natureza, se público ou privado, o que impõe sua observância por todos, sem qualquer distinção.

[...]

Com efeito, não se apresenta como a mais acertada a leitura que o julgado faz do princípio da função social da propriedade, uma vez que ao atribuir, exclusivamente, ao Poder Público, assim entendido o Poder Executivo, a responsabilidade pela concretização do princípio – mediante a promoção de políticas públicas visando à promoção da justa distribuição da propriedade, condicionando o seu uso ao bem-estar social, com base nos instrumentos legais disponibilizados pelo ordenamento jurídico –, termina, de certa forma, por afastar do Poder Judiciário a possibilidade de fazer uso desse importante instrumento oferecido pelo sistema que objetiva, precisamente, adequar a propriedade a sua função social deixando, por conseguinte, de extrair do princípio as suas potencialidades.

GRÁFICO 11 – CONCEPÇÃO PUBLICISTA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

d) *Concepção Protetiva* – O posicionamento defendido por esta concepção, em sua maioria examinando conflitos possessórios e petitórios, prestigia, essencialmente, a proteção da propriedade privada enquanto instituto jurídico que, em regra, atende a sua função social. Como exemplos desta concepção podemos citar os seguintes precedentes:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. ESBULHO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Liminar concedida em atenção aos arts. 928 e 929 CPciv não ofende o art. 5.º, XXIII, CF.

Esbulho caracterizado pela irregular ocupação do prédio, causando perda da posse a quem a estava exercendo de modo legítimo.³⁴⁵

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RÉU QUE CHEGA A SE ADJETIVAR COMO INVASOR, NÃO PODE PRETENDER ALGUM DIREITO À POSSE. CLAMOROSO ESBULHO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NÃO SIGNIFICA ENSEJAR-SE A INVASÃO, A QUEM ASSIM ENTENDER. RESPEITO À ORDEM JURÍDICA, COMO INABALÁVEL VALOR PARA A COEXISTÊNCIA CIVILIZADA.³⁴⁶

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

Posse anterior do espólio que restou demonstrada pela manifestação das testemunhas no sentido de que o imóvel estava devidamente cercado. Esbulho, de outro lado, caracterizado pela afirmação de que houve autêntica invasão por inúmeras pessoas. A alegada função social da propriedade não afasta o direito do titular do domínio de ver protegida sua posse sem que haja a desapropriação e prévia indenização. A decisão judicial deve se basear no direito, não podendo ter como pauta a lógica do sistema político. Ação procedente.³⁴⁷

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INVASÃO DE IMÓVEL PÚBLICO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

Descabe àquele que adentra clandestinamente em imóvel público pretender seja viabilizada a sua permanência no local sob o argumento da função social da propriedade. Ademais, o art. 5º, inciso XXIII, da CF não socorre àqueles que se apossam, irregularmente, de imóvel público. APELO IMPROVIDO. UNÂNIME.³⁴⁸

³⁴⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Alçada. AI n.º 195176631. Relator: Breno Moreira Mussi. j. em 12 mar. 1996.

³⁴⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 598450419. Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa. j. em 26 out. 1999.

³⁴⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70000305904. Relator: José Aquino Flôres de Camargo. j. em 23 nov. 1999.

³⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70010684108. Relatora: Agathe Elsa Schmidt da Silva. j. em 06 set. 2005.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR DEFERIDA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE RESTITUIU A POSSE.

O deferimento de liminar em ação de reintegração de posse requer o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 927 do CPC. Situação concreta que evidencia o atendimento aos requisitos legais, uma vez que restaram comprovados a posse, o esbulho praticado pelos réus e a data em que ocorreu um e outro, com o que restou demonstrada a anterioridade do exercício possessório. Valoração das impressões colhidas pelo Juízo a quo, por força do princípio da imediatidade da prova.

Inexiste nulidade decorrente do deferimento da liminar sem oitiva de testemunhas, quando suficientes as provas até então apresentadas. Faculdade que lhe assiste ao Juiz, segundo exegese dos arts. 130 e 131 do CPC. Princípio da livre apreciação da prova.

Alegação de questão social, referente à situação econômica precária dos demandados, não justifica o esbulho da área do autor. É defeso ao particular invadir propriedade alheia com o intuito de fazer cumprir função que entende ser social.

RECURSO IMPROVIDO. UNÂNIME.³⁴⁹

Do corpo do agravo de instrumento, colhe-se:

[...]

Logo, da análise dos elementos trazidos aos autos, conclui-se que o autor efetivamente detinha a anterioridade da posse, e que efetivamente houve o esbulho praticado pelos agravantes, sendo que este ocorreu há menos de ano e dia, tornando possível o deferimento da medida liminar.

[...]

Outrossim, no tocante à questão social, em que pese a triste situação dos agravantes, não cabe ser perquirida na presente demanda, com escopo de justificar o ato esbulhativo, pois não é dado ao particular exercer, de per si, o controle da função social da propriedade, sob pena de ingressar na esfera da ilegalidade.

Entendimento em contrário poria em risco os direitos subjetivos dos demais cidadãos, comprometendo a segurança jurídica e atentando, em decorrência, contra o próprio Estado de Direito, sobre o qual se esteia o regime democrático.

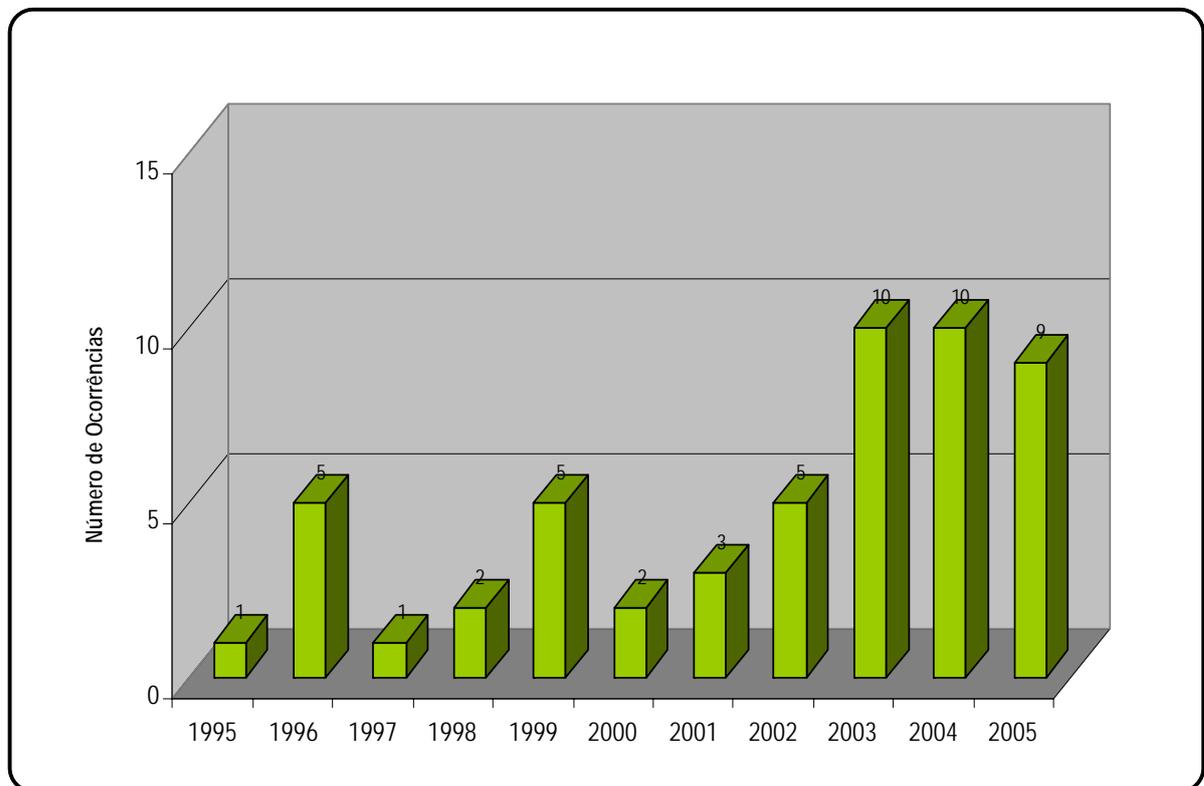
Denote-se que o direito à propriedade, pilar de todo o direito privado, subsiste como garantia legal e constitucional do cidadão, o que impõe sua observância por todos, sem qualquer distinção.

³⁴⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI n.º 70012551818. Relator: Pedro Celso Dal Prá. j. em 24 nov. 2005)

[...]

Como se observa, prepondera nessa concepção o intuito protetivo que visa a assegurar a prevalência da propriedade privada, bem como o primado da segurança jurídica, garantindo o regular exercício daquela e coibindo os atos que se lhe afigurem atentatórios, os quais não se compadecem com o princípio da função social da propriedade.

GRÁFICO 12 – CONCEPÇÃO PROTETIVA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

e) *Concepção Ilustrativa* – Esta concepção revela-se, essencialmente, em julgados que examinam a possibilidade de incidência progressiva do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana – IPTU – e as implicações daí advindas em contraste com a legislação em vigor, porquanto até a Emenda Constitucional n.º

29/2000 admitia-se a progressividade extrafiscal do IPTU como forma de atendimento da função social da propriedade.³⁵⁰ Após a edição da EC n.º 29/2000 tal entendimento restou alterado, pois pendente lei federal definidora do conceito de função social.³⁵¹

Eis alguns julgados que se ajustam a esse entendimento:

Embargos à execução.

A adoção de alíquotas diferenciadas e progressivas para o cálculo de IPTU, tendo por base o valor venal do imóvel e na forma estabelecida em lei, não é inconstitucional e cumpre a função social da propriedade.

Inteligência do art. 156, parágrafo 1.º, da Constituição.

Taxas de conservação e limpeza pública de combate a sinistros. Presentes os requisitos da especificidade e da divisibilidade, são constitucionais se têm como fato gerador a execução do poder de polícia, a utilização efetiva ou potencial do serviço público prestado ou posto à disposição do contribuinte.

Inteligência dos artigos 77 e 79 do CTN.

Apelos desprovidos.³⁵²

TRIBUTOS MUNICIPAIS. IPTU.

Legalidade do aumento do IPTU. Atualização do valor venal dos imóveis. A progressividade da alíquota do IPTU com base no valor venal do imóvel só é admissível para o fim extrafiscal de assegurar o atendimento da função social da propriedade.

Abreviação do processo legislativo. Possibilidade. Questão *interna corporis*. Desatenção a formalidades que não implicam nulidade.

Taxa de coleta de lixo, limpeza urbana e conservação de pavimentação. Serviço público específico e divisível, prestado ou posto à disposição do contribuinte, pessoa proprietária de imóvel que recebe o benefício. Legalidade de sua cobrança. Hipótese distinta do IPTU.

Taxa de localização e de publicidade. Devidas. Comprovado o exercício efetivo do poder de polícia, é legítima a taxa de localização. E a publicidade/propaganda depende de licença municipal, mediante o pagamento de taxa.

Apelo provido em parte, por maioria.³⁵³

³⁵⁰ Nesta esteira, o enunciado da Súmula n.º 668 do STF “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”

³⁵¹ Essa tendência vai formar a concepção ilustrativa negativa que adiante se examinará.

³⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 598321107. Relator: Marco Aurélio Heinz. j. em 21 out. 1998.

³⁵³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 599251048. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. j. em 03 nov. 1999.

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IPTU. IMÓVEL RESIDENCIAL. PORTO ALEGRE. ALÍQUOTA. INCONSTITUCIONALIDADE. PROGRESSIVIDADE. PRECEDENTES DO STF. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988. RECEPÇÃO. VALOR VENAL DO IMÓVEL. LANÇAMENTO. NULIDADE. AUSÊNCIA.

1. Consoante jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a Lei Complementar nº 7/73 do Município de Porto Alegre, com a redação conferida pela Lei Complementar nº 212/89, que instituiu alíquotas progressivas em razão do valor venal do imóvel.

2. A inconstitucionalidade da progressividade do IPTU alcança todas as alíquotas, não podendo ser aplicada a menor da escala. Precedentes do S.T.F. Tratando-se de inconstitucionalidade da lei superveniente à Constituição, aplica-se a lei anterior que não restou revogada.

3. A Constituição de 1988 inovou, relativamente à Constituição anterior, autorizando o legislador municipal a implementar nova legislação tributária de modo a tornar o IPTU instrumento de concretização da função social da propriedade. Diante do caráter ampliativo do poder tributário municipal pela nova ordem, a legislação anterior referente ao IPTU restou recepcionada. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca de lei superveniente à Constituição de 1988 que instituiu a progressividade de alíquotas não é aplicável para aferir a conformidade da legislação anterior.

4. Sendo o lançamento ato de aplicação material da norma tributária, a determinação do valor do tributo segundo lei declarada inconstitucional não afeta a nulidade de todo o lançamento, alcançando apenas a parte que excedo o valor devido segundo a legislação aplicável ao fato gerador.

Recurso provido.³⁵⁴

Do corpo do acórdão extrai-se a seguinte passagem:

[...]

A Emenda Constitucional de 1969, no artigo 24, inciso I, limitou-se a conferir, de modo genérico, competência aos municípios para instituir imposto sobre propriedade predial e territorial urbana. A Constituição de 1988, diferentemente, ao dispor sobre o Sistema Tributário Nacional, autorizou o legislador municipal a implementar nova legislação tributária de modo que o IPTU pudesse ser instrumento da concretização da função social da propriedade. Assim, o artigo 156, § 1º, antes da redação conferida pela Emenda nº 29, de 13 de setembro de 2000, estabelecia que o IPTU **'poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar**

³⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70001996743. Relatora: Maria Isabel de Azevedo Souza. j. em 18 abr. 2001.

o cumprimento da função social da propriedade'. O artigo 182, inciso II, faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, de sucessivamente, de imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressiva no tempo. [Grifos no original]

[...]

Afigura-se indiscutível que a progressividade extrafiscal do IPTU, também chamada progressividade no tempo, era aceita como forma de concretização do princípio da função social da propriedade, ainda que tal entendimento não fosse aplicável à hipótese *sub judice*, por tratar-se de situação distinta.

Destaco, ainda, o seguinte precedente:

IPTU. PROGRESSIVIDADE. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. NULIDADE DO LANÇAMENTO. RESTITUIÇÃO. TAXA DE JUROS. VOTO VENCIDO.

1. Progressividade. Período anterior às LCMs 437 e 438/99.

O IPTU, até a EC 29/2000, estava sujeito apenas à *progressividade extrafiscal* com o objetivo de forçar o cumprimento da função social da propriedade, a qual dependia de *lei federal* definidora de critérios uniformes em todo o território nacional (CF, art. 182, § 4º, II), o que só veio com a Lei 10.257, de 10-07-2001. Não lhe era aplicável, portanto, a *progressividade fiscal* (CF, art. 145, § 1º). Havendo erro de alíquota e de incidência legal, os lançamentos são nulos; logo, tudo o que foi pago, o foi indevidamente, o que determina a restituição integral. Voto vencido.

2. Período posterior às LCMs 437 e 438/99.

Inexistência de inconstitucionalidades nas Leis Complementares Municipais 437 e 438, tendo em conta a EC 29/2000.

3. Taxa de juros.

Inadmissibilidade da taxa SELIC.

4. Apelação provida em parte e no mais sentença confirmada em reexame. Voto vencido.³⁵⁵

³⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70006947360. Relator: Irineu Mariani. j. em 28 abr. 2001.

Merece especial referência o voto vencido proferido pelo Revisor, Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, haja vista a interpretação por ele conferida ao exame da matéria em questão:

[...]

Passei a admitir, pois, a progressividade e a seletividade do IPTU como meios legais insculpidos constitucionalmente como parâmetros no cálculo das parcelas devidas pelos contribuintes em razão da cobrança do IPTU, razão do cumprimento de princípios constitucionais insertos nos arts. 1º e 3º da Constituição Federal como os da dignidade da pessoa humana e objetivos como a constituição de uma sociedade livre e solidária com a erradicação da pobreza, mas não somente isto. Porque com a possibilidade de um IPTU progressivo/seletivo se tentará alcançar tudo isso a par da função social da propriedade consagrada nos arts. 5º, inc. XXIII e 156, § 1º, da Constituição Federal.

Só assim é que se dará efetividade às normas constitucionais vigentes. Até porque, segundo é afirmado pelo STJ, ***direito é a arte do justo e do razoável*** “REsp 98.142/Humberto Gomes de Barros. (STJ – RESP 206991 – (199900206886) – PR – 1ª T. – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – DJU 08.05.2000 – p. 00062)”.

Assim, com relação à emenda referida, cabe ressaltar, por óbvio, afastando, desde já, quaisquer dúvidas, que para os casos em que o lançamento do imposto tenha sido efetivado em data anterior à edição da norma constitucional vigente, por certo, haveria de prevalecer a lei vigente no momento daquele procedimento administrativo em função do ***tempus regit actum***.

Porém, a minha orientação ultrapassa esses limites, porque eu passo a entender e a adotar a Constituição Federal, ao contrário do que antes adotava como razões de decidir, como tendo ela, mesmo antes da emenda em tela (Emenda Constitucional nº 29/2.000), já adotado essa progressividade. Reconheço o meu equívoco de enfoque em julgamentos anteriores face a uma visão em túnel.

Com efeito, quando me reporto à edição dessa emenda, o faço por entender que o legislador apenas veio a ratificar o que já havia sido previsto originariamente, ou seja, que é possível o cálculo do imposto por meio de alíquotas crescentes, progressivas e seletivas como já o havia previsto no texto inserto no corpo da Constituição Federal.

Como se sabe a grande discussão acerca do tema em destaque gravita, basicamente, na jurisprudência que entende não ser possível a operacionalização do imposto em progressão, pois a regra do art. 156, da Constituição Federal quer referir-se e complementar aquela do art. 182, § 4º, desta Constituição, sendo que, modo autônomo,

não prevaleceria, pois, enquanto imposto real, o que afrontaria o disposto no art. 145, § 1º.

Ocorre que, com a edição da propalada Emenda Constitucional nº 29/2.000, tal distinção resta bem elucidada. Refiro, aqui, o dispositivo respectivo, no caso, o art. 3º da Emenda bem esclarece o que já havia, a meu sentir, esclarecido o texto original da Constitucional Federal. Vejamos o que dispõem o texto da Constituição Federal e da Emenda Constitucional em relevo.

Constituição Federal

“art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

Omissis.

§ 1º O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade.”

Emenda Constitucional

Art. 3º. O parágrafo 1º, do art. 156 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Parágrafo 1º - Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, parágrafo 4º, II, o imposto previsto no inciso I poderá:

I – ser progressivo em razão do valor do imóvel;

II – ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel”
[...].

Conseqüentemente, portanto, não só o legislador derivado esclarece definitivamente o intuito inicial constante no texto da Constituição Federal, que era o de estabelecer uma progressividade fiscal (art. 156, § 1º) e outra extrafiscal (art. 182, § 4º, II), desgarrando-se daquele conceito de função social único e que era o elemento de confusão, como também afirma que é possível a progressividade e a seletividade, assim como a seletividade, de acordo com o valor, o uso e a localização do imóvel, vale dizer, progressividade valorativa e seletividade por utilização e localização do imóvel.

De qualquer forma, essa emenda, como disse, serviu-me de subsídio à modificação de minha posição primitiva no que pertine ao tema em debate, uma vez que os recursos trazidos à apreciação desta Câmara ainda são decorrência dos lançamentos efetuados anteriormente à edição da indigitada Emenda.”

De qualquer forma, essa emenda, como disse, serviu-me de subsídio à modificação de minha posição primitiva no que pertine ao tema em debate, uma vez que os recursos trazidos à apreciação desta Câmara ainda são decorrência dos lançamentos efetuados anteriormente à edição da indigitada Emenda.

Com relação à situação anterior, algumas considerações devem ser declinadas a fim de que esse novo posicionamento, motivo de introdução deste voto, fique assentado definitiva e devidamente em bases jurídicas. Deve-se admitir que as disposições do art. 182, § 4º, que tratam da progressividade, dita sanção por alguns, ainda que previstas constitucionalmente, carecem, com efeito, para sua implantação pelos Municípios, de lei federal que as regulamente,

pois, expressamente, o aludido dispositivo condiciona a sua eficácia à edição de normas de competência federal, o que ainda não foi levado a efeito, a exemplo da velha e interminável discussão que gravita em torno dos juros que estão estabelecidos em um patamar de 12% ao ano pela Constituição Federal no art. 192, § 3º.

Todavia, a chamada progressividade fiscal, prevista pela redação original do art. 156, § 1º, da Constituição Federal, eu a tenho como legal, vale dizer, constitucional, devendo e podendo ser operacionalizada pelos entes arrecadadores competentes, porque a determinação é expressa naquele artigo. Função social esta já exposta e chancelada – e não é novidade, muito embora consignada nesse dispositivo – nos arts. 5º, inc. XXIII e 156, § 1º, da Constituição Federal e conseqüentemente decorrente na progressividade/seletividade exposta na Emenda Constitucional em relevo.

Como se observa, o legislador originário permite, então, ao legislador municipal, a quem compete minudenciar a espécie, reger e arrecadar o IPTU, o estabelecimento de alíquotas progressivas/seletivas, e ser regrado em lei conforme disposição constitucional que rege a respeito, com observância do art. 146 da Constituição Federal.

A função social da propriedade a que alude o mencionado dispositivo não se confunde senão pela denominação com aquela também prevista no art. 182, § 4º, da mesma Carta. No primeiro caso, o que pretende o legislador, a toda evidência, é estabelecer um paralelo sob o aspecto da tributação entre a incidência do imposto e a possibilidade de que, ao mesmo tempo, sejam observadas as condições particulares dos contribuintes, de modo que a função social da propriedade também seja tomada como parâmetro nessa edição de alíquotas que acompanhem a lógica da progressividade. Função esta, eminentes Colegas, que me parece que não deflui somente da Constituição Federal, mas também dos fatos da vida.

Não se pode mais conviver socialmente sem se ter um conceito dessa natureza sempre muito bem presente.

No caso do art. 156, § 1º, ao contrário do que se verifica no art. 182, não há nenhuma sanção, mas um fomento, uma preocupação em que os impostos impulsionem o desenvolvimento do Município, tomando por base essas duas variáveis: a tributação em si e a sua operacionalização, no sentido de que, por meio da progressividade, a destinação dada a cada propriedade acompanhe o cálculo do tributo, ou seja, item a ser observado no cálculo respectivo.

Neste ponto, há de se admitir ter sido sábio o legislador, fazendo dessa sutileza, que, por vezes, é entendida de modo equivocado, mais um meio de desenvolvimento social.

Assim, ao estabelecer o legislador municipal essa sistemática progressiva na apuração das alíquotas do IPTU, poderá, ao mesmo tempo, por meio da tributação, implementar o cumprimento da função social da propriedade, a qual, por outro lado, não deve ser confundida apenas com a utilidade, mas também sob o ponto de

vista de desenvolvimento municipal, como forma de incentivo à ocupação de áreas e ao crescimento planejado em camadas econômicas.

Já o art. 182, § 4º, da Constituição Federal tem seu enfoque voltado para a política urbana e não à tributação propriamente tal, pois na conceituação de tributo não se inclui a prestação que se constitui sanção na forma do art. 3º, do Código Tributário Nacional. Pelo menos num primeiro aspecto, num primeiro escalonamento, em face dos entendimentos que entendem esta incidência como sanção, não se a pode considerar tributo, em face da vedação do Código Tributário Nacional.

Nesse sentido, enquanto sanção que é segundo alguns, prevê a chamada progressividade no tempo, a qual, obviamente, não se confunde com a progressividade de alíquotas, esta sim tributo, que é estanque, não havendo falar em progressão no tempo no caso em referência, com base na localização do imóvel, no valor do imóvel, na existência ou não de edificação, entre outros. De situações com naturezas jurídicas diversas é de que se trata, com efeito.

Então, volto a chamar atenção ao jurista atento e com visão multifacetária do direito, onde fato, valor e norma não se podem confundir, não obstante devam ser conjugados para uma perfeita prestação jurisdicional que se pretenda razoável.

Como referi, no caso do art. 182, existirá, sim, uma sanção ontológica relativa e derivada do mau uso da propriedade para o que é prevista a progressividade no tempo, isto é, em se prolongando o não-aproveitamento do solo urbano, tanto maior serão as alíquotas aplicadas quando do cálculo do imposto a ser pago. Não havendo, portanto, confusão entre essa previsão e aquela do art. 156, § 1º, da Constituição Federal a meu sentir. Mormente em razão das diferentes naturezas jurídicas como antes referido. Uma é sanção, portanto, não é tributo na forma do art. 3º, do Código Tributário Nacional, a outra é tributo não só por definição do Código Tributário Nacional como por definição constitucional (art. 156, I, da Constituição Federal).

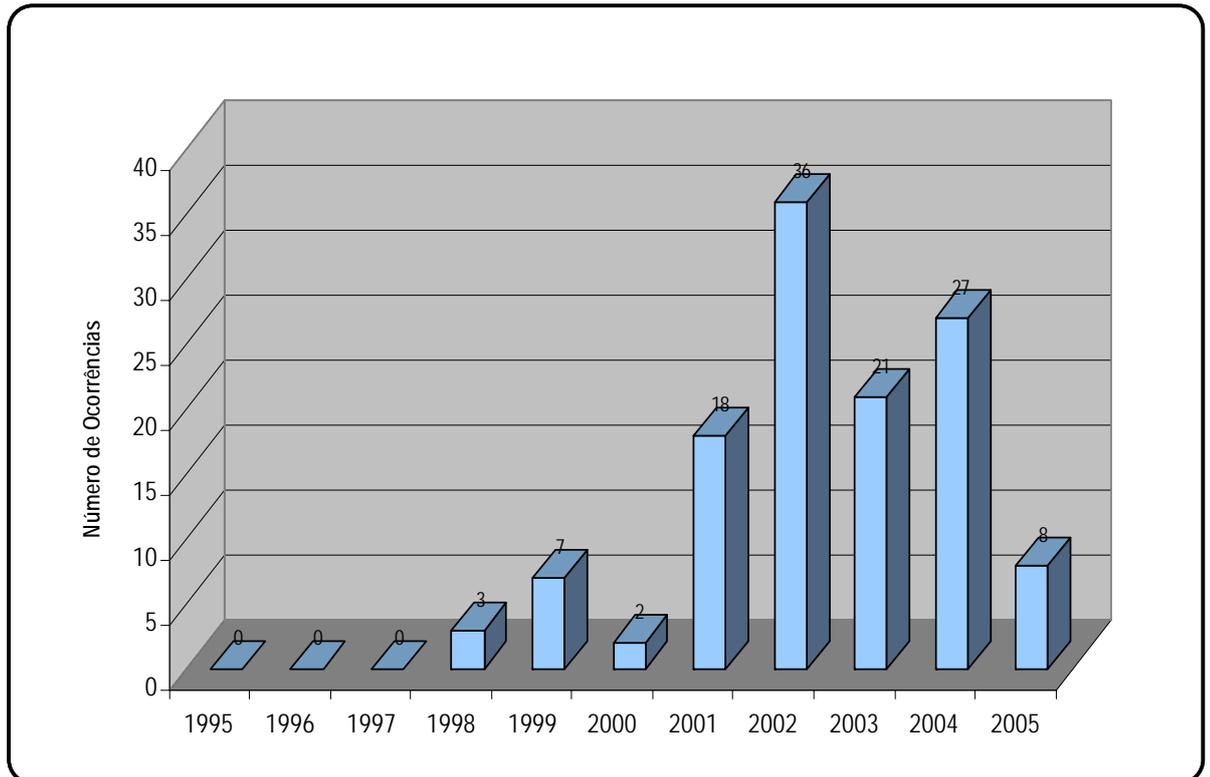
Objetivou, pois, o legislador constitucional, ao instituir a progressividade do IPTU com fins fiscais e extrafiscais, ao implementar formas de penalização ao proprietário do bem imóvel quando este não estivesse, então, cumprindo esta função social da propriedade e cobrando imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. Tal entendimento deriva, ainda, do art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal.

Assim, afastada a hipótese do art. 182 da Constituição Federal, cuja eficácia ainda depende de lei federal, só é factível em um futuro incerto em face desta dependência legiferante, devendo-se ter como legal a progressividade das alíquotas previstas no art. 156, § 1º, da Constituição Federal.”

[...]

Não obstante esse entendimento seja minoritário, apresenta-se como relevante diante da abordagem que traça quanto aos preceitos do art. 156, § 1º e art. 182, § 4º, ambos da Constituição Federal e a sua conexão com o art. 5.º XXIII, CF.

GRÁFICO 13 – CONCEPÇÃO ILUSTRATIVA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

f) *Concepção Ilustrativa Negativa* – Esta concepção, embora derive da anterior dela, no entanto, se afasta por negar a possibilidade de progressividade do IPTU, como forma de observância à função social da propriedade, consoante se verifica dos julgados a seguir colacionados:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IPTU. PROGRESSIVIDADE. INSTITUIÇÃO PELO MUNICÍPIO. INVIABILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE LEI FEDERAL A REGULAR A

ESPÉCIE. INTELIGÊNCIA DO ART. 182 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4.º DO CPC. VERBA QUE SE REVELA INSUFICIENTE PARA BEM REMUNERAR O PATRONO DA AUTORA. MAJORAÇÃO. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO IMPROVIDA. APELAÇÃO DA AUTORA PROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA, QUANTO AO RESTANTE, EM REEXAME NECESSÁRIO.³⁵⁶

Vale destacar parte do voto, posto apresentar conexão entre os dispositivos legais que autorizam a progressividade do IPTU e o art. 170, III, CF, tão pouco explorado.

[...]

Com efeito, a Constituição Federal regula a matéria referente à possibilidade de instituição da progressividade do IPTU nos arts. 156, § 1.º e 182, § 4.º. A exegese de ambos os preceitos constitucionais indica, parece-me que, de forma clara a instituição da progressividade no tempo do IPTU, como imposto real que é. Ou seja, na proteção à função social da propriedade, como princípio da justiça social, consagrado constitucionalmente (art. 170, III), viabiliza-se o estabelecimento da progressividade do IPTU, mediante lei federal específica, para área incluída no plano diretor do município, dirigida ao proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que não o aproveite de forma adequada.

A gradualidade preconizada pelo art. 145, § 1.º da Magna Carta não seria aplicável aos impostos de natureza real, como tal, o IPTU; mas somente àqueles de natureza pessoal, que possam incidir segundo a capacidade econômica do contribuinte.

[...]

Então, a instituição da progressividade do IPTU, permitida constitucionalmente seria aquela de natureza extrafiscal, a qual exige prévia lei federal para sua admissão, além de outros requisitos, como se depreende do § 4.º do art. 182 da Carta. Condições que incoerrem na hipótese *sub examen*.

[...]

Outrossim, são exemplos dessa concepção:

³⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 598403947. Relatora: Fabianne Breton Baisch. j. em 07 fev. 2001.

TRIBUTÁRIO. IPTU DO MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. PROGRESSIVIDADE FISCAL E EXTRAFISCAL. ILEGALIDADE. ALÍQUOTA APLICÁVEL.

1.- A partir da Constituição de 1988, a progressividade fiscal foi proibida, porquanto, tratando-se o IPTU de imposto de natureza real, em que o fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana, em que não são considerados os fatores ou condições relacionados com o sujeito passivo, não podem as alíquotas ser aumentadas em razão da capacidade contributiva, pois esta tem a ver com a condição da pessoa tributada e não com o bem em si. A única progressividade permitida no imposto de natureza real é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, nos termos do que estabelecem os arts. 156, § 1º e 182, §§ 1º a 4º da Constituição Federal. Todavia, por força do § 4º do mesmo artigo, esta progressividade somente pode ser implantada '*nos termos da lei federal*', a qual até hoje não foi editada. Declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais relativos a alíquota progressiva, face ao efeito revogatório, impossível utilizar-se parte dela para o efeito de definir-se a alíquota incidente. A alíquota a incidir haverá de ser a da lei anterior, desde que compatível com a Constituição vigente. 2.- A LC 7/73, como a Lei 1657/56, do Município de Porto Alegre, contemplam os mesmos vícios da LC 212/89, declarada inconstitucional, uma vez que as alíquotas variam segundo o valor venal do imóvel, aumentando proporcionalmente ao aumento da base de cálculo, apenas que quanto ao valor venal do imóvel, notadamente nos não-edificados (terrenos), a variação ocorre em razão da localização (divisão fiscal). Declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos legais relativos a alíquota progressiva, face ao efeito revogatório, impossível utilizar-se parte dela para o efeito de definir-se a alíquota incidente. A alíquota a incidir haverá de ser a da lei anterior, desde que compatível com a Constituição vigente. 3.- Nas leis não recepcionadas não se aplica o efeito revogatório incidente na lei declarada inconstitucional, não havendo óbice à utilização da alíquota menor da lei anterior, uma vez esta não contemplar ilegalidade ou inconstitucionalidade.

RECURSO PROVIDO EM PARTE.³⁵⁷

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU DO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO. LEI MUNICIPAL N.º 43/78, COM REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118/90. PROGRESSIVIDADE. ALÍQUOTAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

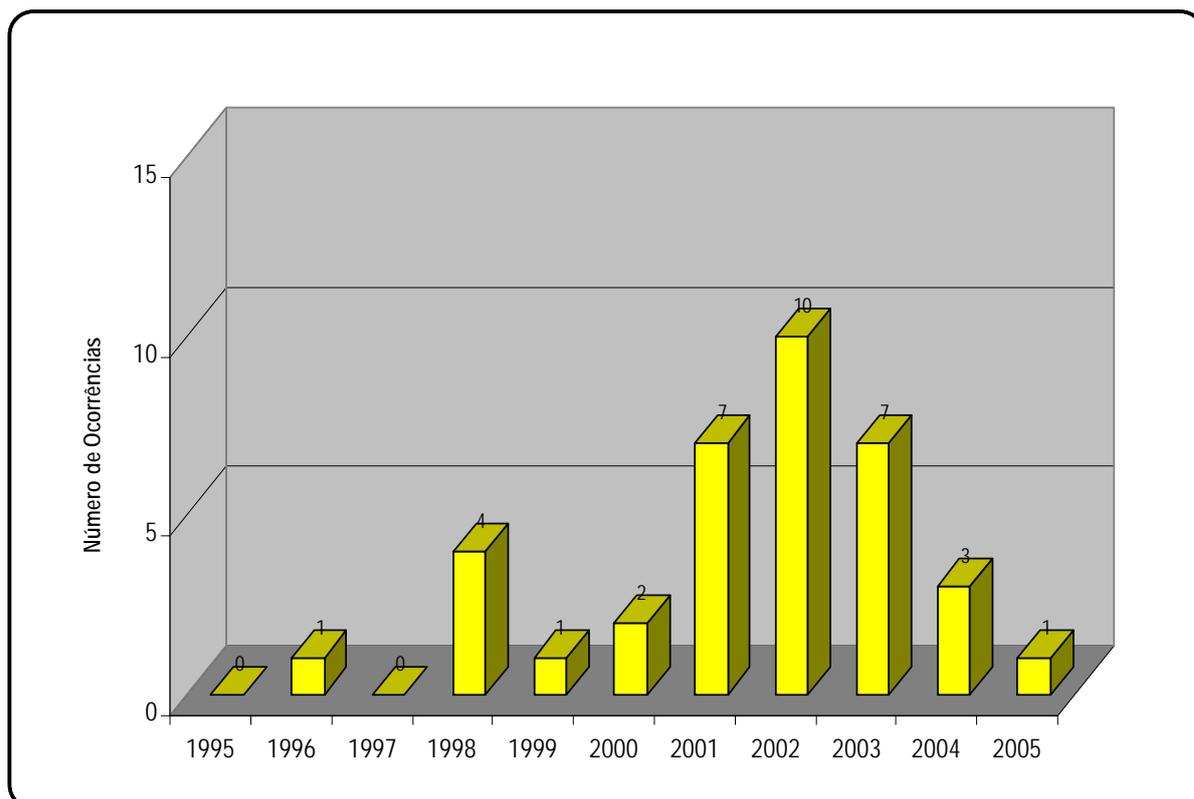
A partir da Constituição de 1988, a progressividade fiscal foi proibida, porquanto, tratando-se o IPTU de imposto de natureza real, em que o fato gerador é a propriedade, o domínio útil ou a posse de imóvel localizado na zona urbana, em que não são considerados os fatores ou condições relacionados com o sujeito passivo, não podem as alíquotas ser aumentadas em razão da capacidade contributiva, pois esta tem a ver com a condição da pessoa tributada e não com o bem em si. A única progressividade permitida no imposto de natureza real é a extrafiscal, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana, nos termos do que estabelecem os

³⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70002723161. Relator: Arno Werlang. j. em 18 dez. 2002.

arts. 156, § 1º e 182, §§ 1º a 4º da Constituição Federal. Todavia, por força do § 4º do mesmo artigo, esta progressividade somente pode ser implantada '*nos termos da lei federal*'. Precedentes do STF e deste Egrégio Tribunal de Justiça.

APELO DO EMBARGANTE PROVIDO E PREJUDICADO O DO MUNICÍPIO.³⁵⁸

GRÁFICO 14 – CONCEPÇÃO ILUSTRATIVA NEGATIVA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

g) *Concepção Funcionalista* – A compreensão manifestada por esta concepção é a que melhor reflete as potencialidades do princípio da função social da propriedade, porquanto lhe agrega conteúdo positivo ao determinar a sua prevalência como instrumento norteador do conflito de interesses posto em causa. São exemplos desta concepção os seguintes acórdãos:

³⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC/RN n.º 70003393113. Relator: Arno Werlang. j. em 17 set. 2003.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO ATACADA: LIMINAR QUE CONCEDEU A REINTEGRAÇÃO DE POSSE DA EMPRESA ARRENDATÁRIA EM DETRIMENTO DOS 'SEM TERRA'.

Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão.

Competência da Justiça Estadual.

Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no Art. 526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais.

Garantia a bens fundamentais como mínimo social.

Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa.

Propriedade: garantia de agasalho, casa e refúgio do cidadão.

Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a União. Imóvel penhorado no INSS.

Considerações sobre os conflitos sociais e o Judiciário. Doutrina local e estrangeira.

Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, à unanimidade; promoveram o agravo por maioria.³⁵⁹

Não há como deixar de registrar a particularidade do entendimento manifestado pelo voto condutor proferido pelo Des. Guinther Spode que, diante do caso concreto – agravo de instrumento veiculado contra decisão que indeferiu liminar de reintegração de posse em área aparentemente produtiva – entendeu inexistente a sua produtividade, ante o reconhecimento de débitos fiscais junto a União em prestígio a preceitos fundamentais alargando, assim, o próprio conceito de função social da propriedade.

AÇÃO REIVINDICATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA.

Área de terra na posse de centenas de famílias, há mais de 22 anos. Formação de verdadeiro bairro, com inúmeros equipamentos urbanos. Função social da propriedade como elemento constitutivo do seu conceito jurídico. Interpretação conforme a Constituição. Inteligência atual do art. 524 do CC. Ponderação dos valores em conflito. Transformação da gleba rural, com perda das qualidades essenciais. Aplicação dos arts. 77, 78, e 589 do CC. Conseqüências fáticas do desalojamento de centenas, senão milhares, de pessoas, a que não pode ser insensível o juiz. Nulidade da sentença rejeitada por unanimidade.

APELAÇÃO DESPROVIDA POR MAIORIA.³⁶⁰

³⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI n.º 598360402. Redator para o acórdão, Des. Guinther Spode. j. em 06 out. 1998.

³⁶⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 597163518. Redator para o acórdão, Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. j. em 27 dez. 2000.

Merece transcrito, ainda que de passagem, o voto condutor pela precisa análise formulada:

[...]

Início situando o problema no plano fático. Consoante a petição inicial, datada de 15 de setembro de 1983, a área que se pretende reivindicar já estava invadida 'há pouco mais de cinco anos' (f. 16). Vale dizer, na melhor das hipóteses, começou em 1978 a ocupação, tendo comemorado até agora pelo menos 22 anos. De lá para cá, a invasão do imóvel, de início precária, consolidou-se de tal forma que na antiga gleba rural se formou um verdadeiro bairro, povoado de milhares de pessoas, com equipamentos urbanos, ruas, casas, homens, mulheres, crianças, idosos, animais domésticos, sonhos e esperanças.

[...]

Penso que semelhante realidade, radicalmente diferente da anterior, não pode deixar de ser considerada para o exato equacionamento da controvérsia, pois tem imediato reflexo no próprio objeto da presente ação reivindicatória.

Ela conduz, em primeiro lugar, à introdução no tablado das discussões do elemento pertinente à função social da propriedade.

[...]

Entre nós, não é possível deixar de lado, no exame do caso, o que dispõe o ordenamento constitucional brasileiro. Ao mesmo tempo em que a Constituição da República garante o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII) estabelece, de forma clara e taxativa, que atenderá ela a sua função social (inciso XXIII do mesmo artigo 5º). A par disso, trata da propriedade urbana nos artigos 21, inciso XX, e 182, pautando a política urbana, cujo objetivo deve ser ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Significa isso sublinhar o que já estava na natureza das coisas: a cidade tem funções sociais que se impõem desenvolvidas. Mais ainda: reafirma-se assim que qualquer propriedade assentada na cidade há de possuir, por conseqüência, uma função social que venha a se compatibilizar com as próprias funções interativas da cidade, tais como ambiente ecologicamente equilibrado, vias de acesso e trânsito razoáveis, edificações ventiladas e com distâncias mínimas, garantias de habitação, recreação e trabalho, entre outras, de modo a assegurar boa convivência entre os moradores (cf., a respeito, Kátia Magalhães Arruda, *A função social da propriedade e sua repercussão urbana*, in *Revista de Informação Legislativa*, 132(out/dez 1996):313-330, esp. p. 316).

Na espécie em julgamento, no acirrado e complexo conflito de valores entre os que desde muito abandonaram a propriedade, doando-a ao município em busca de vantagens pessoais (a doação,

lembro, estava condicionada à realização de obras públicas em propriedades vizinhas também do domínio da família Magnabosco), e as milhares de pessoas que habitam a gleba, que lutaram e continuam lutando por sua urbanização, transformando-a com seu trabalho, impondo a abertura de ruas, conquistando equipamentos urbanos (luz elétrica, telefones, templos religiosos, casas de comércio, fábricas), entendo que o Poder Judiciário deve se inclinar pelos últimos, de forma consentânea com os princípios fundamentais da Constituição da República.

Percebe-se a adequada compreensão do texto legal e, bem assim, a correta interpretação conferida ao princípio da função social enquanto elemento integrante do próprio conceito de propriedade.

Cumprir referir que, na hipótese em comento, acaso o julgamento tivesse ocorrido após a vigência do Código Civil de 2002, bem se poderia cogitar da aplicação do disposto no § 4.º do art. 1.228, o que se diz apenas para ratificar a importância da atividade jurisdicional e o importante papel que desempenha na teoria das fontes do direito.

DIREITO PÚBLICO INESPECÍFICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. PROTEÇÃO. MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA NO PRIMEIRO GRAU.

1. É possível, em exame provisório, ao fim de medida liminar, impor aos proprietários, com base no princípio da função social da propriedade (CF, art. 5.º, XXIII), a obrigação de, ao menos, conservar imóvel de valor histórico cultural, fazendo, desde logo, as obras de isolamento necessárias à proteção contra invasores e vândalos, bem assim as necessárias para evitar a ruína e para apagar os sinais de deterioração decorrentes do estado de abandono. Se a edificação, construída por volta de 1850, e documentada em litografia de 1865, constitui-se testemunho de cultura e de história da imigração alemã, integra, por declaração constitucional, o *patrimônio cultural brasileiro* (CF, art. 216, IV). Portanto, esta passa a ser a sua função social: servir de testemunho. Se, por um lado, ela não impõe ao dono o dever de substituir o Poder Público na proteção ao patrimônio histórico e cultural (CF, arts. 23, III e IV, 24, VII, 30, IX, e 216 e § 1.º; CE, arts. 221, V, e d, e 223 e parágrafo único), por outro também não lhe dá o direito de depredá-lo e tampouco de deixá-lo exposto a invasores e vândalos, bem assim à acelerada deterioração do tempo

decorrente do estado de abandono, como artifício para provocar ruína.

2. Agravo de instrumento desprovido, por maioria.³⁶¹

Vale anotar que, no caso em tela, o entendimento desposado pelo voto condutor apresenta como de vanguarda, porquanto ainda que a sua solução tenha se amparado no texto constitucional, em especial art. 5.º XXIII, CF – o que se explica pelo dado temporal, pois o julgamento é anterior à vigência do CC/2002 –, anteviu na solução aplicada ao caso concreto, a regra do § 1.º do art. 1.228, segunda parte, CC/2002, circunstância que, mais uma vez revela a importância do estudo da jurisprudência pela sua aderência a realidade social.

Ainda, como exemplo da concepção ora enfocada, vale destacar:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE.

As cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade devem ser afastadas sempre que representarem obstáculo à aplicação do princípio constitucional que consagra a função social da propriedade.

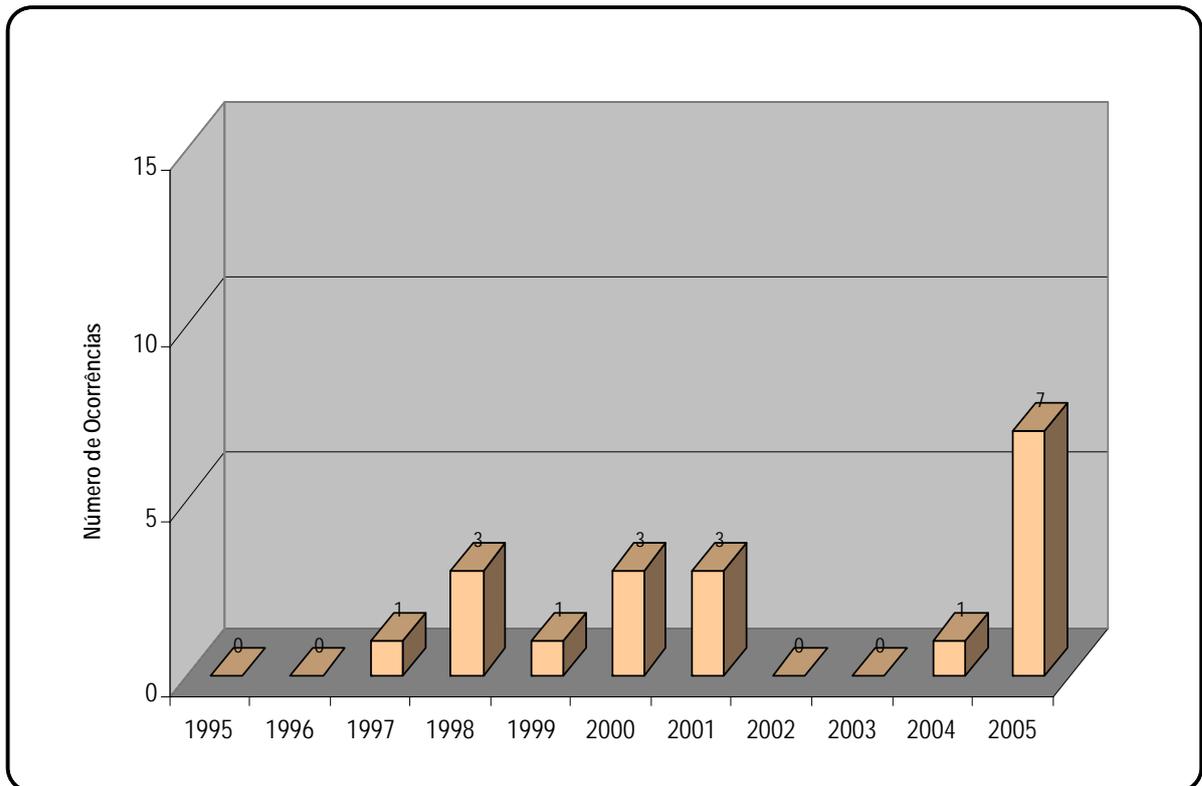
DERAM PROVIMENTO.³⁶²

A análise da concepção funcionalista, como visto, realça as inúmeras potencialidades insertas no princípio da função social da propriedade e evidencia as suas mais variadas aplicações, sem perder de vista os ditames da justiça social que lhe inspira.

³⁶¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AI n.º 70000431890. Relator: Irineu Mariani. j. em 21 jun. 2000.

³⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70011497997. Relator: Dr. Heleno Tregnago Saraiva. j. em 28 jun. 2005.

GRÁFICO 15 – CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

h) *Concepção Funcionalista Implícita* – Esta concepção que se ajustaria a precedente, não fosse o fato de aplicar o princípio da função social da propriedade de modo implícito, também apresenta fecunda contribuição que, todavia, não chega a ser plena em razão da implicitude nela presente, a qual, lamentavelmente, acaba por comprometer a correta sistematização das decisões judiciais e a própria consolidação do princípio.

Ilustra essa concepção, face ao aspecto paradigmático que apresenta, o seguinte julgado:

DIREITO DE PROPRIEDADE. EXERCÍCIO ABUSIVO. ATO DE EMULAÇÃO. NUNCIATÓRIA DE OBRA NOVA QUE SE ACOLHE. Embora a amplitude que se reconheça ao domínio, não se pode tolerar que o proprietário, mediante construção, por espírito emulativo, venha a prejudicar imóvel alheio, reduzindo-lhe

expressivamente o valor, a par de prejuízos outros ao arejamento, iluminação e utilidade.³⁶³

Vale transcrever, ainda que de passagem, o quanto consta do corpo do voto, pela afinidade que traduz com o tema central deste trabalho e pela rica abordagem que lhe empresta:

O presente processo oferece magnífica oportunidade para reflexão sobre o domínio e seu exercício.
[...]

Permito-me ir registrando os fatos.

O apelante, por primeiro, alugou imóvel da ré que, depois, adquiriu. Procedeu reforma no mesmo, aproveitando-se de pavimento que edificou na área superior para exploração comercial como local de eventos, festas e usos similares.

Quando implantava tal reforma, valho-me da narrativa constante da inicial da antecedente ação de nunciação de obra nova que houve entre as partes, em que igualmente autor Walter Raul Gerhardt, eis que a ré passou a edificar muro que, como ao final se reconheceu, (1) aproveitava área comum e (2) ia além do permitido em termos de regulamento administrativo.

Em síntese, a legislação municipal permitia muros de até 1,80m (Lei Municipal n.º 473, artigos 224 e 544).

Ao argumento de ser vetusta a norma (do ano de 1959), pretendeu a ré relegá-la.

A par de que, o muro que então intentou construir, situava-se sobre área comum.

Tudo está posto no acórdão de que fui Relator, onde se julgou não só a ação nunciatória de Walter, como também aquela conexa, em que autora Therezinha Reis Prefácio (AC n.º 70001773522, fls. 190 a 197 do segundo apenso).

Esclareço que Therezinha, na ação que então moveu, argumentava com desrespeito à distância mínima de 1,50m da divisa com a sua propriedade, o que a prova pericial repeliu.

Dito acórdão é de 29.11.2000.

³⁶³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. AC n.º 70010817872. Relator: Arminio José Abreu Lima da Rosa. j. em 02 mar. 2005.

Pois já em abril de 2001, Therezinha Prefácio obtinha aprovação de projeto para construção a ser erguida exatamente onde se situava o anterior muro, só que desta feita não se aproveitando da divisa comum. É dizer, a novel construção se situaria por inteiro sobre sua propriedade.

Construção caracterizada por curiosas dimensões, bem representadas na planta de fl. 68: 6m75cm por 4m45cm, altura de cerca de 9m (térreo e primeiro andar com 2m60cm; segundo andar, com 2m70cm, a que se segue o telhado de uma água), com área total de 112,91m².

Esta construção, alinhada exatamente onde antes a apelada tentou erguer o muro, implica afetar sobremaneira o imóvel lindeiro, de propriedade do apelante.

Notadamente, por lhe retirar a vista da Lagoa Armênia, de expressiva beleza, como se pode ver a fls. 113 a 114.

Não se trata apenas de perda de visão, a distinguir o caso concreto de situações em que proprietário lindeiro pretende ter verdadeira servidão de vista quanto ao imóvel vizinho.

Mas, de efetiva redução do valor patrimonial do imóvel, o que a perícia estima ao menos em 30% (fl. 172).

Mais, a obra, como posta, implica redução do arejamento e iluminação do imóvel pertencente ao apelante. Novamente recorro ao laudo: resposta ao quesito 5, fl. 172.

Enquanto isso, a ré e apelada dispõe da outra lateral de seu terreno, onde pode erguer construção absolutamente igual.

Só que, nesta outra testada, onde não há construções, prejuízo algum acarretaria quanto ao vizinho (laudo, resposta ao quesito 18, fl. 173).

Mais, nesta nova situação a construção da ré disporia de vista frontal para a lagoa, *ganhando valor* (laudo, resposta ao quesito 17, fl. 173).

É interessante observar que a ré, em seu depoimento pessoal, nega a possibilidade de a construção ser erguida em outro lado do seu terreno (fl. 233), o que a prova pericial desmente.

Mais, permite ver que a ré, na quizília em que insiste manter com o vizinho, prefere perder financeiramente. É dizer, paga para prejudicar!

[...]

Ao que bem se pode deduzir dos autos, a nova construção da ré não passa de típico ato emulativo, destinada, assim como o muro que antes tentou erguer, a prejudicar sem razão plausível vizinho com quem se desentendeu (aliás, como também ocorreu quanto a outros vizinhos, o casal Casanova, fls. 237 a 240).

A verdadeira 'torre' que a apelada está tentando erguer tem um único objetivo: eliminar a visão do imóvel do autor, restringindo-lhe habitabilidade e diminuindo valor.

Por certo, a ré está erguendo a construção sobre seu terreno e, modo formal, em respeito a regramento administrativo.

Mas, é possível tal exercício do direito de propriedade? Ou também ele se submete à vedação ao exercício abusivo, como estava em o art. 160, I, CC/1916, e persiste no art. 188, I, CC/2002?

Preceito este que não deixa de se espelhar em o art. 1.228, § 2.º, CC/2002:

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

Dispositivo este que, inobstante novo na nossa legislação, tem por si anciânica tradição, inclusive naquilo em que se coloca em tons subjetivos (MARCO AURÉLIO S. VIANA, *Comentários ao Código Civil*, v. XVI, p. 44).

O conceito de propriedade, aponta MOREIRA ALVES, não foi forjado no direito romano, senão no medieval, explicando-se assim certas distorções que recebeu em face da compreensão do instituto como encarado em Roma. Assim, diz, o sentido de 'abuti' não parece ser o mesmo de 'abusa', senão simplesmente o de 'dispor'.

Mas, ainda no direito romano se impuseram limitações ao proprietário, asseverando GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA e SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO:

Como formidável prenúncio à noção de funcionalidade social da propriedade, registrou-se, nesse tempo, penalidade para o proprietário que não cultivasse seu terreno, prescrevendo que ele perderia o seu direito de propriedade em favor de quem o cultivasse por mais de dois anos. Nessa esteira de preceitos legais renunciadores de limitações que podem ter sido o embrião de prescrições restritivas atuais, é curioso anotar, também, o que proibia o proprietário de levantar construções de modo a impedir que o vento atingisse o terreno do vizinho, proibição esta que destacou, à evidência, a rejeição romana, nesse período, ao uso anti-social da propriedade' (Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos, In *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 14, p. 83).

Na Idade Média, volto a MOREIRA ALVES, surgiu a proibição dos atos emulativos - *ad emulationem* que visassem apenas a prejudicar vizinhos (*Direito Romano*, p. 298).

Isso, em Roma e na Idade Média.

Que se dirá no direito moderno, quanto ao qual insuspeito jurista discorre não se comprazer com que o *dominus* tenha o poder de utilização e gozo da coisa que chegue ao ponto de sacrificar o direito alheio ou, até, o bem-estar de toda uma comunidade (CAIO MÁRIO

DA SILVA PEREIRA, *Direito Civil*: alguns aspectos da sua evolução, p. 72).

Daí a célebre disposição da Constituição de Weimar em seu art. 153 ('*A propriedade obriga*'), de certa forma adotada pela Carta Brasileira de 1988, à medida que, primeiro, assegurou o direito de propriedade (art. 5.º, XXII), condicionando à função social: '*a propriedade atenderá a sua função social*' (art. 5.º, XXIII).

Trato constitucional este que desviou a função social de mera enunciação preceitual quanto à ordem econômica e social, como na Constituição de 1967, passando para direito e garantia individual, como observa GUSTAVO TEPEDINO (Contornos constitucionais da propriedade privada. In *Temas de direito civil*, p. 292).

Lembra ORLANDO GOMES o célebre *Caso Bayard*, do início do Século XX, em que se vedou construção elevada realizada no intuito de prejudicar o uso do imóvel lindeiro para campo de pouso (*Introdução à ciência do direito*, n.º 81).

Por isso, aduz HELY LOPES MEIRELLES, a propriedade é relativa e não mais absoluta. Ou melhor, o direito de propriedade há de ser exercido com normalidade (*Direito de construir*, p. 16).

É hora de concluir.

A prova oral coletada, tirante os altamente suspeitos depoimentos dos que a ré contratou para a obra, não aponta maiores transtornos causados pela construção do autor e seu uso (Roland Martins de Martins, fl. 242; Armin Ernesto Aurich, vizinho de ambos, fl. 278).

A perícia, por fim, evidencia não obter a ré com a sua construção isolamento completo. Apenas retiraria parte da visão do autor (fl. 175, resposta ao quesito 12).

Está-se, pois, diante de típico ato emulativo, seqüenciando pouco racional conduta, em que se prefere o prejuízo recíproco, satisfazendo mal digeridas animosidades.

Nem o direito de propriedade se presta ao abuso.

Razão pela qual estou provendo o apelo, julgando procedente o pedido, embargando, em definitivo, a construção.

O julgado apresenta uma análise minuciosa dos aspectos fáticos, bem como do contexto probatório, não esquecendo de referências à doutrina e legislação pertinente, inclusive situando a problemática no âmbito do princípio da função social acenando, por assim dizer com a necessidade de que o direito de propriedade seja exercido em consonância com a função social que lhe é acometida.

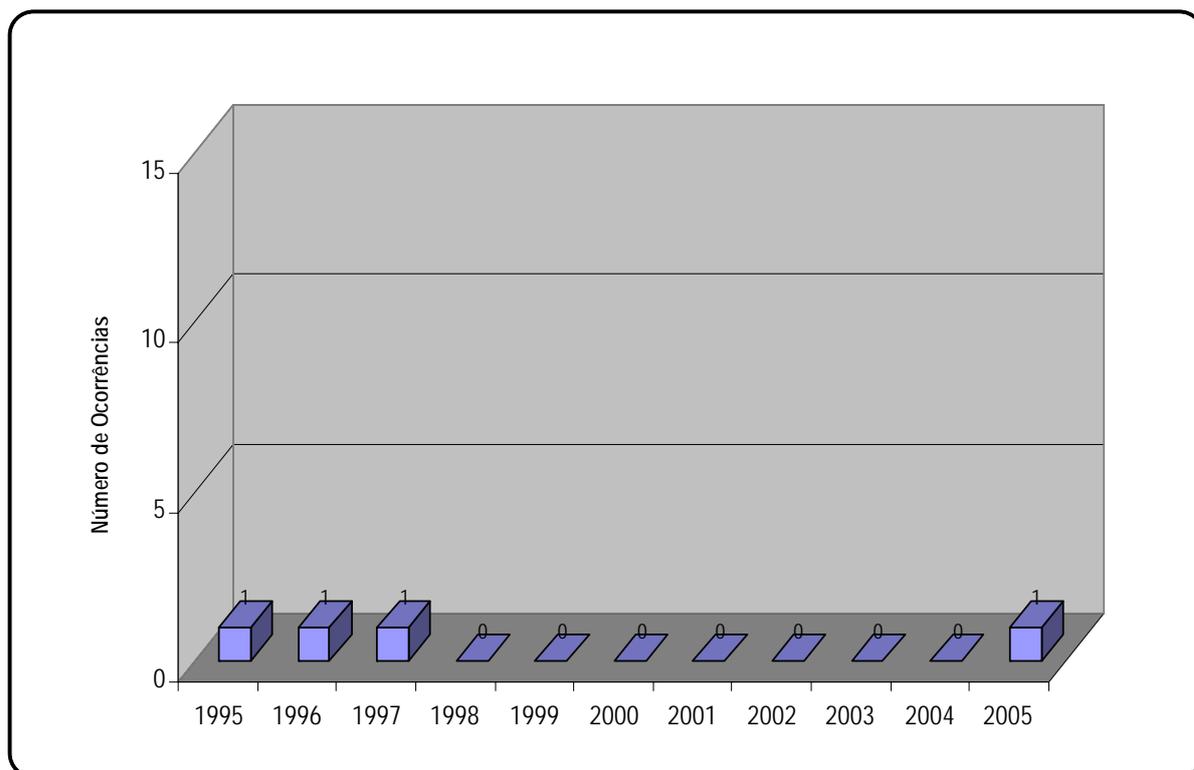
Apesar disso, ao concluir, prefere fundar a sua conclusão na compreensão de que a construção que a apelada pretendia erguer corresponde a ato emulativo, vedado pelo direito. Esse fato, contudo, não desmerece a sua importância, porque esse dispositivo guarda relação com o princípio da função social.³⁶⁴⁻³⁶⁵

Outrossim, merece referência a circunstância de que este foi o único precedente dentre as decisões examinadas que aludiu ao disposto no art. 1.228, CC/2002. É certo que enquadrou a conduta em o § 2.º do citado dispositivo, mas pelas razões já expostas bem poderia ter solvido a questão com amparo no § 1.º, primeira parte, do citado artigo.

³⁶⁴ Neste sentido, o Enunciado n.º 49, aprovado na *Jornada de Direito Civil*, STJ, no período de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal sob a coordenação do científica do Min. Ruy Rosado, estabelece: “A regra do art. 1.228, § 2.º, do novo Código Civil, interpreta-se restritivamente, em harmonia com o princípio da função social da propriedade e com o disposto no art. 187 da mesma lei.” Disponível em: http://www.tj.rj.gov.br/cedes/enunciados_jornada_direito_civil.htm. Acesso em 09 jan. 2006.

³⁶⁵ O que foi objeto de análise nesta parte do trabalho, v. *supra* letra A, item 2.

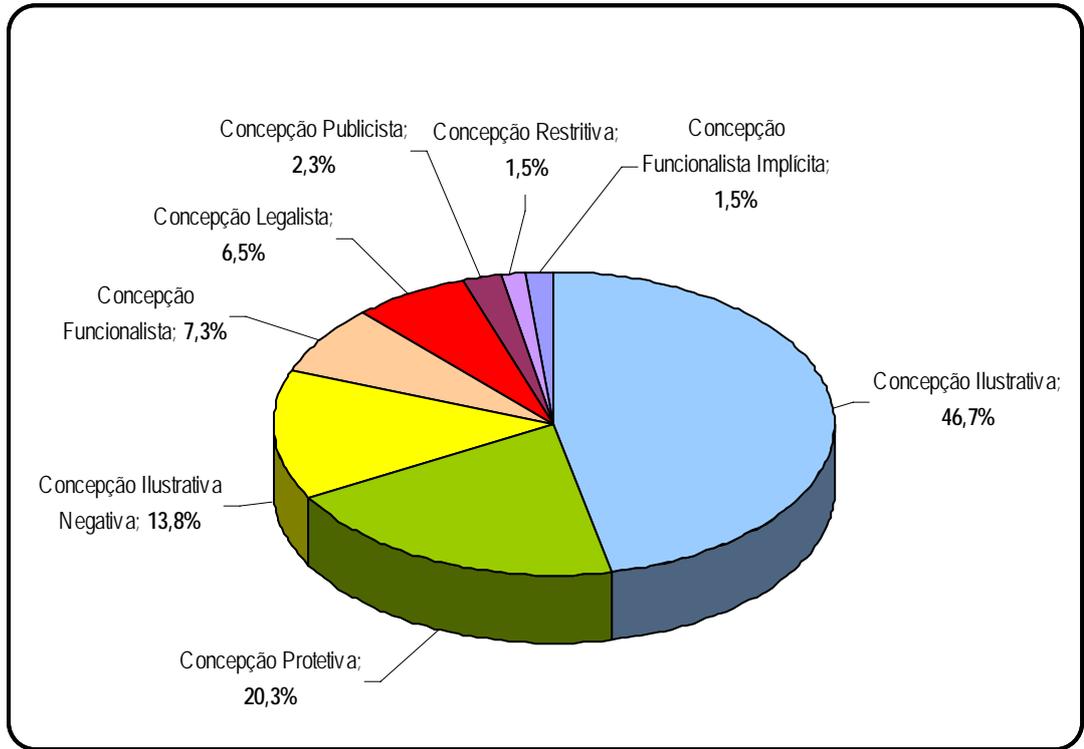
GRÁFICO 16 – CONCEPÇÃO FUNCIONALISTA IMPLÍCITA POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

Examinadas as diferentes concepções identificadas e, bem assim, analisada a sua aplicação em sede jurisprudencial, cumpre demonstrar como se visualiza esse conjunto de informações traduzidos em linguagem estatística.

GRÁFICO 17 – PERCENTUAL DE OCORRÊNCIAS POR CONCEPÇÃO



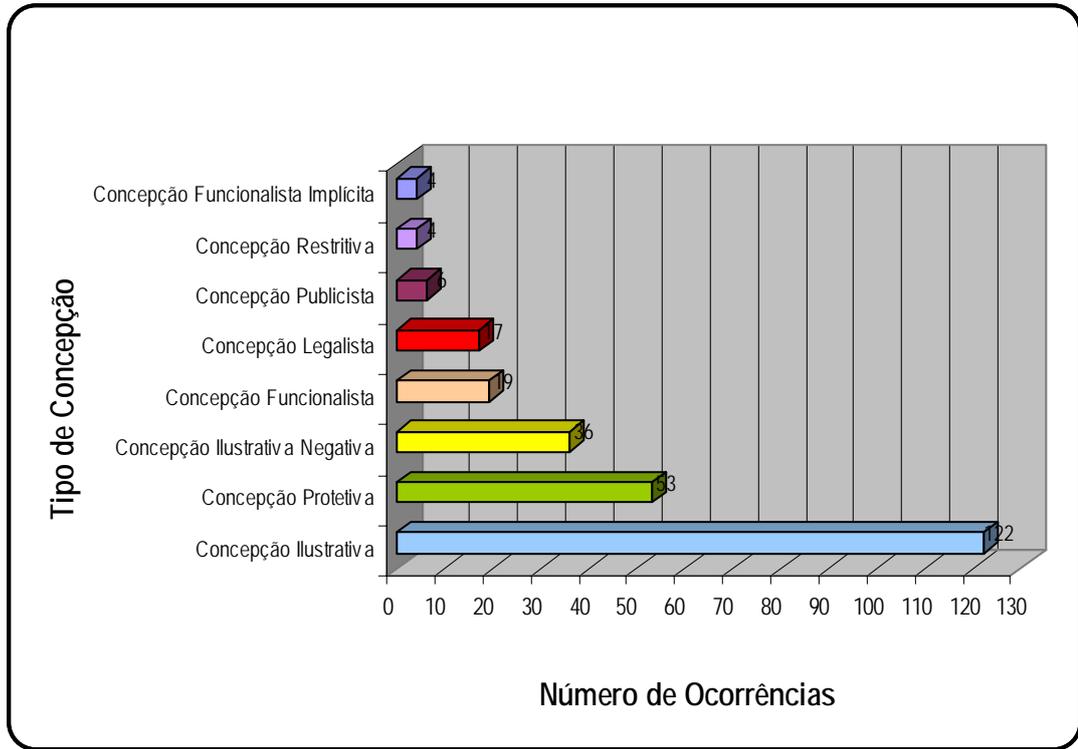
Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 9 - OCORRÊNCIAS

	N°	%
Concepção Ilustrativa	122	46,7%
Concepção Protetiva	53	20,3%
Concepção Ilustrativa Negativa	36	13,8%
Concepção Funcionalista	19	7,3%
Concepção Legalista	17	6,5%
Concepção Publicista	6	2,3%
Concepção Restritiva	4	1,5%
Concepção Funcionalista Implícita	4	1,5%
Total	261	

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

GRÁFICO 18 – OCORRÊNCIAS POR CONCEPÇÃO



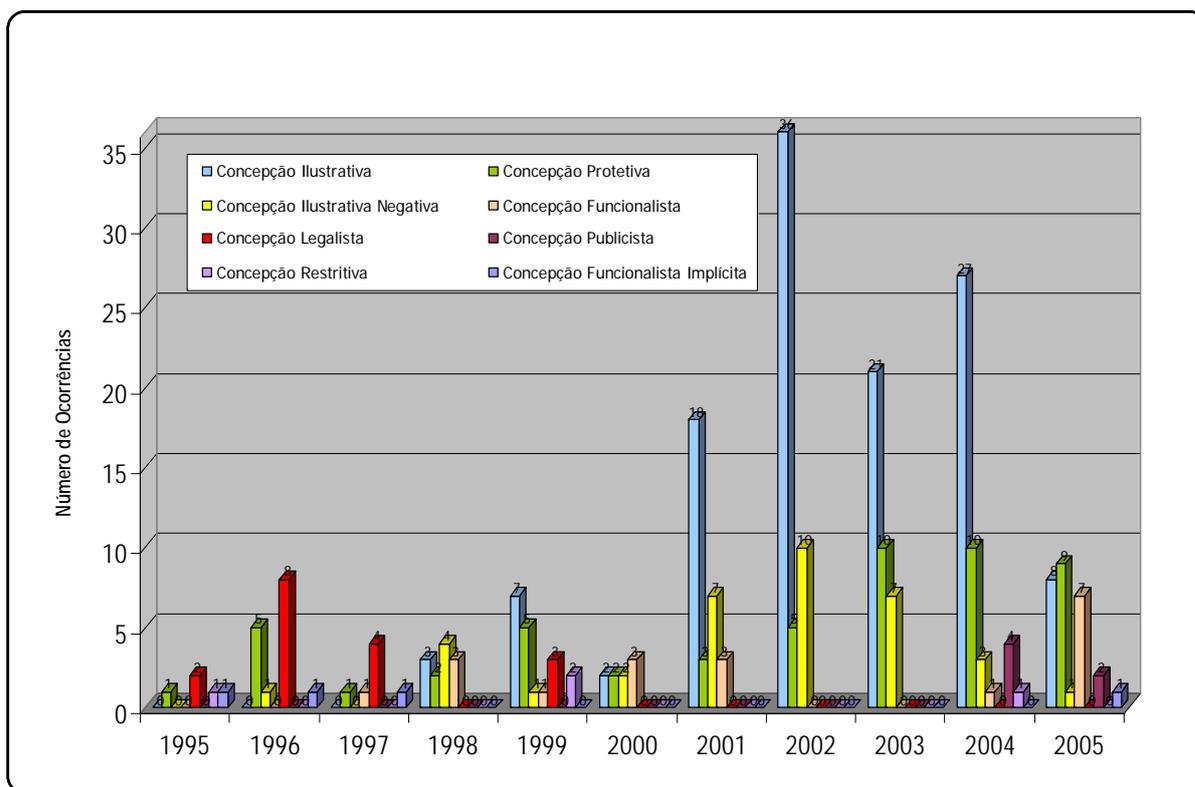
Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 10 - OCORRÊNCIAS

	N°	%
Concepção Ilustrativa	122	46,7%
Concepção Protetiva	53	20,3%
Concepção Ilustrativa Negativa	36	13,8%
Concepção Funcionalista	19	7,3%
Concepção Legalista	17	6,5%
Concepção Publicista	6	2,3%
Concepção Restritiva	4	1,5%
Concepção Funcionalista Implícita	4	1,5%
Total	261	

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

GRÁFICO 19 – OCORRÊNCIAS POR ANO



Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

QUADRO 11 - OCORRÊNCIAS

	Soma	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Concepção Ilustrativa	122	0	0	0	3	7	2	18	36	21	27	8
Concepção Protetiva	53	1	5	1	2	5	2	3	5	10	10	9
Concepção Ilustrativa Negativa	36	0	1	0	4	1	2	7	10	7	3	1
Concepção Funcionalista	19	0	0	1	3	1	3	3	0	0	1	7
Concepção Legalista	17	2	8	4	0	3	0	0	0	0	0	0
Concepção Publicista	6	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	2
Concepção Restritiva	4	1	0	0	0	2	0	0	0	0	1	0
Concepção Funcionalista Implícita	4	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	1
Total	261	5	15	7	12	19	9	31	51	38	46	28

Fonte: jurisprudência do TARS e TJRS

O exame dessas concepções evidencia a valiosa contribuição da jurisprudência gaúcha na concretização do princípio da função social da propriedade e apresenta-se como elemento hábil para orientar a sua aplicação às situações futuras servindo, ainda, como forma de reflexão aos estudiosos do direito sobre às potencialidades desse importante princípio jurídico.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Ciertamente, están en el centro del Derecho Constitucional y del Derecho Privado los mismos hombres, en ambos casos se trata de lograr un orden justo para la convivencia humana.

(Konrad HESSE. Derecho constitucional y derecho privado, p. 82)

Com o objetivo de ter propiciado uma reflexão orientada para a concretização da função social da propriedade, passo a expor uma síntese das conclusões alcançadas:

A noção função social está intimamente relacionada à idéia de socialidade. O acolhimento dos valores sociais pelo ordenamento jurídico, como forma de superação do paradigma individual consolidado nas codificações dos oitocentos, possibilita uma releitura dos institutos de direito privado.

Essas transformações repercutem na esfera legislativa, desenhando novos modelos jurídicos. As primeiras restrições impostas à propriedade, consubstanciavam limites externos a atuação do proprietário e visavam, em última análise, impedir o uso abusivo do direito.

O preceito inserto no art. 153 da Constituição de Weimar constitui o marco histórico que assinala a superação do paradigma individualista até então vigente, o que foi absorvido pelos demais ordenamentos jurídicos.

Com o acatamento da noção função social, limite intrínseco ao direito de propriedade, transforma-se o conteúdo deste direito subjetivo, visto que passa a ser exercido não apenas em benefício de seu titular, mas também em prol do interesse coletivo.

A Constituição Federal de 1988 configura importante instrumento na efetivação da função social da propriedade ao inseri-la entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5.º, XXIII, CF) e ao inscrevê-la como princípio da ordem econômica e financeira (art. 170, III, CF).

A chamada constitucionalização do Direito Civil é uma consequência das profundas transformações sofridas por este ramo do direito privado que conduziram a uma releitura das normas infraconstitucionais em consonância com o mandamento constitucional.

Adquire relevância a disciplina das propriedades imobiliárias urbana e rural, em face da importância de sua utilização, ora relacionada à moradia, ora destinada a atividade econômico-produtiva, razão pela qual a própria Constituição Federal aponta instrumentos para a concretização da função social nessas modalidades proprietárias, ao estabelecer diretrizes para realização das políticas urbana e agrícola.

A norma do § 1.º do art. 1.228, CC/2002, oferece-se como elemento apto à concretização da função social da propriedade e, por conseguinte, exige uma leitura mais atenta dos operadores do direito, por forma a possibilitar que dela se extraiam as suas reais potencialidades.

Destaca-se o papel do julgador, enquanto intérprete e aplicador do direito, visto que por intermédio de suas decisões é que se opera a concreção da norma jurídica, o que contribui para construção do exato sentido do princípio da função social da propriedade, bem como para fixação das hipóteses de sua incidência.

O exame da jurisprudência permite constatar que, embora seja freqüente a aplicação da função social da propriedade na solução dos conflitos de interesses, as decisões, em sua maioria, ainda se fundam na feição constitucional do princípio (art. 5.º, XXIII, CF) apresentando-se tímida a aplicação da regra do art. 1.228, § 1.º, CC/2002, o que realça a importância da reflexão em torno desse importante instrumento jurídico.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contatos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, pp. 18-31, maio 2000.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse: e sua conseqüência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2002.

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de. Constituição e codificação: a dinâmica atual do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 72-86.

ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. México: Distribuciones Fontanamara, 1993.

_____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradución Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

ALMEIDA, Élcio Cruz de; SARDAGNA, Crysthian Drummond. O parcelamento do imóvel rural via fração mínima de parcelamento frente à função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146, pp. 209-16, abr./jun. 2000.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunaes, 1916.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa humana. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 213-229.

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1986.

AMARAL JÚNIOR, José Levi. Constituição e codificação primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 54-71.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. François Geny: uma análise crítica de sua filosofia do direito. *Revista da Esmape*, Recife, v. 2, n. 5, pp. 127-176, jul./set. 1997.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. A função social da propriedade rural. *Revista do Direito*. n. 12, pp. 77-90, jul./dez. 1999.

ARONNE, Ricardo. Direitos reais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *Código civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

_____. Titularidades e apropriação no novo Código Civil brasileiro: breve ensaio sobre a posse e sua natureza. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 215-250.

ARRUDA, Kátia Magalhães. A função social da propriedade e sua repercussão na propriedade urbana. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 132, pp. 313-9, out./dez. 1996.

ASTUTI, Guido. Contratto: diritto intermedio. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Varese: Giuffrè, 1961. v. 9, pp. 759-781.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação, função social do contrato, boa-fé objetiva, teoria da imprevisão, e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *Revista Jurídica*, v. 51, n. 308, pp. 7-25, jun. 2003.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 9, pp. 3-24, jan./mar. 2000.

_____. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação de mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento, função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 750, pp. 113-120, abr. 1998.

BARNI, Gianluigi. Proprietà: diritto intermedio. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione, 1967. v. 14, pp. 120-124.

BARROS, Wellington Pacheco. A propriedade agrária e seu novo conceito jurídico-constitucional. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, n. 26, pp. 137-143, jul. 1989.

BECKER, Laércio A. A repercussão da função social da propriedade no processo civil. *Gênesis – Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 4, pp. 55-70, jan./abr. 1997.

BENDA, Ernest. Função da garantia da propriedade na constituição moderna. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, pp. 237-249, 1992.

BENJAMIN, Antonio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição de 1988 e a função social da propriedade, *Revista de Direito Privado*, v. 7, pp. 67-84, jul.-set., 2001.

BERNARDI, Ligia Maria. Propriedade: poderes inerentes ao domínio, conteúdo e extensão do direito de propriedade, a função social da propriedade. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, n. 1, pp. 15-20, 1988.

BERTAN, José Neure. *Propriedade privada e função social*. Curitiba: Juruá, 2004.

BERTOLO, Rozangela Motiska. A função social da propriedade. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n. 28, pp. 218-28, 1992.

_____. A teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, pp. 28-38, jul. 1994.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BITTENCOURT, Paulo J. Propriedade da terra e sua função social: a empresa agrária na legislação brasileira. *Revista Jurídica*, v. 18, n. 120, pp. 65-80, jan./mar. 1973.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compilação Nelson Morra. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. Principi generali di diritto. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione Tipografico - Editrice Torinese, 1966, pp. 887-96.

BRASIELLO, Ugo. Proprietà: diritto romano. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione, 1967. v. 14, pp. 111-120.

BULOS, Uadi Lamêgo. Função social da propriedade. *Revista Ciência Jurídica*, v. 9, n. 63, pp. 333-345, maio/jun. 1995.

CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbèra. 1950. v. 1.

CAMBI, Eduardo. Algumas inovações e críticas ao livro dos “Direitos das Coisas” no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 823, pp. 11-66, maio, 2004.

CARLI, Guido. Il Codice e il processo di sviluppo economico. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 26, pp. 5-12, 1980.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função social e ambiental da propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

CHAVES, Antônio. Posse origem e evolução histórica: teorias principais, conceito, natureza jurídica, posse e detenção. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 23, n. 172, pp. 43-56, set./out., 1999.

CHEMERIS, Ivan. *A função social da propriedade: o papel do judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

CIMBALI, Enrico. *A nova phase do direito civil: suas relações economicas e sociaes*. Tradução Adherbal de Carvalho. Rio de Janeiro: Livraria Classica Francisco Alves, 1900.

_____. *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*. 4. ed. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1907.

CLAVERO, Bartolomé. Codificación y constitución: paradigmas de un binomio. *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano, v. 18, pp. 79-145, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 732, pp. 38-46, out. 1996.

CONSTITUIÇÃO do Brasil e Constituições Estrangeiras. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas Senado Federal, 1987. v. 2.

COSTA, Dilvanir José da. Posse no direito civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 757, pp. 703-714, nov. 1998.

COSTA, Geraldo Gonçalves da. Contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 316, pp. 50-55, fev. 2004.

COSTA, José Marcelo Ferreira. Solo criado: aspectos jurídicos do direito de propriedade e do direito a edificar. *Revista dos Tribunais*, v. 785, pp. 73-86, mar. 2001.

COSTA, Moacyr Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit: exposição e crítica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 791, pp. 759-770, 2001.

COTTA, Sergio. La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 26, pp. 121-136, 1980.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. Desapropriação judicial no Código Civil. *Revista dos Tribunais*, v. 833, pp. 97-103, mar. 2005.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. Fontes e ideologia do princípio da supremacia da Constituição. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 38, pp. 57-66, mar./abr. 1959.

_____. O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 40, pp. 138-139, jul. 1987.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 230-264.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. Lisboa: Meridiano, 1972.

DE CUPIS, Adriano. La crise dei 'valori' del Diritto Civile. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 32, pp. 191-204, 1986.

_____. A proposito di codice e di decodificazione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 25, pp. 47-53, 1979.

DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DONINI, Rogério Ferraz. A Constituição Federal e a concepção social do contrato. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo e NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.) *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 69-79.

DUGUIT, León. *El pragmatismo jurídico*. Madrid: Francisco Beltrán, 1924.

_____. *Las transformaciones del derecho (publico y privado)*. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

_____. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. 2. ed. atual. e aum. Tradución Carlos G. Posada, Madrid: Francisco Beltran, 1920.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? Tradução Wladimir Barreto Lisboa. *Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos*, São Leopoldo, v. 34, n. 92, pp. 119-158, 2001; DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Tradución Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Tradução J. Baptista Machado. Lisboa: Calouste, 1977.

ESPINOLA, Eduardo. *Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais*. Rio de Janeiro: Conquista, 1956.

_____. *Systema do direito civil brasileiro*, 2. ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 2, t. 2.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917. v. 1.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. v. 2, t. 1.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradución Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

_____. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Tradução Salvatore Patti e Giuseppe Zaccaria. Camerino: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 11-60.

FACHIN, Luiz Edson. Da propriedade como conceito jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 621, pp. 16-39, jul. 1987.

_____. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. O regime jurídico da propriedade no Brasil contemporâneo e o desenvolvimento econômico-social. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 21, pp. 189-198, 1993.

_____. Terra, direito e justiça: do código patrimonial à cidadania contemporânea. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*, Curitiba, n. 24, pp. 201-208, 1994.

_____. Novas limitações ao direito de propriedade: do espaço privado à função social. *Revista do Direito*, n. 11, pp. 33-46, jan./jun. 1999.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 87-104.

FARAH, Eduardo Teixeira. A disciplina da empresa e o princípio da solidariedade social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 662-714.

FASSÒ, Guido. Individualismo. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968. v. 8, pp. 607-609.

FERRARI, Vincenzo. *Funciones del derecho*. Tradución Maria Jose Amon Roig; Javier de Lucas Martin. Madri: Editorial Debate, 1989.

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart. Contrato: da função social. *Revista Jurídica*, v. 247, pp. 9-15, maio 1998.

FINZI, Enrico. Riflessi privatistici della Costituzione. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro. *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*. Firenze: G. Barbèra. 1950. v. 1., pp. 33-46.

FRADERA, Vera M. Jacob de. (Org.) *O direito privado na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A instituição da propriedade e sua função social. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 23, n. 172, pp. 9-28, set./out. 1999.

_____. Perfil constitucional da função social da propriedade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, pp. 9-21, jan./mar. 1999.

GALVÃO, Paulo Francisco Monteiro. Desenvolvimento sustentável e função social da propriedade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba*, João Pessoa, v. 1, pp. 251-268, mar. 1998.

GAMA, Lídia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Princípio da função social e ambiental da propriedade. *Revista Consulex*. n. 195, pp.58-63, fev. 2005.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto von. O chamado direito civil constitucional. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 174-210.

GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Editorial Réus, 1925.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 51, pp. 249-257, jul./set., 2004.

GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradución José M. Navarro de Palencia. Madri: Sociedad Editorial Española, 1904.

GIORDANI, José Acir Lessa. Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional. *Revista dos Tribunais*, v. 669, pp. 47-56, 1991.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. Tradução Maria Cristina de Cicco. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, pp. 35-55, 1998.

_____. La morte del Codice ottocentesco. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 26, pp. 52-55, 1980.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Luís Roberto. O princípio da função social da propriedade e a exigência constitucional de proteção ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 5, n. 17, pp. 160-178, jan./mar. 2000.

GOMES, Orlando. *A caminho dos micro-sistemas*. In: BARROS, Hamilton de Moraes e [et al.]. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. A Constituição e seus reflexos no Direito das Obrigações. *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro*, v. 1, pp. 25-36, 1982.

_____. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 9, pp. 6-33, 1977.

_____. Significado da evolução contemporânea do direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 757, pp. 717-727, nov. 1998.

GOMES, Rogério Zuel. *Teoria contratual contemporânea: função social do contrato e boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. Um novo paradigma dos contratos? *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 5, p. 73-82, jan./mar. 2001.

_____. A propriedade rural e a função social da propriedade. *Revista Trimestral de Direito Público*. v. 33, pp. 42-44, 2001.

GROSSI, Paolo. *Historia del derecho de propiedad: la irrupción del colectivismo em la conciencia europea*. Tradución Juana Bignozzi. Barcelona: Ariel, 1986.

_____. *La propiedad y las propiedades: um análisis histórico*. Tradución Angel M. Lopes y Lopes. Madrid: Civitas, 1992.

GROSSO, Giuseppe. Contratto: diritto romano. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Varese: Giuffrè, 1961. v. 9, pp. 750-759.

GUARNERI, Attilio. Valori costituzionale e sistemi giuridiche contemporanei. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 19, pp. 823-835, 1983.

GUERREIRO, Wagner. Desapropriação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 754, p. 755-771, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Tradução Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. In: ESTUDOS de direito brasileiro-alemão. Porto Alegre: UFRGS, 1985. pp. 189-209.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 111-125, 1999.

HENNIG, Mônia Clarissa. Propriedade: de direito absoluto à sua função social. *Revista do Direito*, n. 12, pp. 151-60, jul./dez. 1999.

HERNANDEZ, Javier Salas. La intervención del estado del derecho de propiedad. *Jurisprudência Brasileira*, v. 164, pp. 30-38, 1992.

HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Tradución Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madri: Civitas, 1995.

_____. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Contrato: estrutura milenar de fundação do direito privado. *Revista do Advogado*, v. 22, n. 68, pp. 79-86, dez. 2002.

_____. A função social do contrato. *Revista Jurídica*, v. 117, pp. 57-73, jan./fev. 1987.

IRTI, Natalino. L'età della decodificazione. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 10, pp. 15-33, out./dez.1979.

_____. Le incognite del diritto privato. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, n. 26, pp. 2-4, 1980.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução José de Souza e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

LEAL, Rogério Gesta. *A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LEONETTI, Carlos Araújo. A função social da propriedade na Constituição de 1988. *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 11, cad. 1, pp. 326-329, 1999.

_____. Função social da propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 770, pp. 729-740, dez. 1999.

_____. Função social da propriedade: mito ou realidade? *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 3, pp. 72-83, jan./fev. 2000.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação*, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 141, pp. 99-109, jan./mar. 1999.

_____. Contrato e mudança social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 722, pp. 40-45, dez. 1995.

_____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 42, pp. 187-195, 2002.

_____. A repersonalização das relações de família. In: BITTAR, Carlos Alberto. (Coord.) *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva. 1989. pp. 53-81.

LOMBARDO, Antonio. Pubblico e privato tra sistema politico e società civile. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, v. 26, pp. 21-26, 1980.

LOPEZ y LOPEZ, Angel M. Estado Social y Sujeto Privado: una reflexion finisecular. *Quaderni Fiorentini*. n. 25, pp. 409-66, 1996.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 87-117.

MAJO, Adolfo di. Il 'Socialismo giuridico'. *Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, v. 3-4, n. 1, pp. 383-429, 1974-1975.

MANGUEIRA, Carlos Octaviano de M. Função social da propriedade e proteção ao meio ambiente: notas sobre os espaços protegidos nos imóveis rurais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146, pp. 229-49, abr./jun. 2000.

MANSO, Eduardo Vieira. A função social da propriedade do solo rural. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 14, n. 52, pp. 109-112, abr./jun. 1990.

MARCIAL, Alberto Ballarin. El deber de cultivar y mejorar. In: ESTUDOS juridicos en homenaje al profesor Federico de Castro. Madrid: Tecnos, 1976 v. 1, pp. 79-136.

MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. Cem anos de Código Civil Alemão: O BGB de 1896 e o Código Civil de 1916. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, pp. 71-97, 1997.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Os contratos de crédito na legislação brasileira de proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, pp. 35-56, 1996.

MARQUES, Mauro Pinto. Função social da propriedade: uma questão um estudo. *Revista Jurídica*, v. 1, pp. 167-72, 1982.

MARQUESI, Roberto Wagner. *Direitos reais agrários e função social*. Curitiba: Juruá, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Notas sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Literária de Direito*, v. 10, n. 53, pp. 17-21, ago./set. 2004.

_____. O novo Código Civil Brasileiro: em busca da "ética da situação". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 20, pp. 211-60, 2001.

_____. *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*. (Digitado)

MATTOS, Liana Portilho. *A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

MATTOS NETO, Antonio José de. Função social da propriedade agrária: uma revisão crítica. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 20, n. 76, pp. 72-78, abr./jun. 1996.

_____. Função ética da propriedade imobiliária no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, n. 11, pp. 17-24, jul./set. 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 3, n. 16, pp. 142-159, mar./abr. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 84, pp. 39-45, out./dez. 1987.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito individual de propriedade e o princípio da função social. *Nomos – Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v. 15, n. 1-2, pp. 113-118, jan./dez. 1996.

MICHELON, Cláudio. Um ensaio sobre a autonomia da razão no direito privado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 21, pp. 101-112, mar. 2002.

MILUZZI, Reinaldo. A função social da propriedade rural. *Justiça e Democracia*, n. 2, pp. 304-311, 1996.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais: sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 1, pp. 198-208, out./dez. 1992.

MODUGNO, Franco. Funzione. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Varese: Giuffrè, 1969. v. 18, pp. 301-313.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 105-147.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 779, p. 47-63, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras jurídicas e conceitos indeterminados. In: *TEMAS de direito processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. pp. 61-72.

MOURA, Mário Aguiar. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 630, pp. 247-249, abr. 1988.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NUNES, Silvério Carvalho. A função social da propriedade. *Revista da Associação dos Magistrados Mineiros*, Belo Horizonte, v. 21, n. 12, pp. 255-264, jun. 1992.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A evolução do direito privado e os princípios contratuais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 328, pp. 25-29, 1994.

OSTI, Giuseppe. Contratto. In: *NOVISSIMO Digesto Italiano*. Torino: Unione, 1957. v. 4, pp. 462-535.

PEIXOTO, Ester Lopes. *A socialidade jurídica: um encontro com Enrico Cimbali e Vicente Ráo*. Monografia apresentada na disciplina Fundamentos do Direito Privado, do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, no 2.º Semestre de 2002. (Inédito)

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 9. ed. v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. Código Napoleão. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 51, pp. 7-15, jan./mar. 1994.

PEREIRA, Luís Portella. *A função social da propriedade urbana*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, pp. 104-128, jul./set. 1993.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. riv. ed int. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

_____. Introduzione alla problematica della "proprietá". Camerino: Jovene, [s. d.]

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

PRADO, Karine Monteiro. O direito de construir frente à função social da propriedade urbana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21, pp. 29-51, jan./mar. 2005.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

PREDIGER, Carin. A noção de sistema no direito privado e o Código Civil como eixo central. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 145-73.

RABAHIE, Marina Mariani de Macedo. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.) *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, pp. 213-258.

RAISER, Ludwig. O futuro do direito privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 25, pp. 11-30, 1979.

REALE, Miguel. A ética do juiz na cultura contemporânea. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 325, pp. 63-69, 1994.

_____. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O projeto do novo código civil*. 2. ed. reform. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *História do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Função social do contrato: integração das normas do capítulo XV com os princípios e as cláusulas gerais. In: FÓRUM DE DIREITO DO SEGURO JOSÉ SOLLERO FILHO, 3. São Paulo, 2003. *Anais...* São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito do Seguro. pp. 35-56.

RENNER, Karl. *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale: un contributo alla critica del diritto civile*. Tradução Cornelia Mittendorfer. Bologna: Il Mulino, 1981.

RESIGNO, Pietro. I manuali di diritto privato dopo la costituzione. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, v. 44, pp. 409-418, 1998.

RIOS, Arthur. A função social da propriedade imóvel e a usucapião de bens públicos. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 20, n. 146, pp. 83-88, mar. 1996.

RIOS, Roger Raupp. Função social da propriedade. *Revista Lex*, v. 6, n. 55, pp. 17-25, mar. 1994.

_____. A propriedade e sua função social na Constituição da República de 1988. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 22, n. 64, pp. 307-320, jul. 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. Novas reflexões sobre a função social da propriedade. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 18, pp. 711-722, out./dez. 2000.

RODOTÀ, Stefano. Proprietà: diritto vigente. In: NOVISSIMO digesto italiano. Torino: Unione, 1967. v. 14, pp. 125-146.

ROMANO, Santi. *Princípios de direito constitucional geral*. Tradução Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SÁ, Elida. A questão urbana e ambiental. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo. (Coord.) *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1995. v. 11, pp. 166-182.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. O Código de Napoleão e a institucionalização jurídica dos ideais revolucionários. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 51, pp. 73-88, 1990.

SANTOS, Antonio Jeová. *Função social do contrato*. 2. ed. São Paulo: Método, 2004.

SANTOS, Arthur Pio dos. A função social da terra agricultável. *Arquivo Forense*, v. 74, pp. 30-38, 1985-1988.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. O estado social de direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 73, pp. 210-236, jul. 1998.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo, v. 6, pp. 159-182, abr./jun. 2001.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 99-126.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. pp. 127-150.

SILVA, Rafael Egídio Leal e. Função social da propriedade rural: aspectos constitucionais e sociológicos. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. v. 37, pp. 254-273, out./dez. 2001.

SILVEIRA, Michele Costa da. As grandes metáforas da bipolaridade. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 21-53.

SOCIAL. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

SOCIAL. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

SOUZA, Junia Verna Ferreira de. Solo criado: um caminho para minorar os problemas urbanos. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (Coord.) *Temas de direito urbanístico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 2, pp. 146-171.

SOUZA, Luciane Moessa de A natureza jurídica da propriedade em face do princípio da função social da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, v. 33, pp. 199-208, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 3, p. 128, jul./set. 2000.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social como paradigma dos direitos reais de gozo ou fruição sobre coisa alheia. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade. (Org.) *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 277-327.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Aspectos da propriedade privada na ordem constitucional. In: TUBENCHLAK, James e BUSTAMANTE, Ricardo. (Coord.) *Livro de estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991. v. 3, pp. 312-224.

_____. A constitucionalização do direito civil: perspectivas interpretativas diante do novo Código. In: FIUZA, César e (Coord.) *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 115-130.

_____. A nova propriedade: o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 306, pp. 73-78, 1989.

_____. Normas constitucionais e relações de direito civil na experiência brasileira. *Revista Jurídica*, v. 48, n. 278, pp. 5-21, dez. 2000.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Paraná Judiciário*, Curitiba, v. 52, pp. 153-166, 1998.

_____. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista do Advogado*, v. 24, n. 76, pp. 33-39, jun. 2004.

_____. Função social da propriedade e legalidade constitucional: anotações à decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (A. I. 598.360.402 – São Luiz Gonzaga). *Direito, Estado e Sociedade*, v. 17, pp. 41-57, ago./dez. 2000.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 65, pp. 21-32, jul./set. 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. A função social da terra. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1.ª Região*, v. 8, n. 4, pp. 55-63, out./dez. 1996.

VARELA, João de Matos Antunes. O movimento de descodificação do direito civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e et al. *Estudos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 763-88.

_____. A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 789-842.

VARELA, Laura Beck; LUDWIG, Marcos de Campos. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 781-783.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.) *Código civil comentado*: São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. Dos direitos reais. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.) *Comentários ao novo Código Civil*: Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Função social da propriedade rural. *Jurisprudência Brasileira*, n. 162, pp. 46-51, 1991.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Calouste, 1980.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 2. ed. Tradución Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1997. pp. 109-130.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 843-861.