

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-graduação em Direito

Hugo Rios Bretas

**A RELEITURA DO DISCURSO DE TUTELA DA PROPRIEDADE PRIVADA NO  
ÂMBITO DA POLÍTICA URBANA A PARTIR DA FUNÇÃO SOCIAL DA  
PROPRIEDADE**

Belo Horizonte  
2022

Hugo Rios Bretas

**A RELEITURA DO DISCURSO DE TUTELA DA PROPRIEDADE PRIVADA NO  
ÂMBITO DA POLÍTICA URBANA A PARTIR DA FUNÇÃO SOCIAL DA  
PROPRIEDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Orientador: Professor Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Belo Horizonte  
2022

## FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

B844r Bretas, Hugo Rios  
A releitura do discurso de tutela da propriedade privada no âmbito da política urbana a partir da função social da propriedade / Hugo Rios Bretas. Belo Horizonte, 2022.  
226 f.

Orientador: Adriano Stanley Rocha Souza  
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Propriedade privada - Brasil. 2. Função social da propriedade - Brasil. 3. Dignidade (Direito). 4. Usucapião - Jurisprudência - Brasil. 5. Imposto predial e territorial urbano. 6. Dignidade (Direito). 7. Proporcionalidade (Direito). 8. Função social da propriedade - Brasil. I. Souza, Adriano Stanley Rocha. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.23

Ficha catalográfica elaborada por Elizângela Ribeiro de Azevedo - CRB 6/3393

Hugo Rios Bretas

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

---

Adriano Stanley Rocha Souza (Orientador) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

---

Taísa Maria Macena de Lima- Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

---

Rodrigo Almeida Magalhães - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

---

Gustavo Pereira Leite Ribeiro (Universidade Federal de Lavras)

---

Sabrina Tôres Lage Peixoto de Melo (Centro Universitário Newton Paiva)

---

Daniela Soares Hatem (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

(Suplente)

---

Cláudia Fialho (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais)

(Suplente)

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2022.

*Ao misericordioso Senhor  
Jesus, maravilhoso, tremendo,  
poderoso, fiel, cuidadoso,  
príncipe da paz e grandioso.  
Toda a Glória seja dada ao  
Senhor Jesus, o único que é  
digno de receber toda a honra  
e toda a glória.*

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço ao Senhor Jesus Cristo, que me permitiu escrever e defender esta tese e que é o único e suficiente salvador da minha vida.*

*À minha amada e bela esposa Kelly, virtuosa, auxiliadora, companheira, sábia, leal, transparente, cuidadosa e aos meus amados filhos Huguinho e Augusto, que compõem a basilar “família toda”, sem os quais esta tese seria inócua. Meus amados, vocês exalam esperança, pureza, unidade, inspiração e renovação.*

*Aos meus amados pais Hugo e Carmem, referências, nortes, exemplos e inspirações comportamentais, de caráter, de casal, de pais, bem como de retidão, eticidade, coerência, responsáveis por cuidarem de mim em todas as fases. Transmito também que a unidade de família, não dissolvida, foi fator decisivo para mim. Verdadeiramente faltam palavras para lhes agradecer.*

*À minha querida avó Darcy, que, desde a minha infância, amou-me e que enche o meu coração de gratidão. Sempre tão amável e zelosa. Trata-se de uma avó em seu sentido de maternidade essencial.*

*Às minhas queridas irmãs Camilinha e Carol, que sempre estiveram ao meu lado e que compartilharam todas as minhas angústias e alegrias, desde a infância.*

*À família Bretas, que tenta exercer e buscar a essência de família, união, caráter, zelo, educação, respeito e carinho. Certamente, a começar pela origem, atrelada aos avós Maria e José, a família Bretas é querida, honrada e exemplar.*

*À querida sogra Nely, que com o seu coração e seus gestos me ensina cotidianamente e que verdadeiramente transmite cuidado por mim.*

*Ao querido sogro Wagner e Alessandra, os quais devo honrar e que sou muito grato, em razão de todo o zelo transmitido. .*

*À Igreja Batista Getsêmani, ambiente no qual a verdade é proferida, onde o único caminho, que é Jesus, é ministrado. Reconheço a relevância da congregação e da primordialidade do alimento espiritual, por meio de Cristo, o único que era, que é e que há de vir. Agradeço em especial aos pastores Jorge Linhares, Daniel Fialho, Cristina Fialho e Cléber Agapito, que com pureza anunciam a verdade e as boas novas de Cristo, com ousadia e seriedade.*

*Ao meu orientador Adriano Stanley Rocha Souza, que construiu sólidos alicerces civilistas em minha vida acadêmica, durante a Graduação, Pós, Mestrado e Doutorado. Trata-se de uma referência na seara dos Direitos Reais.*

*Ao professor Antônio Cota Marçal, que, desde os tempos da graduação, sempre me inspirou academicamente, capaz de demonstrar que a superficialidade do pensamento deve ser repelida constantemente. Além de ter sempre contribuído e ensinado, com leveza e profundidade.*

*Ao Centro Universitário Newton Paiva, por toda a estruturação proporcionada e oportunidades decisivas durante todo o período de realização do Doutorado, em especial à coordenadora professora Valéria Edith Carvalho de Oliveira, a quem valorizo sobremaneira, em razão das oportunidades que me foram dadas, parcerias e amizade. Ainda neste ambiente universitário, agradeço à professora coordenadora Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo, por todas as relevantes e magníficas contribuições.*

*À Fundação Comunitária de Ensino Superior de Itabira, por todo o cuidado, estruturação e compreensão, durante todo o período do Doutorado, em especial aos coordenadores Renata Barbosa de Almeida e Alexandre Pires Duarte, que jamais mediram esforços para contribuírem comigo, os quais valorizo sobremodo, em virtude das oportunidades, confiança depositada e por serem profissionais tão exemplares.*

*À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, instituição na qual me bacharelei, Unidade São Gabriel, onde me tornei pós-graduado, Unidade Praça da Liberdade, onde cursei Mestrado e curso o Doutorado. Trata-se da Instituição que também me acolheu para atuar como extensionista, monitor e me permitiu iniciar a relevantíssima carreira docente.*

*Em toda essa trajetória, preciso agradecer muitíssimo à querida coordenadora Maria Emília Naves Nunes, pelo carinho, acolhimento e por me ter aberto as portas docentes.*

*À professora Wânia do Carmo Triginelli, que no início da carreira docente também me acolheu carinhosamente na Escola Superior dos Notários.*

*Aos professores Taísa Maria Macena de Lima e Rodrigo Almeida Magalhães, que, além de terem sido os meus orientadores respectivamente no Mestrado e pós-graduação, contribuíram de modo tão cirúrgico e exemplar, por meio de significativos apontamentos na pré-banca.*

*Ao professor José Carlos Henriques, da Universidade Presidente Antônio Carlos, pelas preciosas lições, parcerias e oportunidades.*

*À professora Camila Bottaro Sales pela contribuição fundamental, proporcionada a mim, em minha vida acadêmica.*

*À professora Ana Maria Alves Machado, pela verdadeira amizade, solidariedade e parcerias.*

*Ao Colégio Batista Mineiro, que contribuiu com a minha formação, numa fase tenra, demonstrando que, além do ensino, a palavra de Deus é primordial. Agradeço a esta instituição que plantou em mim a semente da palavra de Deus.*

*Ao Colégio Magnum Agostiniano, que com seu ensino engajado trouxe-me a sólida metodologia e contundência nos estudos. .*

*"Bem-aventurados os pobres em espírito, pois deles é o Reino dos céus.*

*Bem-aventurados os que choram, pois serão consolados.*

*Bem-aventurados os humildes, pois eles receberão a terra por herança.*

*Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, pois serão satisfeitos.*

*Bem-aventurados os misericordiosos, pois obterão misericórdia.*

*Bem-aventurados os puros de coração, pois verão a Deus.*

*Bem-aventurados os pacificadores, pois serão chamados filhos de Deus.*

*Bem-aventurados os perseguidos por causa da justiça, pois deles é o Reino dos céus.*

*"Bem-aventurados serão vocês quando, por minha causa, os insultarem, os perseguirem e levantarem todo tipo de calúnia contra vocês.*

*Alegrem-se e regozijem-se, porque grande é a sua recompensa nos céus, pois da mesma forma perseguiram os profetas que viveram antes de vocês.*

*Mateus 5:3-12*

## RESUMO

A propriedade privada experimentou inúmeras releituras. Nesse percurso, uma das primeiras atribuições diz respeito ao caráter quirritário, que é marcado pelo absolutismo e perpetuidade. Essas características demonstram a estrita vinculação entre o homem e a sua propriedade, sem maiores limitações, restrições ou intervenções estatais ou de seus pares. Vale dizer, o proprietário exercia soberania sobre a propriedade e, em contrapartida, a coletividade tinha o dever pleno de abstenção. Para o entendimento do caráter absoluto da propriedade privada emerge a análise de Orlando Gomes (2003), segundo o qual no período de vigência das Ordenações Filipinas havia a influência substancial da burguesia mercantil, interveniente na esfera macroeconômica e social, o que também ocorreu no revogado Código Civil de 1916. Por outro lado, destacadamente a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil vigente promoveram autêntica reação anti-individualista, em razão do fortalecimento do discurso da função social da propriedade, a partir da exaltação da dignidade da pessoa humana como núcleo inafastável. Nesse sentido, as interferências racionais estatais realizadas em defesa da função social devem ser interpretadas como defesas da própria dignidade da pessoa humana. Assim, houve a evolução do caráter quirritário para o caráter relativizado da propriedade. Nessa perspectiva evolutiva, é instaurada aparente dicotomia entre a função social como agente limitador ou estruturante em relação à propriedade privada. O certo é que ela, ao longo da história, foi reconhecida como direito de primeira geração, ante o seu pertencimento ao universo dos direitos individuais. Contudo, nos horizontes do constitucionalismo, o movimento de proteção da propriedade se inclinou para a dicção da vigente Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, a partir da qual a inviolabilidade da propriedade é direito fundamental - o que não se confunde com a premissa de posicionar a propriedade privada como direito fundamental - o que é primordial para a precisão do nível de tutela a ser empregado em favor da propriedade, diferentemente da moradia, que carrega consigo a necessidade de o Estado se portar ativamente em favor daqueles que necessitem deste direito social. Dessa forma, a propriedade é merecedora de tutela, mas em consonância com o discurso intersubjetivo de defesa da própria sociedade. O Código Civil de 2002, ao preceituar sua função social, trouxe um viés realista e altruísta, motivo pelo qual se tornou fruto de interações sociais, dentro de determinada realidade intersubjetiva, a partir do processo de compreensão do outro. Assim sendo, houve evolução no conceito de propriedade privada, no sentido de migrar o caráter quirritário para o caráter relativizado da propriedade;

contudo, há que se precisar o nível adequado e proporcional de tutela da propriedade, sendo necessário identificar se a perda dessa, no âmbito da justiça urbana, deve se dar efetivamente nas hipóteses de descumprimento da função social, somente quando houver estrita e inafastável gradação, conforme previsto no artigo 182, parágrafo quarto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou se é possível a releitura, a partir da proporcionalidade e funcionalização, relativizando-se a referida gradação, de modo sistêmico e em busca de equilíbrio. Todavia, a referida proporcionalidade só será precisada a partir da individualização do caso concreto, verificando-se a gravidade da violação da função social. Assim, o discurso de tutela da propriedade privada, prevista no Código Civil brasileiro de 2002, deve ser relido mediante estudos sobre a humanização e repersonalização.

**Palavras-chave:** Função Social. Propriedade privada. Humanização. Dignidade da pessoa humana. Proporcionalidade. Proteção.

## ABSTRACT

Private property changed its interpretation. Therefore, one of the first forms is absolute character, which is known for its absolutism and perpetuity. These characteristics demonstrate the link between man and property, without major limitations or major interventions by the State or other men. Therefore, the owner exercises power over the property and, in return, society has a duty of respect. In order to understand the absolute characteristic of private property, the analysis of Orlando Gomes (2003) is important. According to him, in the period of validity of the Philippine Ordinances, there was great force of the mercantile bourgeoisie, intervening in the macroeconomic and social sphere, which also happened in the previous Civil Code of 1916. On the other hand, the Federal Constitution of 1988 and the current Civil Code promoted with emphasis great struggles against selfishness, due to the strengthening of the discourse of the social function of property, based on the valorization the dignity of the human person as the great nucleus. In this sense, the rational interferences of the State carried out in defense of the social function must be thought of as defenses of the dignity of the human person. Thus, there was an evolution from characteristics to less solid characteristics of the property. In this evolutionary thinking, a contradiction is created between the social function as a limiting or structuring agent in relation to private property. What is certain is that private property in history has become known as first generation right, as it belongs to the scope of individual rights. But, in the horizons of constitutionalism, the movement for the protection of property was taken to the thought of the current Constitution of the Federative Republic of 1988, in its article 5, based on it, the protection of property is defended as a fundamental right, which is different from idea of positioning private property as a fundamental right, important for the accuracy of the level of protection to be used in favor of property, as opposed to housing, which has the need for the State to act actively on behalf of those who need this Social right. Therefore, property deserves protection, but linked with the intersubjective discourse of defense of society itself. The Civil Code of 2002, when predicting the social function, presented a realistic and solidary characteristic, that's why the social function happens because of social interactions, within a determined altruistic reality, from the process of understanding the other. Therefore, there was an evolution, in the sense of moving away from the absolute characteristic to the limited characteristic of property, but it is necessary to identify the adequate and proportional level of property protection. Therefore, it is necessary to identify whether the loss of private property, in urban justice, should occur in cases of non-compliance with the social function, only when there is a rigid gradation, as

provided for in article 182, paragraph four of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, or if new thinking about this rule can happen, from the social function proportionality, changing the way of thinking about this gradation, in a broad way and in search of balance. However, this proportionality will only be well analyzed from the individualization of the case, from the verification of the seriousness of the violation of the social function. Thus, the discourse on the protection of private property, provided for in the Brazilian Civil Code of 2002, must be rethought from studies on humanization and repersonalization.

**Keywords:** Social Function. Private propriety. Humanization. Dignity of human person. Proportionality, protection.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	<b>15</b>
<b>2. HISTÓRIA DA PROPRIEDADE PRIVADA</b> .....	<b>18</b>
<b>2.1 Caráter absoluto</b> .....	<b>18</b>
<b>2.2 Flexibilização da propriedade privada</b> .....	<b>27</b>
<b>2.3 Teorias da posse e sua incidência na propriedade</b> .....	<b>30</b>
<b>3. PRINCÍPIOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS</b> .....	<b>39</b>
<b>3.1 Princiologia clássica</b> .....	<b>39</b>
<b>3.1.1 Princípio da autonomia da vontade</b> .....	<b>40</b>
<b>3.2 Princiologia Moderna</b> .....	<b>45</b>
<b>3.2.1 Estado liberal</b> .....	<b>45</b>
<b>3.2.2 Mitigações do Liberalismo</b> .....	<b>48</b>
<b>3.2.2.1 Estado Social</b> .....	<b>48</b>
<b>3.2.2.2 Estado Democrático de Direito</b> .....	<b>50</b>
<b>3.2.3 Princípio da dignidade humana</b> .....	<b>51</b>
<b>3.2.4 Princípio da função social da propriedade</b> .....	<b>56</b>
<b>3.2.5 Princípio da autonomia privada</b> .....	<b>57</b>
<b>3.2.6 Princípio da boa-fé</b> .....	<b>61</b>
<b>3.2.7 Princípio da transparência</b> .....	<b>68</b>
<b>3.3 Dualismo entre a autonomia da vontade e autonomia privada</b> .....	<b>70</b>
<b>4. POSICIONAMENTO DA PROPRIEDADE PRIVADA</b> .....	<b>76</b>
<b>4.1. Direitos Reais</b> .....	<b>76</b>
<b>4.1.1 Classificação</b> .....	<b>76</b>
<b>4.1.1.2 Atributos</b> .....	<b>77</b>
<b>5. PATRIMÔNIO E A SUA GUINADA</b> .....	<b>79</b>
<b>5.1 Patrimônio Mínimo</b> .....	<b>85</b>
<b>6. SOLIDARIEDADE, PROPORCIONALIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</b> .....	<b>91</b>
<b>6.1 Proporcionalidade</b> .....	<b>100</b>
<b>6.1.1 Estudos práticos da proporcionalidade</b> .....	<b>112</b>
<b>7. OUTRAS BASES FILOSÓFICAS PARA A COMPREENSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</b> .....	<b>124</b>
<b>7.1 Brevidades sobre outras reflexões</b> .....	<b>141</b>

<b>8. FUNÇÃO SOCIAL</b> .....	146
8.1 História e precisão da função social da propriedade .....	146
8.2 Constitucionalização e humanização.....	156
8.2.1 Visão Constitucional e a exaltação ambiental .....	160
8.3 Caráter limitador .....	166
8.4 Caráter Estruturante.....	167
8.5 Outras modalidades de função social.....	170
8.5.1 Função social dos contratos.....	170
8.5.2 Função social da empresa.....	172
<b>9. CONSEQUÊNCIAS ATINENTES AO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE</b> .....	177
9.1 Hipóteses .....	177
9.1.1 Usucapião.....	177_Toc97735935
9.1.1.1 Espécies e pressupostos.....	177
9.1.2 Sanções Administrativas .....	183
9.1.3 Imposto Predial Territorial Urbano progressivo .....	185
9.1.4 Desapropriação .....	194
9.1.5 Desapropriação judicial.....	201
9.1.6 Considerações finais sobre as sanções.....	204
<b>10. CONCLUSÃO</b> .....	205
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	209

## 1. INTRODUÇÃO

Esta tese consiste na revisitação do discurso de tutela da propriedade privada, com amparo na função social, a partir de uma visão repersonalizada e humanizada. Nesta perspectiva, tendo em vista a proporcionalidade, busca-se precisar se, em decorrência do descumprimento da função social, a propriedade privada, no âmbito urbano, deve ser perdida em *ultima ratio*, como norteado pelo ordenamento jurídico pátrio, ou em *prima ratio*<sup>1</sup>. Assim, será analisado se é coerente a relativização da gradação, tida como inafastável pelo artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988.

Este trabalho se desdobra em dez capítulos, a começar pela compreensão histórica da propriedade, que inicialmente assumiu força quirritária, isto é, absoluta, o que é perceptível, por exemplo, no Direito Romano e Grego.

A função social da propriedade, ao longo da história do pensamento jurídico brasileiro, passou efetivamente a ocupar espaço constitucional na Constituição Federal de 1934, ante a mitigação da força da propriedade privada, em seu condão individualista. Assim, ao longo da história, ela foi considerada direito fundamental de primeira geração, limitado<sup>2</sup>.

No plano infraconstitucional, ao se cotejar o Código Civil de 2002 *versus* o Código Civil de 1916, percebe-se brutal distinção de tratamento. Ora, este diploma não é defensor categoricamente da função social, ante os interesses burgueses incrustados, por outro lado, aquela Lei é defensora da funcionalização, haja vista o destaque do bem jurídico meio ambiente.

Ainda em sede infraconstitucional, é relevante a competência dos Municípios sobre as definições e intervenções amparadas na função social, seja através dos preceitos do Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 2001), ou dos singulares planos diretores.

A função social exige a observância de limitações e relativizações da propriedade. Neste teor, o fato de ser proprietário não significa tutela absoluta e intransponível. Por isso, se houver descumprimento normativo, seja por conta do descumprimento da função social, da desapropriação, reforma agrária, usucapião ou por conta do *sui generis* instituto descrito no artigo 1.228, parágrafo quarto, do Código Civil de 2002, será possível a perda da propriedade privada.

---

<sup>1</sup> A melhor ideia de emprego em *prima ratio* seria a desnecessidade de transitar minuciosamente por todas as etapas descritas no artigo 182, parágrafo quarto, em atenção à gravidade apresentada no caso concreto.

<sup>2</sup> “fundamentais, sim, mas sujeito a restrições – não podem ter um fundamento absoluto, que não permitisse dar uma justificação válida a sua restrição.” (BOBBIO, 2004. p. 20).

Em uma interpretação histórica, concebeu-se posicionar a propriedade privada como pertencente aos direitos fundamentais de primeira geração, por se tratar de direito individual, responsável por exigir abstenção estatal mais aguçada, quando confrontamos com os de segunda geração, por exemplo. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, preceituou em seu artigo 5º, *caput*, a inviolabilidade da propriedade privada, o que não se confunde com o posicionamento da propriedade privada como direito fundamental, na medida em que não é dever do Estado a destinação da propriedade privada. .

A funcionalização consiste na valoração do interesse público, na percepção da coletividade e a reflexa racionalização do caráter egoístico da propriedade privada. Nesse sentido, a agressão à função social exala o vilipêndio à própria sociedade.

A função social, aparentemente solidificada, dá-se através da relativização do absolutismo da propriedade privada. Neste universo, a função social pode assumir caráter limitador em relação à propriedade privada, através da possibilidade de coexistência entre elas. Porém, num panorama cronológico evolutivo, a função social é responsável por mitigar a autonomia do proprietário absoluto, que, em verdade, deve agir conforme os comandos normativos limitadores. Entretanto, conforme será visto, a função social precisa transpor as vias limitadoras e avançar para a via estruturante, por meio da qual o descumprimento da função social implicará a descaracterização da propriedade privada.

Este trabalho também exige importante análise principiológica, através do estudo da autonomia privada, que é atingida pela função social da propriedade, isto é, a liberdade, quanto aos atributos: usar, fruir e gozar, sujeitos a limitações.

Além disso, a dignidade da pessoa humana é central para o olhar existencialista da função social, contribuindo para a despersonalização. Nesta reflexão, a propriedade privada, historicamente exaltada nos discursos patrimonialistas, não deve prevalecer se houver violação à função social.

A boa-fé também será analisada neste trabalho, de modo propedêutico, em razão da contribuição deste vetor para a noção de equilíbrio, necessária a esta tese. Em outros termos, o descumprimento da função social revela desequilíbrio e necessidade reflexa de reação jurídica, de modo a impor sanções e consequências em face do descumpridor.

A discussão proposta é relevante em termos de decidibilidade, na medida em que a privação da propriedade, por conta do descumprimento da função social, nos termos do artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, dá-se apenas em último caso, em decorrência do fato de que este dispositivo estabelece outras medidas antecedentes:

Art. 182. 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 cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (...)

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 1988)

. Todavia, pensar a possibilidade de perda da propriedade, em *prima ratio*, nas hipóteses de política urbana, isto é, aplicar a perda da propriedade privada como consequência do descumprimento da função social, sem aplicar e transitar imediatamente por outros institutos, pode significar a instauração de novos horizontes decisórios, a partir da observância das singularidades do caso concreto, em consonância com o discurso da proporcionalidade, sendo certo que a releitura perseguida se pautará em perspectivas previstas no texto constitucional. Nesse sentido, a proteção da função social deve se amparar no interminável aprimoramento da compreensão da dignidade da pessoa humana, ante a interdependência intransponível entre este princípio e aquele.

## 2. HISTÓRIA DA PROPRIEDADE PRIVADA

### 2.1 Caráter absoluto

Este bem jurídico experimentou distintas concepções panorâmicas ao longo da história. A equivocada<sup>3</sup> conotação absoluta revela a ausência de limites impostos pelo Estado e de intervenções substanciais, o que gera a ideia de propriedade sob a égide do ter, como elemento que indicia poder, que aspira a concentração e que atrai o individualismo.

A propriedade privada é instituto de incalculável relevância na história. Por isso, Caio Mário da Silva Pereira (2005) analisa que a propriedade é objeto de estudos em distintas áreas, como a economia, a política e a história. Diante disso, sobre a propriedade privada há interesses maiores que a normatividade, isto é, a propriedade tem caráter cosmopolita e sua importância transcende as barreiras jurídicas.

Washington de Barros Monteiro (1997) exalta a importância da propriedade privada: “O direito a propriedade é o mais importante e o mais sólido de todos os direitos (...), o direito real por excelência é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas.” (MONTEIRO, 1997, p.82)

A professora Taísa Maria Macena de Lima (2003) considera a propriedade privada um princípio do Direito Civil, mais especificamente um “princípio fundante do Direito Civil.” (LIMA, 2003, p. 243)

O caráter egoísta da propriedade, predominante em distintos momentos da história, é reflexo de sentimentos humanos, motivo pelo qual a construção normativa da função social revela a colisão entre a visão dogmática da propriedade privada e os sentimentos humanos. Neste condão, Silvio de Salvo Venosa (2020), analisa que “presente o fenômeno da propriedade na própria natureza do homem (...) Negar a propriedade individual é negar a própria natureza humana” (VENOSA, 2020, p.180)

---

<sup>3</sup> Não foi feliz, a começar por uma gradação do absoluto, que é contrária à lógica e à semântica: o absoluto não comporta superlativo. Se se admitir um absoluto que o possa ser mais que outro, constrói-se a ideia de relativo; e se há um absoluto que o seja menos que outro absoluto, é porque não o é. Em seguida, a definição desfaz o absoluto, quando o submete às restrições legais e regulamentares. Com efeito, há conceitos que se não compadecem com a ideia de limitação. Assim é soberania; uma nação é soberana. Simplesmente. Mas, se em virtude de algum acontecimento político sofre diminuição em sua soberania, não se poderá dizer que ficou menos soberana, porém, que perdeu a soberania. Assim, também, o absoluto. E se a propriedade é um direito absoluto, que se enfraquece pela imposição de restrições legais e regulamentares, já não é absoluto, porém um direito simplesmente, reduzido às dimensões dos demais direitos. (PEREIRA, 2019, p.70)

Dessa forma, a função social passa pela superação, ainda que aparente, das clássicas defesas egoísticas<sup>4</sup>, tendo em vista a confrontação entre o egoísmo e o interesse social:

a relação de propriedade se apresentaria como uma disputa entre o interesse egoístico, tendencialmente pleno (previsto no Código Civil, nos termos do caput do art. 1.228), e o interesse social (mesmo se em vantagem deste último, de acordo com intervenções legislativas autorizadas pelo § 1º do art. 1.228, Código Civil). (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, 2020, p.101)

Sobre esta confrontação, há que se atingir o equilíbrio:

ao legislador ordinário equacionar o justo equilíbrio entre o individual e o social. Cabe ao julgador, como vimos, traduzir esse equilíbrio e aparar os excessos no caso concreto sempre que necessário. Equilíbrio não é conflito, mas harmonização. A propriedade, portanto, tendo em vista sua função social, sofre limitações de várias naturezas, desde as limitações impostas no Código Civil de 1916 e de 2002 em razão do direito de vizinhança, até as de ordem constitucional e administrativa para preservação do meio ambiente, fauna, flora, patrimônio artístico etc (VENOSA, 2003, p.182)

O caráter distintivo aqui sustentado é polissêmico. Por isso, necessário se faz pontuar que, quando se fala de caráter peculiar da propriedade, logo se pensa em sua oponibilidade *erga omnes*, isto é, oponibilidade perante a coletividade, como bem mencionam Jefferson Daibert (1979), Maria Helena Diniz (2019), e outros tantos autores.

Contudo, o sentido que aqui se emprega para o caráter absoluto diz respeito ao impacto dos poderes que são conferidos ao proprietário e a reflexa ausência de limitações substanciais.

O sentido do termo “absoluto”, que aqui abordaremos, pode ser esclarecido por Washington de Barros Monteiro: “Realmente, num certo sentido, o direito de propriedade é de fato absoluto, não só porque é oponível `erga omnes´, como também porque apresenta caráter de plenitude, sendo incontestavelmente, o mais completo e extenso de todos os direitos reais(....)” (MONTEIRO, 1998, p. 83)

Sílvio Rodrigues (2002) defende que o absolutismo da propriedade deve ser completado com a exclusividade, isto é, o proprietário exerce a propriedade, sem maiores intervenções.

Superada a etimologia do caráter absoluto, é devido pensar a história da propriedade privada. Haja vista que, essa reflexão é importante para se entender o devido grau de incidência do discurso da função social da propriedade.

---

<sup>4</sup> “Para Hegel, os interesses particulares são tão distintos dos interesses comuns que todo negócio privado põe o indivíduo contra a comunidade.” (GUIRALDELLI JÚNIOR, 2011, p.105)

A história da propriedade privada, a partir de um breve panorama, demonstra uma modificação interpretativa do posicionamento dessa perante a sociedade. Aliás, conforme Silvio de Salvo Venosa (2020), a complexidade da ciência do direito, tendo em vista o fenômeno propriedade e o ecleticismo das fontes, é justamente conseguir, ao longo da história<sup>5</sup>, racional e sensivelmente, alcançar e avançar juntamente com os reclamos da sociedade.

Silvio de Salvo Venosa (2020) defende que a propriedade, em seu sentido primitivo, anterior ao período romano, estava relacionada ao discurso de funcionalização, em razão do fato de que o solo pertencia a toda a coletividade. Por outro lado, havia neste período a compreensão de propriedade privada, na medida em que os bens móveis, como os materiais de pesca, diziam respeito ao seu dono. De forma literal:

Antes da época romana, nas sociedades primitivas, somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peças de vestuário, utensílios de caça e pesca. O solo pertencia a toda a coletividade, todos os membros da tribo, da família, não havendo o sentido de senhoria, de poder de determinada pessoa. A propriedade coletiva primitiva é, por certo, a primeira manifestação de sua função social. (...)Enquanto os homens vivem exclusivamente da caça, da pesca e de frutos silvestres, não aflora a questão acerca da apropriação do solo. Admite-se a utilização em comum da terra pela família ou tribo. Não se concebe a utilização individual e exclusiva. Tanto a cultura do solo como a criação de animais são feitas em comum. Desaparecendo ou diminuindo os recursos naturais da caça, pesca e agricultura no território, o grupo social deslocava-se para outras terras. Não estava o homem preso ao solo, porque essa constante movimentação não o permitia. Destarte, não havia noção de utilização privativa do bem imóvel. No curso da história, a permanente utilização da mesma terra pelo mesmo povo, pela mesma tribo e pela mesma família passa a ligar então o homem à terra que usa e habita, surgindo daí, primeiramente, a concepção de propriedade coletiva e, posteriormente, individual. Houve povos que nunca instituíram a propriedade individual, enquanto outros somente a conceberam após muito tempo, não sem grandes lutas e sacrifícios (Coulanges, 1957, v. 1:83). É difícil precisar o momento em que surge, na sociedade romana, a primeira forma de propriedade territorial. Não é muito clara nas fontes a forma de propriedade comum na primitiva Roma. A noção de propriedade imobiliária individual, segundo algumas fontes, data da Lei das XII Tábuas. Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Paulatinamente, fixa--se o costume de conceder sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas ano após ano (VENOSA, 2020, p.171)

A primeira atribuição dada à propriedade consiste no caráter quirritário ou absoluto, nas palavras de José Isaac Pilati (2005), que é percebido no Direito Romano e até em períodos contemporâneos, cujas principais características são o absolutismo e a perpetuidade, conforme

---

<sup>5</sup> Avançar juntamente com a história, tendo a sensibilidade de perceber as mudanças sociais de seu tempo, é o grande desafio do jurista. Nada mais injusta do que uma sentença anacrônica, na retaguarda ou na vanguarda do fenômeno social. Natural que em períodos de incertezas e mutações vacilem o legislador e o julgador. Contudo, do complexo conjunto legislativo e jurisprudencial, deve ser extraída a solução mais justa. Qualquer que seja a postura, porém, a defesa da propriedade privada não é de ser hostilizada, mas adequada. (VENOSA, 2020, p.180)

Luiz Edson Fachin (1988). Essas características demonstram a estrita vinculação entre o homem e a sua propriedade, sem quaisquer limitações, restrições ou intervenções estatais ou de seus pares. Vale afirmar, o proprietário nada deve, tudo pode e todos têm um dever pleno de abstenção em relação a ele.

Ainda num estágio primitivo, anterior ao direito clássico, segundo Fachin (1988), a propriedade comum significa a primeira forma de propriedade. Nesse sentido, segundo Monteiro de Barros, citado por Fachin (1998), a propriedade nos primórdios da civilização, tinha um caráter coletivo. Por outro lado, ao longo da história, há transformação do caráter absoluto para o individual.

A partir desse discurso, a ausência de intervenção e tensão entre o Estado e o proprietário são fatores nevrálgicos do caráter absoluto, além da repercussão social de ser proprietário. Em outros termos, a propriedade exalava poder.

Quanto à plausibilidade da intervenção do Estado, de modo a assegurar mais equilíbrio nas relações, assim analisa Carlos Roberto Gonçalves (2020):

O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum. (GONÇALVES, 2020, p.25)

Ainda sobre o caráter absoluto no Direito Romano, Darcy Bessone diz que: “a propriedade foi tipicamente individualista, a própria expressão domínio indica a dominação da coisa, considerando absoluta.” (BESSONE, 1988, p. 24)

Nessa perspectiva, remota e absoluta, tem-se a propriedade como o bem jurídico mais precioso para o homem, mais relevante do que a própria vida, inclusive por conta da conotação religiosa e espiritual que pairava sobre este bem jurídico, conforme Fustel de Coulanges (1995). Identifica-se esse posicionamento, exemplificadamente, na evolução histórica da responsabilidade civil.

No Direito Romano, remotamente, se houvesse o inadimplemento de uma obrigação, a responsabilidade atingiria o corpo do devedor, num flagrante nexu entre o credor e o corpo do devedor, o que foi rechaçado pela *Lex Poetelia Papiria*<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Foi em 326 a.C30., com a edição da Lex Poetelia Papiria, que o nexum perdeu sua força executória, ou seja, ocorreu a supressão da manus iniectio e o credor não mais podia obrigar o devedor a trabalhar, ou mesmo castigá-lo. Em razão da falta de sanção pessoal, o próprio instituto do nexum caiu em desuso, e é por isso o direito romano o desconhecia em seu período clássico. A frase de Tito Lívio resume os efeitos da lei: pecunia creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse. O direito do credor passa a ser exercido sobre os bens do

Esse período explicita a preocupação romana com a blindagem patrimonial intransponível e o reflexo posicionamento do patrimônio como o cerne da sociedade, em virtude de crenças religiosas. Ora, a propriedade carregava toda uma ancestralidade dos parentes que habitaram naquele lar. Nesse sentido, a propriedade também era impactante para a manutenção da existência familiar, razão pela qual era primordial a realização de cultos e rituais aos ancestrais. Nesses termos, se houvesse a perda da propriedade, para aquela família repercutiria como o seu fim.

Há interligação histórica entre a propriedade e a família, conforme Engels (2006), afinal a perspectiva de família, tendo em vista a filiação, carregava consigo em períodos primitivos a ideia de que os filhos eram relevantes para o labor, isto é, os filhos eram contributivos para a produção de atividades de subsistência. Deste modo, o princípio da afetividade não se aplicava, na medida em que os filhos não eram destinatários de amor, ao revés, eram importantes economicamente.

Num aspecto quirritário não havia espaço para discursos concernentes à função social da propriedade. Ao contrário, o caráter quirritário está mais próximo de uma função individual da propriedade. Sobre esse posicionamento no Direito Romano:

Tradicionalmente sempre se falou em apenas um vínculo, de caráter pessoal e coercitivo. Pessoal, porque se traduzia no poder do credor sobre uma pessoa, o devedor, sendo seu objeto um comportamento do devedor, que deve realizar uma prestação em favor do credor. Coercitivo, porque jurídico, não apenas moral ou social. Esta é a teoria monista tradicional. No Direito Romano primitivo, a obrigação era vínculo estritamente pessoal, respondendo a pessoa do devedor, com seu corpo, sua vida e sua liberdade. O direito do credor recaía sobre a pessoa do devedor, assumindo caráter de direito real, análogo aos direitos de propriedade. Posteriormente, foi-se abrandando, com a própria evolução do Direito Romano, essa força pessoal do vínculo, que se tornava patrimonial. A submissão pessoal foi substituída pelo *bonarum venditio* e pela *bonorum distractio* (...). (FIÚZA, 2006, p.287)

O caráter absoluto e místico, segundo César Fiúza (2006), foi flexibilizado ao longo da história. Por isso, as acepções sobre a propriedade foram modificadas, até atingir um caráter relativo, em razão de inúmeros fenômenos históricos.

A relativização do caráter absoluto da propriedade se dá por conta de momentos históricos marcantes, típicos da Idade Média e a Revolução Francesa<sup>7</sup>, por exemplo. Aliás, a

---

devedor, ou seja, as palavras de Tito Lívio, que provavelmente são as mesmas da lei, fazem concluir que a obrigação é uma relação de mero caráter patrimonial. O ano de 326 a.C. é considerado aquele em que a plebe iniciou, de fato, seu período de liberdade (SIMÃO, 2012, p.512)

<sup>7</sup> “O Código Napoleão, e com ele outros monumentos legislativos, ensaiou uma definição (art. 544) dizendo-a “o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos”. (PEREIRA, 2019, p.70). No mesmo sentido: Transpostas intempéries do período e com o desenrolar dos tempos, a evolução da sociedade e das cidades fomentou a formação de uma classe burguesa,

Idade Média foi um período histórico importante para a compreensão embrionária da propriedade agasalhada pela função social, inclusive pelos discursos entranhados na Igreja Católica: “De todo modo, a ótica de uma função social revestindo o instituto da propriedade foi abraçada, ainda na Idade Média, tanto pela abordagem “professoral” quanto pela própria Igreja Católica. Vale usar, para tanto, o texto de Telga de Araújo que confirma” (...) (GUILHERME, 2015, p.129)

Para a compreensão da história da propriedade privada, segundo César Fiúza (2006), destaque-se a invasão bárbara, responsável pela queda do império romano, que implica a entrega das terras dos pequenos proprietários aos grandes proprietários.

Contudo, nenhum desses fenômenos explicita um tratamento relativista profundo em relação à propriedade, segundo Fiúza (2006). Noutro contexto, o Iluminismo contribuiu para a culminação de três revoluções: a Gloriosa, Americana e a Francesa. Essas três produzem consequências no meio social, o que contribuiu para a revisitação do papel da propriedade privada e a sua tensão perante o Estado.

A preponderância do absolutismo no seio da propriedade se deu por conta de fatores sociológicos. Nessa vertente:

A propriedade, em Roma, constituiu direito absoluto e perpétuo, excluindo-se a possibilidade em exercitá-la vários titulares. A idade Média, por seu turno, consagrou a superposição de propriedades diversas incidindo sobre um único bem, e a Revolução Francesa instaurou o individualismo e o liberalismo. (FACHIN, 1988, p.15)

A partir de um esforço histórico, Fiorillo e Ferreira (2019), atrelam a origem do discurso da função social à percepções do direito social e da ordem econômica, com grande contribuição do Direito na Alemanha, ao invocar as proposições de Franz Wieacker:

(...)em face do que estabe-leceu a doutrina especializada , o denominado princípio da função social, vinculado que está historicamente ao direito social desenvolvido pela doutrina alemã, tem sua gênese claramente associada à ordem econômica e particularmente “às associações económicas e profissionais de empresários e dos trabalhadores e à sua influência sobre o mercado”, conforme ensinamentos de Franz Wieacker. Devendo ser interpretado como tendência de evolução do direito privado,

---

baseada na crescente corrente da atividade mercantil, fragilizando a nobreza feudal. Mais adiante, a fundamentação novamente individualista se deu no contexto da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sustentado por John Locke, asseverando a ideia de que a propriedade - de seria uma barreira intransponível ao Estado, isto é, um direito natural. Com efeito, diga-se que o Código Napoleônico, tido como o Código da Propriedade, nutrido pelo concebido no direito romano, restabeleceu, quase que absoluto, o princípio do direito de proprie- dade. Ipsi verbis: Da Propriedade – Art. 544. A propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos (GUILHERME, 2015, p. 130)

bem como compreendido “à luz destas mutações da constituição econômica alemã (e, em grande parte, também europeia e norte americana)”, o referido princípio teria influenciado a doutrina brasi-leira particularmente em face da recepção do direito civil alemão. (FIORILLO; FERREIRA, 2019, p. 209)

Após refletir sobre o caráter quiritário, assim como, brevemente, sobre alguns fenômenos de relativização da propriedade privada, resta identificar qual das concepções prosperou em cada um dos períodos históricos brasileiros, a começar pelas Ordenações Filipinas.

Nas Ordenações Filipinas, segundo Pereira (2019), vigentes no Brasil do ano de 1603 até o ano de 1915, há a preponderância do caráter absoluto da propriedade privada, em razão do fato de que este ordenamento reunia a defesa dos privilégios da aristocracia<sup>8</sup>. Aliás, tal defesa aristocrática se alastrou também nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas, o que foi mitigado notadamente por meio de Marquês de Pombal.

Para o entendimento do caráter absoluto da propriedade privada emerge a análise de Orlando Gomes (2003), ao escrever sobre as raízes históricas e sociológicas em distintas ordenações civis já vigentes no Brasil, segundo o qual no período de vigência das Ordenações Filipinas havia a influência substancial da burguesia mercantil, interveniente na esfera macroeconômica, social e política.

Em virtude das influências burguesas, havia a primazia de interesses de determinados grupos, em detrimento de miseráveis no Brasil. Nesta atmosfera, vê-se que o ordenamento jurídico pátrio sacralizava a propriedade privada como maximamente protegida e inviolável, sem maiores intervenções estatais, o que elidia o discurso da funcionalização da propriedade.

Ainda como elemento de nítida proteção do proprietário privado, Orlando Gomes (2003) analisa que no período ora estudado, havia um sistema protetivo atrelado ao proprietário, no sentido de salvaguardar o seu direito, caso houvesse ameaças ou agressões ao direito de propriedade. Outro elemento era o das franquias liberais, que era aproveitado apenas pela minoria da população, sobre a qual se consolidava um escudo indestrutível em relação à propriedade.

---

<sup>8</sup> No velho Direito Português, e desde os primeiros séculos da monarquia lusitana, segundo Mello Freire e seu constante opositor Lobão, foi usado um tipo de negócio jurídico denominado empraçamento ou prazo de aforamento, que consistia na concessão de terras a quem se encarregava de seu cultivo, mediante o pagamento de renda anual. Aí se pode ver a enfiteuse do Direito Romano, porém deformada pela prestação de serviços por parte do concessionário, numa influência feudal inteiramente estranha à origem romana. Com tais conotações entrou o instituto no direito compilado (Ordenações Afonsinas, publicadas em 1446, Liv. IV, Tít. 77 e segs.; Ordenações Manuelinas, Liv. IV, Tít. 60 e segs.; Ordenações Filipinas, Liv. IV, Tít. 36, 37, 38, 96). E assim chegou até o século XVIII como um complexo de privilégios aristocráticos, devendo contudo assinalar-se que os prazos temporários eram muito mais frequentes do que os perpétuos, por conveniência dos enfiteutas. Sob o Marquês de Pombal começaram a ser restringidos os privilégios, quase logrando recuperar as linhas romanas da instituição.

Orlando Gomes (2003) analisa que os primeiros anos da República brasileira, mais especificamente os trinta primeiros anos, não foram marcados pela solidificação do discurso da funcionalização, aliás, trata-se de um período de contrastes sociais e econômicos, ainda com predomínio dos interesses mercantis da burguesia:

A contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo no país, que, grosso modo, pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior- o dos fazendeiros- utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que, por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento industrial, a ela se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades. Esses interesses coincidiam, por outro lado, com os da burguesia mercantil, agindo todos em detrimento da massa rural, cujas condições de vida não permitiam, sequer tivesse consciência de sua miserável situação. (GOMES, 2003, p.27)

Nas primeiras décadas da República brasileira não há espaço para o discurso da função social da propriedade. Por esta razão, num discurso constitucional, só houve menção explícita sobre a função social historicamente, a partir da Constituição Federal de 1934<sup>9</sup>, proibindo-se o exercício da propriedade agressivo à coletividade, nos termos do artigo 113.

Assim, historicamente, houve tensões entre o egocentrismo e o solidarismo, porém, a experiência brasileira, é de progressão defensiva da funcionalização, sobretudo, a partir da década de 30, do século XX.

Em semelhante sentido, a Constituição da República de 1946, nos termos do artigo 141, parágrafo 16, também traz importante e histórico preceito defensor da função social da propriedade, capaz de tutelar o direito individual de propriedade em consonância com o interesse público:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (BRASIL, 1946)

---

<sup>9</sup> A primeira Constituição a abrigar a ideia da função social da propriedade foi a de 1934 que, em seu art. 113, n°17, garantia o direito de propriedade, mas vedava seu exercício de forma contrária ao interesse coletivo. Nessa época, João Mangabeira, que participava da comissão de redação de parte do projeto da Constituição, já defendia que o direito de propriedade deveria ser garantido conforme conteúdo e limites definidos em lei específica. (FERREIRA, 2004, p.45)

Em cotejo, a redação do artigo 141 da Constituição Federal de 1946 em muito se assemelha à redação da Constituição de 1967, nos termos do artigo 153 e 157<sup>10</sup>, ante a defesa dos interesses públicos no contexto da desapropriação e requisição:

§ 22 É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de Desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da dívida pública, com cláusula exata de correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (BRASIL, 1967)

A propriedade, a depender da acepção, conforme Lopes (2019) pode repercutir como direito natural<sup>11</sup>, isto é, latente, inerente ao ser humano, pelo fato de que a propriedade é lograda através do trabalho humano. Todavia, tal posição deve ser confrontada<sup>12</sup>, enquanto direito convencional criado pelo homem, através do ordenamento jurídico, variável estruturalmente, conforme o espaço e tempo.

Comumente, a propriedade pode ser apresentada, como já ocorreu no Brasil, através de um caráter censitário<sup>13</sup> e até desumano, por exemplo, por poder ser exercida em face dos escravos, submetendo-os à condição de *res*, isto é, tratados como se coisas fossem. Nesse sentido, a propriedade já foi considerada primordial para o exercício do voto e outros privilégios. Por exemplo: “A constituição imperial, entre os direitos individuais inalienáveis, registrava o direito de propriedade: como abolir a escravidão sem indenizar os senhores pelo seu “direito adquirido (...)” (LOPES, 2019, p.4)

<sup>10</sup> “Art. 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III - função social da propriedade (...)” (BRASIL, 1967)

<sup>11</sup> A propriedade é de direito natural e para ele deriva diretamente do trabalho humano: o suor do corpo e labor das mãos misturam a natureza humana à natureza física. Nesse sentido, o direito de propriedade é um direito natural. E, no entanto, há limites para a apropriação natural: ela só pode valer enquanto houver abundância. Se houver escassez, já não se pode considerar a propriedade natural: tornam-se necessárias regras. Por isso, o direito natural proíbe o desperdício: a frugalidade e a poupança são como exigências da razão. Já no estado civil, é preciso regular o entesouramento. A invenção da moeda liberou a propriedade dos limites do estado de natureza e a partir daí já não cabe falar na propriedade natural, pois torna-se possível acumular, coisa que inexistiria no estado de natureza. No estado de natureza, há uma propriedade natural, mas no estado civil há uma outra propriedade, a propriedade civil e convencional. (LOPES, 2019, p.141)

<sup>12</sup> (...) o direito natural tem três graus. O primeiro são os conselhos da razão, mutáveis por convenção. Exemplo deste primeiro tipo: crédito de empréstimo (o beneficiário pode renunciar a seu direito). O segundo tipo é o estatuto ideal da natureza racional, e neste tipo se inclui a comunidade de bens (*communis omnium possessio*): o domínio comum Deus deu a Adão e Eva, o domínio próprio (a propriedade privada) não vem do direito divino exclusivamente (OCKHAM, 1988:111-114). Finalmente, há imperativos imutáveis da razão, e neste terceiro tipo estão os direitos correlativos a deveres que têm caráter de imperativo moral (autodefesa, estado de necessidade). Estes são irrenunciáveis, ou como dirão os modernos, são inalienáveis: não podem ser renunciados (LAGARDE, 1947:164-165). (LOPES, 2019, p.125)

<sup>13</sup> Igualmente não se pode olvidar do Projeto da Constituinte de 1823. Ficou conhecido como a “Constituição da Mandioca” em razão do voto censitário basear-se na quantidade de alqueires de farinha de mandioca do eleitor e teve entre as lideranças os irmãos Andrada, sendo Antônio Carlos Andrada o relator do projeto. (UCHÔA, 2016, p.104)

Nessas perspectivas, há um viés absoluto, sem racionais e substanciais intervenções estatais, o que revela o poder inerente à propriedade, razões pelas quais os discursos da relativização e funcionalização são contidos.

## 2.2 Flexibilização da propriedade privada

O Código Civil brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916), desde o início de sua vigência até a sua revogação, ante a sobreposição da lei 10.406 do ano de 2002 (BRASIL, 2002), passou por profundas modificações. Mas, não é possível dizer que o caráter absoluto convergente à propriedade privada deixou de prosperar no Código em vigor, em que pese a promulgação da Constituição da República Federativa do ano de 1988, que prevê disposições sobre a função social da propriedade.

Nos anos finais de vigência do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), a função social da propriedade passa a ser cada vez mais uma preocupação do legislador brasileiro, bem como da sociedade em geral. Porém, foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988) e o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) que trouxeram suportes fáticos abstratos, por intermédio dos quais se constata força no que tangencia a função social da propriedade. Nesse âmbito, deve-se discutir a relativização do caráter absoluto da propriedade privada, que permite, inclusive, discutir a coerência da expressão<sup>14</sup> “propriedade privada”.

Pamplona Filho e Gagliano (2014) defendem a migração de um caráter demasiadamente materialista, patriarcalista, voltado para crédito e propriedade, contido no Código Civil revogado, para um Código mais existencialista:

acentuou-se uma nítida vocação materialista do Código Civil de 1916, pouco afeito aos valores essenciais da pessoa humana, e imbuído cegamente do firme propósito de tutelar o crédito e a propriedade, mantendo ainda, a todo custo, a estabilidade da família casamentaria, pouco importando a dignidade do devedor ou reconhecimento do filho bastardo. Embora não possamos negar sua grandeza técnica, sem cometermos grave injustiça, o fato é que o codificador de 1916 absorveu demasiadamente, os valores individualistas, patriarcais e conservadores da sociedade de então; aliás, se fizermos uma detida análise do pensamento filosófico do grande BEVILÁQUA, elaborador do projeto do código de 1916, poderemos detectar nítida vocação positivista, com acentuados matizes de materialismo existencial. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO 2014, p.50)

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) não estabeleceu um conceito sobre a propriedade privada. Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2005), o legislador tão apenas

---

<sup>14</sup> Nesta discussão, meramente introdutória, poderia ser pensada a expressão “propriedade privada pública”, em razão das interveniências estatais e da inevitável tensão entre a esfera pública *versus* privada.

fixou atributos, quais sejam: “a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor da coisa e reivindicá-la do que injustamente a detenha.” (PEREIRA, 2005, p. 91)

A propriedade privada sofre limitações de distintas ordens, cuja compreensão é nevrálgica para se falar em função social, que se apresentam de variadas formas, tais como: limitações constitucionais, infraconstitucionais, materiais e processuais.

Segundo Sílvio Rodrigues (2004), as limitações são fracionadas da seguinte forma:

1) limitações voluntárias, como, por exemplo, servidão e usufruto; 2) limitações da própria natureza do direito de propriedade, a exemplo do abuso do direito. Segundo o autor: Se tal utilização é abusiva, o comportamento excessivo do proprietário não alcança a proteção do ordenamento jurídico, que, ao contrário, impõe-lhe o ônus de reparar o prejuízo causado. Portanto, o exercício do direito encontra uma limitação em sua própria finalidade 3) limitações impostas pela lei. (RODRIGUES, 2004, p. 85)

Conforme Arnaldo Rizzardo (2007), as limitações<sup>15</sup> do direito de propriedade podem ser: 1) Constitucionais, 2) Administrativas e legais, 3) De interesse particular, 4) Interesse público e até mesmo florestais. Em sentido complementar:

Inúmeras leis impõem restrições ao direito de propriedade, como o Código de Mineração, o Código Florestal, a Lei de Proteção do Meio Ambiente etc. Algumas contêm restrições administrativas, de natureza militar, eleitoral etc. A própria Constituição Federal impõe a subordinação da propriedade à sua função social. Há ainda limitações decorrentes do direito de vizinhança e de cláusulas impostas voluntariamente nas liberalidades, como inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social. (GONÇALVES, 2021, p.89)

Todas essas hipóteses são restrições ao direito de propriedade, porém, nem todas elas são capazes de gerar a sua perda. Por exemplo, as restrições do direito de vizinhança não se prestam ao condão de promover a perda da propriedade, motivo pelo qual o ordenamento infraconstitucional pátrio estabelece que se houver o descumprimento da função social, não

---

<sup>15</sup> Destarte, são inúmeras as restrições de ordem administrativa. Protege-se o patrimônio histórico, a fauna, a flora, o equilíbrio ecológico etc. Há leis especiais que cuidam expressamente dessas questões, restrições direcionadas à propriedade urbana e rural. Há restrições de ordem militar que dizem respeito à segurança nacional, disciplinando, por exemplo, a requisição de bens particulares necessários às forças armadas nos casos de urgência e defesa nacional. No Código Eleitoral, também se dispõe sobre o uso da propriedade privada, quando se permite a requisição de bens para a realização de eleições. Pontuando especialmente os direitos de vizinhança cuja análise pertence ao direito privado e ao direito público, seria exaustivo e desnecessário a esta altura elencar todas as modalidades de restrição à propriedade. Na análise de cada disposição legal, contudo, levar-se-ão em conta os princípios aqui firmados. Consideremos, também, que como regra geral todo bem que sofra restrição deve ser indenizado. Se não ocorrer desapropriação e não houver lei específica que permita reparação de prejuízo, restará sempre a via da ação do enriquecimento sem causa, uma vez presentes seus requisitos (...). A limitação à propriedade também pode decorrer de ato voluntário, como a imposição das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade em doações ou testamentos (VENOSA, 2020, p.187)

haverá necessariamente a perda. Todavia, nesta tese o propósito é promover a releitura da relativização da propriedade, a partir da função social, tendo como foco a proposição de desapropriação-sanção<sup>16</sup>, isto é, por descumprimento da função social, no âmbito urbano.

Para Silvio de Salvo Venosa (2020) a função social é agente limitador do proprietário, além de norma programática:

A função social da propriedade requer do ordenamento princípios limitadores da atuação do proprietário (...) A Constituição Federal traça normas programáticas para a função social da propriedade, sendo de há muito entre nós as riquezas do subsolo independentes do solo e de seu proprietário. Cabe ao legislador ordinário regular sua exploração. (VENOSA, 2020, p.187)

A função social da propriedade requer do ordenamento princípios limitadores da atuação do proprietário. Orlando Gomes (2003) defende que a propriedade pode sofrer limitações advindas da dogmática, isto é, jurídicas. Bem como limitações decorrentes dos princípios, e até mesmo da vontade do proprietário.

Luiz Edson Fachin (1988) analisa a evolução da propriedade, que depende de análise das condições econômicas e políticas existentes na sociedade, a partir das quais se consegue conceituar a propriedade.

Em tom similar ao de Luiz Edson Fachin (1988) está Sílvio de Salvo Venosa (2020), segundo o qual a justiça social<sup>17</sup>, que é relevante para a compreensão da ordem econômica, é basilar para a função social da propriedade, a partir da sensibilidade do discurso social e solidário. Em semelhante análise: “A norma procura expressar a norma a justiça social da propriedade, fazendo prevalecer a sua relevante função consagrada na Constituição Federal, em oposição ao princípio individualista de sua soberania absoluta.” (RIZZARDO, 2021, p.103)

Jefferson Daibert (1979), quando fala de propriedade privada e da mudança de seu caráter, analisa que este fenômeno acontece exatamente em razão da retirada do caráter egoísta dela. Em outros termos, a mudança é panorâmica, migrando-se do caráter egoísta para o funcional, atrelado ao bem comum, conforme Humberto Theodoro Júnior<sup>18</sup>(2014), em

---

<sup>16</sup> De antemão: “desapropriação-sanção – basta que o proprietário não edifique, subutilize ou não utilize bem imóvel urbano. Trata-se de exigência constitucional para a inclusão da função social da propriedade urbana como uma premissa da política do desenvolvimento urbanístico e deverá servir ao “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes”, segundo o mesmo inc. III, §4º, art. 182, da CF/88. (TESSEROLLI, 2013, p.11)

<sup>17</sup> O art. 170 da Carta, ao tratar da ordem econômica, dando valor ao trabalho e à livre iniciativa, conforme os ditames da justiça social, garante o princípio da “função social da propriedade” (inciso III), após referir-se ao princípio da propriedade privada em si mesma (inciso II). (VENOSA, 2020, p.178)

<sup>18</sup> Poder que se exerce “contra todos”, a propriedade envolve interesses sociais de meridiana evidência, a tal ponto que se chega a afirmar que “não existe propriedade, como entidade social e jurídica, que possa ser

virtude da proteção de interesses sociais, em especial o meio ambiente. Este é o ponto nevrálgico para se migrar do caráter individualista e construir a função social:

“a propriedade atenderá sua função social”, o art. 5º, XXIII, da Constituição a desvincula da concepção individualista do século XVIII. A propriedade, sem deixar de ser privada, se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade uma maior utilidade, dentro da concepção de que o social orienta o individual. (CARVALHO, 2015, p.127)

No texto constitucional, em uma interpretação superficial e morfológica, seria possível *a priori*, à luz da dicção preceituada *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, defender, em razão da inviolabilidade da propriedade, o caráter absoluto. Porém, sistematicamente, por certo, a expressão “inviolabilidade” não se traduz em absolutismo, ante as restrições esparsas previstas.

Portanto, a partir da traçada evolução das distintas características da propriedade, ocorre a migração do caráter quirritário para o social da propriedade, o que dá guarida aos parâmetros da função social.

### 2.3 Teorias da posse e sua incidência na propriedade

As teorias da posse e da propriedade são importantes para a compreensão da função social da posse e da propriedade. Aliás, a posse se justifica em razão da função social: “A justificativa da posse se encontra, portanto, diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais.” (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, p.33, 2020)

A teoria da posse, em uma visão histórica, pode ser considerada subjetiva, simplificada ou social.

---

analisada individualmente” e que “a justa aplicação do direito de propriedade depende do encontro do ponto de equilíbrio entre o interesse coletivo e o interesse individual”. Foi a partir da teoria do abuso do direito que se delineou a função social da propriedade, que, afinal, o novo Código Civil não só proclamou como descreveu, in verbis: “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 leis especiais, 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” (art. 1.228, § 1º). “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (idem, § 2º). É, pois, abusivo e consequentemente ilícito, o exercício do direito de propriedade de modo incompatível com suas naturais finalidades tanto econômicas como sociais. O caráter absoluto e egoístico da primitiva concepção do domínio foi substituído por um enfoque jurídico que o insere no contexto social onde se sobressai a exigência do seu uso para o bem comum. Esse enfoque, que começa com a repressão do abuso antissocial do exercício do direito de propriedade, completa-se com o instituto constitucional da desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, e, ainda, com a possibilidade de requisição pelo Poder Público, em caso de perigo iminente (Código Civil, art. 1.228, § 3º; Constituição, art. 5º, nos XXIV e XXV). (THEODORO JÚNIOR, 2014, p.82)

Na visão subjetivista, segundo Menezes Cordeiro (2000), de Friedrich Carl Von Savigny, se deparou com a rigidez extrema do individualismo<sup>19</sup>, segundo Cláudia Fialho (2017), invocando Fernando Luso Soares.

Na perspectiva subjetiva, a posse exige o *corpus e o animus domini*. Sendo o primeiro elemento objetivo, que versa sobre: o poder físico sobre a coisa, o poder de influência, além do *animus*, isto é, a intenção de propriedade.

O elemento objetivo é o mais criticado, pelo fato de que a exigibilidade de um contato físico para configurar a posse é por demais complexo, ante a impossibilidade de um indivíduo estabelecer um contato permanente com os objetos que lhe digam respeito.

Posse não se confunde com detenção, uma vez que este elemento tem apenas a presença do *corpus*. O certo é que a ideia de contato físico não é a melhor interpretação para o elemento objetivo da teoria de Von Savigny, em verdade, o *corpus* denota o poder de influência do possuidor em relação à coisa, ainda que momentaneamente não haja contato imediato e direto.

Jefferson Daibert (1979) explica que a posse para Savigny pode representar uma síntese do *corpus* e do *animus*. Neste ponto, o primeiro é o elemento externo. Por outro lado, o segundo elemento é interno, intelectual, projetado na mente do possuidor.

Para Savigny, fundamental para gerar a posse era a existência de detenção. Segundo Savigny, citado por Menezes Cordeiro: “Todas as definições de posse consideram como posse de uma coisa a situação na qual não só a actuação própria, sobre a coisa, é fisicamente possível, mas também pode ser impedida qualquer interferência exterior”. (CORDEIRO, p.24, 2000)

Menezes Cordeiro (2005) transmite dispositivos do BGB que são capazes de demonstrar elementos típicos da teoria de Ihering, em virtude da visibilidade de domínio como característica central para a configuração da posse.

---

<sup>19</sup> A contribuição científica de Savigny se revestiu da maior importância, pois, vivia-se, naquela época, um momento de grande expressão doutrinária dominial dominante, que apontava em sentido divergente do defendido por ele. Com efeito, Savigny deparou-se com a rigidez extrema do individualismo dominial, na medida em que era a propriedade, expressando a liberdade de dominar, que implicava a existência da posse. “Nas doutrinas do tempo, o fundamento desta assentava, sem dúvida, no facto de ela constituir um germen do domínio, uma propriedade em potência.” (SOARES, 1981, p. XLVII, grifo do autor). Ademais, estava em vigor o Código de Napoleão, que consagrara em seu texto o individualismo dominial. No referido Código, no título concernente à prescrição, nos artigos 2228 a 2235, a posse estava inserida. (GIL, apud, SOARES, 1981, p. XLVII). Assim, conclui-se que na sistemática do Código napoleônico a posse era um acessório da prescrição aquisitiva. No referido Código, exigia-se, ainda, o *animus domini*, de modo que o campo conceitual da posse foi sumamente restringido, na medida em que não se reconheciam efeitos jurídicos à simples detenção e à posse que não fosse aquela fundada em um título legal. (SOARES, 1981, p. XLVII) (FIALHO, 2017, p.49)

Por outro lado, a teoria simplificada da posse de Rudolf Von Ihering é mais adequada para os tempos modernos e necessita também de dois elementos: *corpus* e *affectio*, aquele objetivo e este subjetivo. De modo específico, o *corpus* denota a exteriorização, a visibilidade e a aparência de domínio. Neste objetivismo, há de se analisar as condutas do sujeito, que se comporta, além de transparecer, com tamanho zelo e cuidado sobre a coisa, que, apesar de não ser proprietário, aparenta ser, conforme o plano fático. Por outro lado, o *affectio* revela a vontade do possuidor de se portar zelosamente em relação à coisa, como se dono fosse. Neste sentido, embora o possuidor não queira necessariamente se tornar proprietário, a vontade transmitida é de agir, por meio de condutas típicas, como se fosse o titular do direito real de propriedade.

O discurso possessório interage fortemente com a propriedade, conforme Caio Mário da Silva Pereira (2019), em diversos períodos da história:

Por toda a Idade Média, como nos tempos modernos do direito, quer nos países em que a propriedade é sedimentada nas bases de velha tradição, quer naqueles outros em que a competição pelo aproveitamento de amplas extensões territoriais dá maior ênfase à *affectio tenendi* – sempre a posse ocupa a mais relevante função social, e sua proteção reclama maior atividade do aparelho judiciário. (PEREIRA, 2019, p.30)

O Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) adota a teoria de Rudolf Von Ihering, e considera possuidor aquele que tenha a aparência de proprietário. Por isso, a propriedade é o pressuposto, é amparo sobre o qual se estrutura a posse. Em outras palavras, o ponto de partida da posse é a propriedade, tendo em vista os atributos. Apesar disso, a teoria de Savigny, embora não prevaleça no atual Código Civil de 2002, certamente é adotada em menor grau, ante o encontro entre a essência do *animus domini* e a sua imprescindibilidade para a obtenção da posse *ad usucapionem*, qualificada e primordial para o êxito na ação petítória de usucapião, nos termos do artigo 1.238 e seguintes do Código Civil brasileiro.

Segundo Ihering, quanto ao elemento objetivo, criticando a teoria de Savigny:

Dá-se hoje o nome de `corpus` à relação exterior da pessoa com a coisa estabelecida pela apreensão. Os juristas romanos, pelo contrário, não se serviam dessa expressão senão para designar a manifestação da vontade no ato de apreensão. O `corpus, segundo a teoria dominante, é o poder físico ou a supremacia de fato sobre a coisa, tal é a noção fundamental pela teoria atual. Ela é absolutamente errônea, como se pode ver em minha obra já citada: O fundamento da proteção possessória (IHERING, p.43, 2002)

Assim, possuidor no Brasil é o que tem a aparência de proprietário. Noutra giro, detentor dependerá dos critérios definidos pelo legislador, conforme Adriano Stanley (2009).

Por outro lado, Flávio Tartuce (2021) defende que a referida teoria está superada<sup>20</sup>, por conta da prevalência da teoria social, defendida por Perozzi, Saleilles e Gil.

Acerca da adoção da teoria simplificada da posse, com seu típico cunho objetivo, Orlando Gomes (2004) analisa que o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 1.196 preferiu a adoção dessa teoria: “Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.” (BRASIL, 2002)

Gomes (2002) pensa que o legislador no artigo 1.196 do Código Civil de 2002 se valeu da mesma opção do legislador do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), conforme o artigo 485: “Art. 485. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade.” (BRASIL, 1916)

Sílvio Rodrigues (2002) analisa que Clóvis Beviláqua no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), fez opção pela teoria objetiva da posse. Nesse ponto, Rodrigues (2002) é enfático ao defender que, além de Beviláqua, outros autores brasileiros entendem a prevalência da teoria objetiva da posse.

Orlando Gomes (2004) ainda acrescenta que o Código Civil brasileiro de 1916 (BRASIL, 1916) é um dos primeiros, em um direito comparado, a adotar os princípios da teoria objetiva da posse.

Laura Beck Varela (2002) trabalha a adoção da teoria simplificada da posse, ante a facilidade perceptível em relação à distinção entre posse e detenção. Por outro lado, conforme Carl Von Savigny, a detenção significa a presença somente do elemento objetivo *corpus*, por outro ângulo, a posse consiste na concentração do *corpus* e do *animus domini*.

Interpretar a posse é fundamental para a propriedade. Haja vista que, os elementos da posse também podem aparecer nela, conforme o confronto entre os artigos 1.196 e 1.228 do Código Civil de 2002.

Em decorrência da tendência historicamente patrimonialista, a posse e a propriedade são formas de satisfação de vontades. Dessa forma, tais institutos são interdependentes.

A teoria sociológica, sustentada por autores como Silvio Perozzi, segundo Gonçalves (2018), traz à baila a tese de que possuidor impõe à coletividade o dever de abstenção, promovendo um autêntico reconhecimento social.

---

<sup>20</sup> Sem prejuízo dessa confrontação, como mencionado, tendo a propriedade uma função social reconhecida no Texto Maior, o mesmo deve ser dito quanto à posse. Diante desses argumentos, entendo ser mais correto afirmar, atualmente, que o nosso Código Civil não adota a tese de Ihering, pura e simplesmente, mas sim a tese da posse-social, como defendem Perozzi, Saleilles e Gil, citados por Joel Dias Figueira em sua proposta de alteração legislativa. Uma mudança de paradigma inegável atingiu também o Direito das Coisas, razão pela qual o debate entre Ihering e Savigny encontra-se mais do que superado. (TARTUCE, p.55, 2021)

A ideia de Silvio Perozzi compreende que a posse envolve os membros da sociedade, quais sejam: de um lado o seu titular, do outro a sociedade, que precisa respeitar aquele. Em outras palavras, a coletividade não é titular imediato da posse. Porém, numa visão contemporânea, é central. Neste discurso, parece haver sob o ponto-de-vista relacional uma tensão altruísta, entre o titular e a coletividade. No mesmo olhar de Perozzi<sup>21</sup>, tendo em vista os estudos desenvolvidos em 1906, a posse é uma propriedade, porém, social<sup>22</sup>, fruto da liberdade de agir, conforme as previsões normativas. Ademais, a posse é fruto de um comportamento passivo da coletividade, caracterizado pelo respeito e abstenção sobre a posse alheia.

A visão sociológica da posse defende a superação da visão clássica e individualista, de forma a aproximar do condão constitucional:

Nessa perspectiva, a posse ultrapassaria as fronteiras do pensamento tradicional individualista das correntes anteriores, para ingressar em um plano constitucional superior voltado à função social. Vale dizer, a posse se explica e se justifica pela sua própria função social, e não, simplesmente, pelo mero viés do interesse pessoal daquele que a exerce. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p.62)

Paulo Nader (2016) invoca a concepção sociológica nos termos subsequentes:

Correntes sociológicas, sensibilizadas pela profunda desigualdade social, que atinge grande parte dos povos e marca o início do terceiro milênio, buscam valorizar a posse como instrumento de aquisição da propriedade, enfatizando a justiça social como valor preeminente. A doutrina encontra valiosa fundamentação nos estudos do francês Raymond Saleilles. Sensível à tendência, o Código Civil, dando projeção ao princípio constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII), confere o domínio de área extensa, após cinco anos de posse ininterrupta e de boa-fé, a grupo considerável de pessoas que, em conjunto ou separadamente, tenha realizado obras e serviços de interesse social e econômico (art. 1.228, § 4º). (NADER, 2016, p.39)

No direito comparado merecem apreço as influências italiana, francesa e alemã, para fins de construção do Direito das Coisas no Brasil<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Perozzi formulou, em 1906, na primeira edição de suas *Istituzioni di diritto romano*, a teoria social da posse, caracterizada pelo comportamento passivo dos sujeitos integrantes da coletividade com relação ao fato, ou seja, a abstenção de terceiros com referência à posse. Segundo o mencionado autor, a posse prescinde do corpus e do animus e resulta do “fator social”, dependente da abstenção de terceiros, como foi dito, que se verifica costumeiramente (...) (GONÇALVES, 2021, p.21)

<sup>22</sup> (...) a posse é uma propriedade, propriedade social, estado de liberdade de ação quanto à coisa e que vige graças às forças sociais; difere, não só por ser um fato enquanto a propriedade é um direito, mas também porque esta se constitui de uma liberdade jurídica de ação que existe por causa da abstenção, quanto à coisa, imposta pelo Estado, ao passo que aquela é constituída por uma liberdade, de fato, da ação cuja existência decorre do costume social de abstenção com referência a coisas aparentemente não livres. (ALVES, 2008, p. 241)

<sup>23</sup> Anterior à polêmica entre Savigny e Ihering, o Code Napoléon, pelo art. 2.228, assim define o objeto de nosso presente estudo: “A posse é a detenção ou o gozo de uma coisa ou de um direito que temos ou que exercemos por nós mesmos, ou por um outro que a tem ou que a exerce em nosso nome.” Aparentemente o legislador não teria distinguido posse de detenção, o que não é real, pois o termo detenção não foi empregado em sentido

Importa também a distinção lúdica feita entre as teorias da posse de Savigny, Ihering e Perozzi, a partir da alusão de um determinado sujeito aparentar ser o proprietário de um chapéu, poder retirar e recolocá-lo e desejar ser o seu proprietário, a ponto de a sociedade se abster de o atingir:

(...) como no exemplo por ele fornecido de um homem que caminha por uma rua com um chapéu na cabeça. Segundo Savigny, tem ele posse sobre o chapéu, porque o tem sobre a cabeça, podendo tirá-lo dela e nela recolocá-lo, e está pronto a defender-se se outrem tentar arrebatá-lo. Para Ihering, é ele possuidor, porque aparenta ser o proprietário do chapéu. Na concepção de Perozzi há, nesse caso, posse, pois quem tem o chapéu na cabeça torna aparente que quer dispor dele só, e todos, espontaneamente, se abstêm de importuná-lo. Observa o citado jurista que os homens, alcançando certo grau de civilização, abstêm-se de intervir arbitrariamente numa coisa que aparentemente não seja livre, por encontrar-se esta em condições visíveis tais que deixa presumir que alguém pretende ter-lhe a exclusiva disponibilidade. (GONÇALVES, 2021, p.21)

Some-se a relevância de Saleilles, que:

dissipa a incongruência legislativa francesa, que já há um século impedia que a posse se vigorasse independente da propriedade, em matéria de móveis, tanto em termos acadêmicos, científicos, quanto jurisdicionais. Essa foi uma das decisivas contribuições de Saleilles em campo possessório. A outra, como anotado alhures, na repercussão social da apropriação individual de bens. Essas abordagens pioneiras influenciaram gerações de juristas em direção à independência da posse com relação ao domínio, bem como às alterações legislativas para essa consagração e também ao entendimento da posse como fenômeno social que independe da mera vontade do possuidor. Nesse ponto, aproxima-se de Kant, que já havia previsto a posse como encontro intersubjetivo de vontades. (GALVANI, 2015, p. 69).

Assim, em Saleilles, é perceptível a interligação entre a posse e a propriedade. Outro aspecto relevante, responsável por aproximar o autor de Silvio Perozzi, consiste na observância de que a posse é exercida em sociedade, motivo pelo qual ela repercute socialmente, gerando a necessidade de abstenção por parte do sujeito passivo da relação material. Nesta visão, há o intersubjetivismo da posse.

---

técnico, mas equivalente à apreensão.<sup>58</sup> A posse é projetada como um simples fato e não como um direito subjetivo. O sistema admite, além da posse das coisas, a dos direitos. Com uma distinção entre posse natural e civil, o Código Civil espanhol, de 1888, pelo art. 430, conceitua a posse civil à luz da teoria subjetiva de Savigny, situando a posse natural como “a posse de uma coisa ou o gozo de um direito por uma pessoa”. A diferença específica da posse civil consiste no fato de uma pessoa ter uma coisa ou desfrutar de um direito com a intenção de dono. Caracteriza-se a posse natural, ou detenção, segundo Aubry e Rau, quando “uma pessoa tem de fato uma coisa sob seu poder, sem a intenção de submetê-la ao exercício de um direito real”.<sup>59</sup> O Código Civil da Alemanha – pátria de Savigny e de Ihering – não se esmerou na definição de posse (*Besitz*), limitando-se a dispor sobre a sua aquisição: “A posse de uma coisa é adquirida pela obtenção do poder de fato sobre a coisa...” (art. 854). Da concepção de Savigny assimilou apenas o elemento *corpus*. A temática da posse é desenvolvida nos demais dispositivos – art. 855 a 872. De acordo com o BGB, ter-se-á posse quando alguém praticar um poder de fato sobre uma coisa. Por força do art. 1.140, 1ª parte, o Código Civil italiano, de 1942, sufragou a teoria de Rudolf von Ihering: “(NADER, 2016, p.39)

O olhar sociológico está no enunciado 492 do Conselho de Justiça Federal, a partir do qual a funcionalização agrega existencialismo aos direitos reais: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela.” (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL)

A posse, sob a égide sociológica e ao longo da história, é decisiva para a compreensão da função social da propriedade, na medida em que a sua estruturação passa pelo estudo da posse e sua funcionalização. Exemplificadamente: Se o um proprietário faticamente não se porta com zelo, ao ponto de ficar por longos anos sem sequer murar a sua casa, em relação ao bem sobre o qual repousa a sua propriedade, corre o risco de outrem adentrar e passar a experimentar a posse *ad usucapionem*. Diante disso, a propriedade poderá ser elidida de seu titular inerte e faticamente omissos, estabelecendo-se a preponderância do possuidor direto sobre o proprietário. Em outros termos, a mera abstração da titularidade da propriedade não garante, sem a correspondente facticidade possessória, de modo absoluto, a manutenção da propriedade.

Neste condão sociológico, nota-se no Direito Romano a ideia de repartição em caráter precário por parte do governo em favor de determinadas pessoas, de modo que os destinatários da posse deveriam cuidar, evitando-se a deterioração da coisa. Assim, é perceptível que o governo mantinha a propriedade, porém, precariamente repartia parte da posse, oriunda de conquistas em guerras, para os seus cidadãos; motivo pelo qual a ideia de produtividade é importante para a compreensão da funcionalização ao longo da história. Em outros termos, a posse se dá num contexto social, que jamais pode ser ignorado:

Costumavam os romanos distribuir aos cidadãos uma parte dos terrenos conquistados e reservar para a cidade a parte restante. Como as constantes vitórias dessem a Roma grandes extensões de terras, resolveu-se conceder aos particulares a fruição das áreas destinadas às cidades, para que não ficassem improdutivas, repartindo-as em pequenas propriedades denominadas *possessiones*. Essas concessões eram feitas a título precário e tinham natureza diferente da propriedade *quiritária*. Não podiam, por isso, ser defendidas pela *reivindicatio*, restrita ao titular da propriedade. Para que não permanecessem indefesas, criou-se um processo especial, inspirado nas formas de defesa da propriedade, denominado *interdito possessório*. (GONÇALVES, 2021, p.18)

O posicionamento básico é que sobre o mesmo bem podem recair diversos direitos reais, assim como a posse, que é capaz de movimentar os direitos reais. Ora, o mesmo proprietário, titular do direito real sobre coisa própria, pode legitimar que, por sobrelevação, haja uma edificação em consonância com os parâmetros de segurança e do direito urbanístico, caracterizando-se outro direito real sobre coisa própria, derivado da base, nos termos do artigo

1.510-A do Código Civil de 2002. Sobre esta mesma base, é possível a celebração do direito real sobre coisa alheia de fruição denominado usufruto, nos termos do artigo 1.390 do Código Civil. Além disso, a base poderá se posicionar como prédio dominante numa servidão de vista sobre terreno vizinho, avençando a proibição de construções prejudiciais ao seu horizonte. Além de ter legitimidade, nos termos do artigo 1.473, em razão de um mútuo pecuniário, de dar como garantia o referido bem imóvel. Ao longo de todas estas hipóteses, é perceptível que a posse movimentou os direitos reais.

O possuidor traz consigo os elementos típicos de usar, fruir e gozar. E o proprietário, titular de direitos reais sobre coisa própria, tem as prerrogativas de usar, fruir, gozar, dispor e reivindicar, a partir de uma análise sistemática dos artigos 1.196 e 1228, *caput*, do vigente Código Civil brasileiro.

O estudo coeso da posse é contributivo para a compreensão da funcionalização dela, que tem relação de interdependência referente à função social da propriedade, na medida em que ambas se prestam ao discurso constitucional e de defesa existencial:

Nessa perspectiva, é de se rever o debate em torno da posse e de sua função social. O fato de a propriedade ter sua função social expressamente prevista no rol das garantias constitucionais não lhe confere qualquer precedência hierárquica em relação à posse. Tampouco serviria essa circunstância a reforçar a ideia de que a posse só se justifica no âmbito e associada à propriedade. A opção do constituinte, ao incluir a função social da propriedade no elenco dos direitos fundamentais, indica a determinação constitucional em condicionar a tutela das relações jurídicas patrimoniais aos interesses não proprietários. Como a dizer: se o direito subjetivo do proprietário é garantido constitucionalmente, a função desempenhada pelo domínio também o é, a instrumentalizar, assim, a propriedade aos valores existenciais reconhecidos pela sociedade. Já com relação à posse, a técnica empregada pelo constituinte se mostra diversa, em razão da peculiaridade da tutela possessória. Cuidando-se de situação eminentemente fática, o interesse nela contido só se legitima e se torna digno de proteção jurídica na medida em que se vincula aos valores merecedores de tutela constitucional. A justificativa da posse se encontra, portanto, diretamente na função social que desempenha o possuidor, direcionando o exercício de direitos patrimoniais a valores existenciais. Sendo assim, eventual controvérsia entre a posse e a propriedade não pode ser dirimida a priori. Diante de tal confronto, assistirá razão ao titular que demonstrar atender à função imposta ao exercício de sua respectiva titularidade, nos termos constitucionais: a função social da propriedade, segundo o conteúdo definido pelo art. 5º, XXIII, da Constituição da República, e a função social da posse, verificada a partir da correspondência do exercício possessório aos interesses jurídicos constitucionalmente tutelados, no âmbito das garantias fundamentais, como trabalho, moradia e saúde, todos expressões da dignidade da pessoa humana. (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, 2020, p.33)

Por fim, crê-se que a teoria social, apesar de não ser a que prevalece no vigente Código Civil de 2002, é a que mais se adequa à perspectiva funcionalizada, uma vez que as teorias subjetiva e simplificada projetam seus tons ao campo das intenções e condutas do

possuidor, trazendo à baila o protagonismo conceitual para o proprietário, ao invés de ser contundente no aspecto relacional entre o possuidor versus sociedade.

### 3. PRINCÍPIOS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS

Os princípios trazem consigo marcas deontológicas e o caráter nuclear. Por outro lado, são deixados para o campo dos valores a axiologia, o subjetivismo e a teleologia, conforme analisam Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato Naves(2009), amparados em Jürgen Habermas.

Paulo Nader esclarece a força dos princípios nos termos seguintes:

Os princípios, como vemos, são enunciados diretores da atividade humana juridicamente considerada. Os que mencionamos são regionais. Contudo, há princípios que valem para todos os âmbitos. São princípios gerais de direito, como o da igualdade, o da responsabilidade por danos, o de que o pactuado deve ser observado (*pacta sunt servanda*) etc. Em seu nome, a dogmática procura entender o direito como um todo, postulando sua unidade. Para ela, não obstante as distinções, o direito é, em última análise, um só. Daí o sentido sistematizador de sua tarefa. O sistema daí resultante, como vimos mostrando, pode não ser um conjunto rigorosamente lógico, mas deve manifestar certa coerência e sentido de coesão. (NADER, p.108, 2017)

Para elucidar o impacto dos princípios é importante o pensamento do jusfilósofo Miguel Reale:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 2002, p.60)

Os princípios são parâmetros, ondas de amadurecimento do pensamento jurídico. São pilares capazes de esclarecer e iluminar a mente dos atores do direito. Desse modo, a aplicação principiológica transmite congruência e a sustentabilidade interpretativa.

Ao conceituar princípios nesta tese, são extraídos os de ordem patrimonial e existencial. Assim, os princípios que têm ligação direta com esta tese são a função social, autonomia privada e boa-fé, sobretudo.

#### 3.1 Principiologia clássica

Os princípios fundantes do Direito Civil, segundo Taísa Maria Macena de Lima (2003), amparada em Maria Helena Diniz e Carlos Alberto Bittar, são os seguintes:

1º Princípio da personalidade; 2º Princípio da Autonomia da vontade; 3º Princípio da liberdade; 4º Princípio da propriedade privada; 5º Princípio da proteção familiar; 6º

Princípio da legitimidade da herança e do direito de testar; 7º Princípio da Responsabilidade; 8º Princípio do solidarismo social. (LIMA, p. 243, 2003)

A tentativa precípua deste capítulo consiste em analisar os princípios pertinentes ao entendimento da propriedade privada. Desse modo, haverá melhor precisão do contexto no qual se está inserido.

O tema central desta tese exige atenção à nova principiologia, a partir da visão de César Fiúza (2006), que não se confunde com a clássica, mais atrelada à autonomia da vontade.

Os princípios auxiliam os atores do direito no processo hermenêutico, uma vez que ajudam no esclarecimento do instituto da função social, na medida em que são núcleos que orientam o pensamento dos estudiosos da ciência do direito.

O norte dos princípios clássicos é a autonomia da vontade, concentrada no discurso de liberdade, num tom individualista. Por outro lado, os nortes da nova principiologia são a dignidade da pessoa humana e a função social.

Valorar irrefreavelmente a liberdade é enaltecer os interesses humanos, o que pode gerar um descontrole. Além de colocar em risco o que mais a nova principiologia valoriza, o respeito à dignidade do homem.

Em uma sociedade capitalista, a liberdade conduz o homem para uma incessante inquietação quanto ao acúmulo de riquezas. Assim, se não houver o acompanhamento de solidários elementos, corre-se o risco de termos uma realidade desprestigiadora da pessoa humana.

A autonomia da vontade, por si só, não é capaz de satisfazer as aspirações da dignidade da pessoa humana e da função social, motivo pelo qual merece ser superada. Nessa visão, tão somente a partir da superação desse abismo entre a autonomia da vontade *versus* a dignidade da pessoa humana será possível se falar adequadamente em função social da propriedade.

A função social tem uma vertente humanista, a partir da qual a coletividade está no centro interpretativo. Trata-se de uma visão que repudia o egoísmo.

A nova principiologia, segundo César Fiúza (2006), abarca a autonomia privada, a função social, a dignidade da pessoa humana e a boa-fé - intrinsecamente relacionadas à propriedade privada.

### **3.1.1 Princípio da autonomia da vontade**

A origem da autonomia da vontade, segundo Eduardo Sens dos Santos (2004), diz respeito às teorizações de Kant e Rosseau, que foram amoldadas em períodos ulteriores.

O desenvolvimento<sup>24</sup> da autonomia da vontade está atrelado ao Direito Romano, bem como à Revolução Francesa, por conta de seus ideais de liberdade e relativização da intervenção estatal na autonomia da vontade.

A autonomia da vontade consiste em um princípio que se dava mais intensamente em anteriores ordenamentos infraconstitucionais. Em verdade, este princípio não tem lugar pleno no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002).

A autonomia da vontade tem o escopo de transmitir aos sujeitos contratuais amplas e praticamente ilimitadas liberdades para a manifestação de vontades: As partes decidem os moldes de sua atuação, e, por conseguinte, executam o seu desígnio patrimonial, onde o Estado não intervem - num tom individualista. Nesse contexto, ele não participa da formação contratual.

Taísa Maria Macena de Lima (2003) acredita que este princípio tem relação com o direito de resistência, que é conferido ao indivíduo em razão de intervenções de ordem estatal.

Clóvis Beviláqua (1954) pensa a liberdade em um contexto patrimonial, que é central para a determinação do conceito de autonomia da vontade. De modo que, a verificação da vontade se daria através da observância de elementos psíquicos.

Arnold Wald (1994), a partir do direito de liberdade, também conceitua a autonomia da vontade: “A autonomia da vontade se apresenta sob duas formas distintas, na lição dos dogmatistas modernos, podendo reverter o aspecto da liberdade de contratar e da liberdade contratual.” (WALD, 1994, p.152)

César Fiúza (2006) esclarece que o princípio em foco pode ser percebido a partir de quatro características visíveis, que traduzem a tensão entre a presença estatal e a vontade das partes: A primeira característica aponta para a legitimidade das partes, no sentido de decidir se haverá ou não a contratação; sem a possibilidade de ninguém substituir ou afrontá-la.

---

<sup>24</sup> Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato. O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qual-quer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual. Foi sacramentado no art. 1.134 do Código Civil francês, ao estabelecer que “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que a lei relativamente às partes que a fizeram”. (GONÇALVES, 2020, p.44)

Se houver a citada intervenção, entre outras consequências, destaca-se um efeito, de cunho constitucional, que está descrito no artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, senão em virtude de lei.” (BRASIL, 1988)

Existe nessa primeira característica da autonomia da vontade uma ligação ao princípio da liberdade de contratar, que posteriormente migrou para a autonomia privada.

O princípio da autonomia da vontade ainda traz outra característica. Qual seja, a possibilidade de decisão sobre as pessoas com as quais o sujeito contratará. Neste sentido, o indivíduo terá a liberdade de decidir sobre quais pessoas celebrará um contrato de compra e venda, por exemplo, conforme Caio Mário da Silva Pereira (2003).

Segundo Fiúza (2006), a terceira característica, que decorrerá do princípio da autonomia da vontade, é a vedação das cláusulas antijurídicas. Isto é, as cláusulas defesas em Lei devem ser declaradas inválidas.

Caio Mário da Silva Pereira (2003) trabalha a autonomia da vontade e a sua interação com as intervenções do Estado. Todavia, segundo Pereira (2003), a ordem jurídica é responsável por solidificar a legitimidade conferida aos indivíduos para a criação de direitos, como o de propriedade.

Este princípio não demonstra um grau satisfatório de interação entre Estado *versus* indivíduos, em virtude da exacerbada liberdade, motivo pelo qual, é difícil encontrar a função social neste contexto.

A medida certa de intervenção estatal é de difícil precisão. Dessa forma, um dos elementos justificadores da intervenção é a função social, que é princípio mais atrelado à nova principiologia.

A flexibilização da autonomia da vontade passa pela discussão sobre a autonomia pública<sup>25</sup>, por meio da qual as liberdades em sociedade são mitigadas pela presença do Estado, conforme Silva (2016).

O consensualismo também deve ser trabalhado como princípio aplicável em uma realidade principiológica patrimonial clássica, o qual tem íntimo elo com a gênese e conceituação do contrato, uma vez que este princípio busca valorizar a liberdade que os sujeitos têm, sem imposições e interveniências unilaterais. Portanto, será através do

---

<sup>25</sup> Ao longo de sua obra, Habermas irá apontar em tal construção normativa prejuízos de dupla ordem: ela limita não apenas a autonomia pública dos cidadãos, na medida em que legitima uma redução da pauta público-política em nome do indivíduo, como a própria autonomia privada, porque impede que os conteúdos das liberdades individuais sejam alterados pelos concernidos como parte de uma práxis política concreta que busca os espaços de ação mais condizentes àquilo que consideram sua autonomia individual. A primazia das liberdades individuais viria ainda acompanhada de um outro tipo de prejuízo normativo: a delimitação teórica do conteúdo das liberdades que estabelecem as fronteiras entre o público e o privado. (SILVA, 2016, p.29)

consensualismo que haverá a transferência da propriedade. Assim sendo, para se falar em propriedade e a sua destinação é necessária a obediência ao princípio do consensualismo.

Em uma principiologia clássica, o consensualismo era basilar. Isto é, as decisões produzidas pelas partes acerca de seus bens não geravam modificações posteriores.

Segundo César Fiúza (2010), o princípio do consensualismo significa a valorização da vontade das partes. Ora, aqui há a valorização das vontades das pessoas envolvidas em um ato jurídico.

Os sujeitos contratuais criavam, modificavam ou extinguíam algum direito, conforme a gênese contratual, por exemplo. Portanto, são as partes que decidirão, sem intervenções diretas estatais:

O princípio do consensualismo dita considerarem-se os contratos celebrados, obrigando, pois as partes, no momento em que estas cheguem a consenso, na conformidade com a lei, sendo dispensada qualquer formalidade adicional. (FIÚZA, 2010, p.37)

Posiciona-se o consensualismo no capítulo sobre a autonomia da vontade, pela relação de complementariedade que existe entre ambos. Fiúza (2010) acrescenta que um ato jurídico, como o contrato, é celebrado a partir do consenso entre as partes, em conformidade com o disposto no ordenamento jurídico.

Os atos produzidos, respeitando-se a vontade das partes, não têm outro efeito senão a aplicação do consensualismo. Há, portanto, uma relação de causa e efeito entre a autonomia da vontade e o consensualismo. Isto é, o consensualismo só se verifica em razão do pressuposto da liberdade.

Arnaldo Rizzardo analisa a influência do consensualismo numa visão cronológica:

Desde o surgimento, passado pelo Direito Romano e pelas várias correntes filosóficas e jurídicas da história, o princípio da autonomia da vontade sempre foi consagrado. Por isso, é o contrato considerado como acordo de vontade livres e soberanas, insuscetível de modificações trazidas por qualquer outra força que não derive das partes envolvidas. Induziu a tão alto grau a liberdade de pactuar, que afastou quase completamente a interferência estatal. Assim, pontificou na doutrina de J. J. Rousseau, na qual prepondera a vontade geral, e não a individual, com o menor envolvimento possível do Estado, formada pelo livre consentimento das vontades individuais, vindo a construir o contrato social. (RIZZARDO, 2010, p. 19)

Não obstante o comentário de Rizzardo (2010) seja importante para o entendimento do consensualismo, não é distante pensar que este princípio só tem pertinência para esta tese se interpretado como um princípio relevante para a compreensão das destinações das

propriedades privadas. De maneira que, este princípio é crucial para a verificação da legitimidade da transferência da propriedade.

O consensualismo é uma autêntica premissa-maior, que diz respeito aos sujeitos contratuais, a ser exercido, inicialmente, através das sondagens preliminares, a partir das quais o interesse contratual passa a ser despertado, sem imposições diretas. Nesse mesmo sentido, quando se está diante de um contrato bilateral ou plurilateral, por exemplo, existem demonstrações de vontades, tidas como premissas menores.

Quando se celebra a convenção, atinge-se a premissa maior, a decisão final no sentido de solidificar o consensualismo, fruto da confrontação de vontades. E, via reflexa, a vontade estará harmonizada e instrumentalizada nas cláusulas contratuais. Portanto, o choque e a busca pela harmonia entre as duas vontades revelam o consensualismo.

De fato o consensualismo é princípio distinto da autonomia da vontade. Todavia, a relação entre ambos é de interdependência e complementariedade. Desse modo, o consensualismo está atrelado à ideia de acordo, segundo Silva (2016). Trata-se da confrontação de vontades, o encontro de subjetivismos<sup>26</sup> manifestados através das ações e relacionamentos jurídicos.

O consensualismo só atingiu este nível após forte evolução histórica, carregando consigo tal amadurecimento numa visão moderna, na medida em que no Direito Romano não havia a robustez deste princípio. Assim, Fábio Alem (2018), citando John Gilissen:

O princípio moderno do consensualismo dos contratos é o resultado de uma longa evolução histórica. O direito romano não o tinha admitido; muito menos o direito germânico. Foi no decurso da Baixa Idade Média que o respeito pela palavra dada se impôs, sobretudo por influência do direito canônico. O Consensualismo triunfou rapidamente e tornou-se na base da moderna teoria dos contratos. (ALEM, 2018, p.20)

Esse capítulo buscou repensar a autonomia da vontade, em decorrência do fato de que será a sua mitigação que contribuirá para construir a nova principiologia.

A evolução principiológica agasalha novo formato hermenêutico do Direito Civil. Ora, a função social é contributiva para a migração da autonomia da vontade para a autonomia

---

<sup>26</sup> Com efeito, a própria natureza do contrato, a qual seria encontrada em um acordo estabelecido espontaneamente entre dois ou mais sujeitos de direito, apontaria para o caráter intersubjetivo das liberdades subjetivas de ação: na criação de relações jurídicas originais, cada uma das partes contratantes é obrigada a unir sua vontade ao conhecimento das demais e a buscar um entendimento acerca dos termos a serem aceitos coletivamente. Além disso, a exigência normativa do reconhecimento entre sujeitos de direito – que já se faz presente em relação às partes contratantes – é ampliada em direção à comunidade jurídica em seu todo. (SILVA, 2016, p.32)

privada, na medida em que a função social limita a autonomia da vontade e, reflexamente, instaura espaço para construção da autonomia privada.

## 3.2 Principiologia Moderna

### 3.2.1 Estado liberal

O cartesianismo não se coaduna com os limites paradigmáticos historicamente presentes no cenário jurídico brasileiro. Por isso, é difícil localizar a época precisa capaz de ter gerado a migração do cenário clássico principiológico para o novo.

Há um conjunto de fatores importantes para se atingir a nova principiologia. Um marco temporal relevante diz respeito ao liberalismo, em razão do *laissez-faire*, fenômeno que tem como significado a atuação mínima estatal, permitindo que os indivíduos livremente atuem, especialmente na esfera econômica, acreditando-se em uma regulação da economia, com forte influência ideológica da Revolução Francesa. Tal fato gerou um óbice quanto às características individualistas do homem, que com tamanha liberdade terminou deixando de lado o compromisso social que deveria ser ínsito a qualquer ser. Cria-se, por consequência, um cenário de exacerbado encorajamento à iniciativa privada.

Kildare Gonçalves Carvalho (2007), invocando Alberto Venâncio Filho, fortifica a ideia sobre a história e os basilares pressupostos do Estado liberal, além de enaltecer a importância do maior porta-voz do liberalismo econômico, qual seja, Smith:

A concepção liberal de Estado ( ou de Estado Liberal) predominou no século XIX e projetou-se para o século XX, sendo seu ideário acolhido pelas Constituições européias que vigoravam, com repercussões no incipiente constitucionalismo do continente americano. A propósito, Alberto Venâncio Filho leciona que a ideologia liberal foi produto da dupla influência do individualismo político-filosófico do século XVIII tomado pelas idéias vitoriosas da Revolução Francesa, sendo objetivo maior proteção dos direitos individuais contra abusos de autoridade e do liberalismo econômico- na linha das idéias defendidas por Adam Smith e fisiocratas- no sentido de que a intervenção estatal não deveria falsear o jogo das leis econômicas (CARVALHO, p.12, 2007)

Há um abismo entre os indivíduos e o Estado, gerando tensão entre a atuação Estatal e a liberdade individual – onde tal atuação se presta a uma atuação fiscalizatória clássica, não intervindo na órbita privatista das pessoas.

Janice Silveira Borges (2009) enaltece o individualismo, patrimonialismo e distanciamento estatal, que caracterizavam o Estado liberal, bem como marcam a instigação à concentração de capital. Segundo Borges:

O paradigma de Estado Liberal caracterizou-se por sua visão essencialmente individualista do ser humano, o que fez com que houvesse a prevalência do princípio da autonomia da vontade, na esfera privada, e uma forte influência patrimonialista, sobretudo, na propriedade dos meios e bens de produção. O posicionamento omissivo do Estado, de certo modo, favoreceu a construção dos grandes capitais, por parte dos que detinham os meios de produção. Essa situação acabou por ampliar as desigualdades sociais, que foram severamente agravadas após a Revolução Industrial. (BORGES, 2009, p.92)

A ideia exposta pode ser vista nas palavras de André Ruger e Renata de Lima Rodrigues (2007):

O Estado liberal se fundava em uma ordem de coisa em que o `status´ dos cidadãos era determinado segundo um sistema de direitos negativos opostos frente ao Estado e a outros cidadãos, e que possibilitaram a realização de interesses individuais a salvo de intervenções estatais. O modelo liberal partia da concepção de que todos os sujeitos individualmente considerados deveriam ter ampla liberdade para a realização de seus interesses e inclinações. A idéia de que o Estado pudesse condicionar o âmbito de atuação das consciências individuais era tida como contraproducente, pois limitava o progresso e o desenvolvimento humano e social (RODRIGUES; RUEGER, 2007, p.18)

A ideia de baixa intervenção estatal pode também ser apreendida em Perlingieri: “a liberdade de regular por si as próprias ações ou, mais precisamente, de permitir a todos os indivíduos envolvidos em um comportamento comum determinar as regras daquele comportamento através de um entendimento comum.” (PERLINGIERI, 2002, p. 17).

Norberto Bobbio (1994), na tentativa de precisar a expressão “liberalismo”, acrescenta ainda a expressão “liberismo”, cujo significado é de liberdade em um sentido destacadamente econômico.

O contexto do Estado Liberal está ligado à autonomia da vontade e repele, em certa medida, a função social da propriedade, ante a defesa substancial da propriedade privada sob a égide individualista, sem maiores interveniências estatais.

O certo é que a compreensão da liberdade é decisiva para o Estado liberal. Desse modo, o modelo estatal liberal ou social, há de transitar pela tensão entre a liberdade dos indivíduos *versus* a liberdade estatal, isto é, o grau de interveniência do Estado na autonomia privada. Assim, a ideia de Estado liberal se contrapõe à ideia de Estado absoluto, segundo Ranieri (2019).

A liberdade, embora não seja o foco desta tese, deve ser vista como direito fundamental<sup>27</sup>, protagonista da primeira geração, tutelada<sup>28</sup> pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988, podendo assumir conotação subjetiva ou objetiva, segundo Leonardo Martins (2012), a depender da referência, isto é, a primeira tem como foco o cidadão e a segunda o Estado, que se absterá, de forma a viabilizar o exercício da liberdade dos indivíduos. Neste sentido:

os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é um traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.(BONAVIDES, 2012, p. 582)

Segundo Ranieri (2019), o liberalismo é convidativo para o individualismo<sup>29</sup>. Por isso, o discurso individualista, que paira sobre a propriedade privada, notadamente em seu sentido quirritário, é naturalmente impactado pela visão altruísta.

---

<sup>27</sup> Sendo certo que a conotação negativa se dá em razão da compreensão de que a liberdade dos cidadãos há de ser intensificada em razão do afastamento do Estado, por outro lado, a conotação real, transita mais pela ideia da social-democracia. Neste sentido: As teorias subjetivistas dos direitos fundamentais explicam as normas de direitos fundamentais a partir das pretensões jurídico-subjetivas do titular dos direitos, isto é, do estudo dos sujeitos das liberdades constituídas e garantidas pelo estado Constitucional e dos objetos protegidos e indissolavelmente ligados às referidas pretensões jurídico-subjetivas. Liberdade aqui é entendida como liberdade negativa, no caso da teoria liberal ou liberdade real no caso da teoria social-democrática dos direitos fundamentais. Do ponto de vista jurídico-dogmático, fala-se no duplo caráter ou dupla dimensão dos direitos fundamentais, coexistindo como duas faces do mesmo comando normativo uma dimensão jurídico-subjetiva e a outra dimensão jurídico-objetiva. Como PIEROTH e SCHLINK bem demonstraram, trata-se de uma simples questão de perspectiva.<sup>4</sup> Por exemplo, se de um lado os direitos fundamentais outorgam esferas de liberdade ao seu titular (objeto da liberdade), de outro constituem competências negativas direcionadas ao estado. As teorias subjetivistas enfatizam a descrita dimensão jurídico-subjetiva. (MARTINS, 2012, p.9)

<sup>28</sup> A Constituição Federal brasileira garante em seu art. 5o, caput, como segundo direito nomeado, a inviolabilidade do direito fundamental à liberdade. O que significa garantir o “direito à liberdade”? não é a defesa da liberdade em geral a meta de toda a ordem jurídico-constitucional? Essa reflexão revela o caráter geral do direito à liberdade, uma vez que ele cabe a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país e também o seu caráter genérico, pois definir a área de proteção deste direito é tarefa muito árdua. Com efeito, o direito à liberdade parece abranger quase tudo o que é garantido pela Constituição e pelo ordenamento jurídico infraconstitucional aos titulares de direitos fundamentais em geral. Em segundo lugar, a classificação de direitos em “gerações”, sendo que a liberdade representaria direito central da dita primeira geração e os direitos sociais e para alguns também os de igualdade apareceriam como elementos da segunda geração de direitos, é equivocada por duas razões principais: a inexistência histórica, uma vez que nos primeiros documentos constitucionais também direitos sociais foram outorgados e a sucessibilidade sugerida pelo termo “geração”, uma vez que uma geração torna-se obsoleta até que ceda espaço completamente à geração seguinte. Parece óbvio, no entanto, que tanto os direitos de liberdade em si quanto suas garantias judiciais em face de intervenções estatais são um problema ainda hoje muito recorrente (MARTINS, 2012, p.46-47)

<sup>29</sup> Sem individualismo, não haveria liberalismo nem democracia. O liberalismo designa determinada concepção de Estado limitado pelo Direito que, nesse sentido, contrapõe-se ao Estado Absoluto. A democracia, por sua vez, designa uma forma de governo na qual o poder deriva do povo, contrapondo-se às formas autocráticas de governo. O poder do Estado é impessoal; a lei é geral e abstrata. A Constituição garante a liberdade contra o poder arbitrário estatal e a igualdade perante a lei, além de direitos civis e políticos, notadamente a propriedade, a liberdade de manifestação, a expressão, a associação e a religião. (RANIERI, 2019, p.34)

Portanto, o Estado em questão necessitou evoluir sob a égide humanista, segundo Maluf (2019) e, então, inserir em seu seio uma onda social mais sólida, na medida em que os conceitos<sup>30</sup> de igualdade e liberdade, atrelados ao liberalismo, podem significar a promoção de abismos econômicos e sociais. Em outros termos, o liberalismo precisa de alicerces humanistas.

### 3.2.2 Mitigações do Liberalismo

#### 3.2.2.1 Estado Social

Após o Estado liberal emerge o Estado social, no final do século XIX e início do século XX, com outra vertente e outro comportamento estatal: numa atuação mais intervencionista e perseguidora do cumprimento de direitos sociais típicos. Trata-se, portanto, de uma postura menos abstencionista, segundo Ranieri (2019):

O Estado constitucional do pós-Primeira Guerra Mundial é denominado Estado social, Estado intervencionista, Estado providência, Estado de bem-estar ou Welfare State. Equipara-se ao Estado liberal no que diz respeito ao império da lei, à divisão de Poderes e à expressa previsão constitucional de direitos individuais. Diferencia-se do Estado liberal em razão de duas alterações principais: a) substituição da posição absenteísta do Estado liberal por uma posição ativa, necessária à efetivação dos novos direitos de crédito reconhecidos aos indivíduos e traduzidos como poder de exigibilidade em face do Estado (saúde, proteção social, vida familiar normal, instrução e cultura, solidariedade nacional etc.); b) adição, à função liberal de aplicação vinculada da lei como norma geral e abstrata, por meio de autorizações, proibições, habilitações etc., da função de gestão direta de serviços públicos (daí ser denominado “social”, muito embora a expressão Estado social só venha a ser constitucionalizada pela Lei Fundamental de Bonn de 1948, em seu art. 20, 1). Cuida-se, pois, de um Estado intervencionista. (RANIERI, 2019, p.37)

Para o ingresso efetivo na nova principiologia era necessária a promoção de certa revisitação dos princípios clássicos, que abalizavam um autêntico Estado liberal.

A compreensão dos fenômenos político, social e comportamental do Estado liberal é importante para identificar o panorama principiológico prevalecente.

---

<sup>30</sup> Sem dúvida, eram anti-humanos os conceitos liberais de igualdade e liberdade. Era como se o Estado reunisse num vasto anfiteatro lobos e cordeiros, declarando-os livres e iguais perante a lei, e propondo-se a dirigir a luta como árbitro, completamente neutro. Perante o Estado não havia fortes ou fracos, poderosos ou humildes, ricos ou pobres. A todos, ele assegurava os mesmos direitos e as mesmas oportunidades. Ressalta à evidência a desumanidade daqueles conceitos, porque os indivíduos são naturalmente desiguais, social e economicamente desiguais, devendo, por isso, ser tratados desigualmente, em função do justo objetivo de igualizá-los no plano jurídico. Além disso, não basta que o Estado proclame o direito de liberdade, é preciso que ele proporcione aos cidadãos a possibilidade de serem livres. Em menos de meio século, tudo o que o liberalismo havia prometido ao povo redundou em conquistas e privilégios das classes economicamente dominantes. (MALUF, 2019, p.163)

A nova principiologia flexibiliza o liberalismo, pois a proteção à autonomia da vontade, o prestígio extremado à liberdade e a consequente negação de intervenções estatais geram a proteção a interesses individuais, egocêntricos, não coletivos.

O Estado social é importante para se reconhecer que o Estado liberal foi irracionalmente fomentador de posturas abruptamente individualistas, o que demonstra a necessidade de racional intervenção estatal. Com efeito, a ideia liberal legitima aos indivíduos a possibilidade de livre atuação.

Paulo Bonavides (2008) define uma série de facetas do Estado social, entre as quais, exemplificadamente, o Estado social sob o formato marxista. No entanto, aqui se concebe que o Estado Social, sob o escopo existencial, deve buscar a convivência com questões de ordem privatista, sem negar a possibilidade de choques entre os direitos sociais e individuais.

Na nova principiologia, destaque para a flexibilização do liberalismo, egoísmo e individualismo. E via de consequência, para a perda de força da autonomia da vontade, da mitigação racional da proteção dos interesses estritamente privados, o que instaura precioso espaço para a função social, que é a condição fundamental para movimentar toda a clássica principiologia e modificá-la drasticamente. Daí o papel de destaque da função social na construção dogmática e axiológica do Direito Civil.

O Estado Social valoriza os direitos sociais e coletivos, notadamente, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, todos previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Paulo Luiz Netto Lobo (2003), ao falar da constitucionalização do Direito Civil, isto é, ao analisar a força constitucional sobre a ordem civil, destaca as principais balizas do Estado Social:

O Estado Social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado Social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. (LOBO, p. 200, 2003)

Em complementação, Lobo (2003) afirma que em um Estado Social, diferentemente do Estado Liberal, o interesse público não se confundirá com interesse social.

O “pecado” do Estado liberal consiste, comumente, no fato de que seus holofotes não estão voltados à participação popular, ao sufrágio universal, voto direto e outras marcas da democracia. Por outra vertente, o Estado social estabelece a tensão entre os direitos

individuais e os interesses sociais. Aliás, a compreensão desta tensão é decisiva para a função social:

Sobre os escombros das doutrinas liberalistas estruturaram-se as doutrinas do direito social. Os direitos individuais passaram a subordinar-se aos direitos da sociedade, até onde fosse necessário para o restabelecimento do equilíbrio social, sob a supervisão do Estado que se tornara intervencionista. (MALUF, 2019, p. 331)

Note-se que esses direitos têm como fim legislativo a proteção da coletividade, com importante caráter de solidariedade, o que é precioso para a compreensão da função social.

### **3.2.2.2 Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito tem similitudes com o Estado Social, na medida em que prestigia os direitos sociais, individuais, coletivos e outros tantos fundamentalmente constitucionais. Este Estado se orienta pela agregação de distintas variáveis ideológicas, pela perseguição de um Estado mais igualitário e capaz de flexibilizar os interesses egoístas. Assim como pela busca da democracia e de uma valorização da vontade da população.

Kildare Gonçalves analisa as bases do Estado Democrático de Direito:

As bases do Estado Democrático são a soberania do povo, expressa na manifestação da vontade popular, e a dignidade humana, consagrada na enunciação dos direitos fundamentais. Em razão desse segundo pilar, evidencia-se uma ampliação do conceito de democracia a qual terá que realizar-se não apenas no plano político, mas também nas dimensões econômica, social e cultural (...)( CARVALHO, p. 650, 2008)

O papel social e o solidarismo também são importantes marcas apontadas por Kildare Gonçalves de Carvalho:

Na perspectiva social, exige-se justiça social, sendo esta não apenas a justiça distributiva que estabelece que cada um deve receber de acordo com os seus méritos ou capacidades, mas também aquela que proclama que deve ser dada a cada um segundo as suas necessidades, ou seja, as necessidades humanas primordiais devem ser atendidas. Finalmente, no plano cultural, exige-se que a todos seja assegurada a educação(...)( CARVALHO, p.650, 2008)

Neste horizonte, a participação do povo e a aproximação de um pluralismo são marcas perceptíveis neste Estado:

É legítimo quando se fala em democracia, pois exige uma conexão exclusiva dos órgãos jurisdicionais às leis emanadas da vontade popular. Nesse sentido, jurisdição

é atividade estatal de órgão jurisdicional de fazer cumprir o direito positivo, mediante observação das garantias constitucionais do processo e do princípio da reserva legal. (DIAS, 2015, p.74)

A solidariedade tem vital importância no Estado Democrático de Direito, uma vez que a sua carga ética, e seu desejo de respeitabilidade à dignidade são marcantes. Segundo Osvaldo Rocha Torres (2009), a solidariedade, em um contexto previdenciário, assim pode ser interpretada:

Esta pode ser definida como sendo um conjunto integrado de ações de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, com vistas a assegurar aos indivíduos e suas famílias, a tão preocupada segurança jurídica. Deve, por conseguinte, garantir ao indivíduo meios básicos de sobrevivência, não só para o presente como também para o futuro. (TORRES, 2009, p. 396)

Kildare Gonçalves (2008), fazendo menção ao autor Glauco Barreira Magalhães, pensa que o principal núcleo do Estado Democrático de Direito é a busca incessante pela promoção da dignidade da pessoa humana, num processo de humanização:

O Estado Democrático de Direito é aquele que se estrutura através de uma democracia representativa, participativa e pluralista, bem como o que garante a realização prática dos direitos fundamentais, inclusive sociais, através de instrumentos apropriados, conferidos aos cidadãos, sempre tendo em vista a dignidade humana. (CARVALHO, p. 2008, p.650)

O Estado Democrático de Direito prima pelo povo, por não ignorar os seus clamores. Assim, há ligação entre este modelo de Estado, a solidariedade e o conteúdo da função social.

O Estado Democrático de Direito é construído e convergido para o povo:

(...)o Estado de Direito é um Estado democrático e republicano, ou seja, é um Estado alicerçado na soberania popular e na defesa e no cuidado com o bem público, com a coisa pública. Em consequência, o poder, no Estado de Direito, sempre está alicerçado no povo (na soberania popular) e deve ser exercido de forma a dar preferência à proteção dos bens coletivos, fundamentais para a construção de uma sociedade democrática e republicana. (BEDIN, 2013, p.149)

O Estado Democrático de Direito encontra outros tantos fenômenos, como a globalização, a mundialização da economia, a irrefreável tecnologia, a mecanização da mão-de-obra, a industrialização, a cibernética, os transgênicos.

### **3.2.3 Princípio da dignidade humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana tem profundo relevo no cenário jurídico brasileiro, bem como no direito comparado.

Trata-se de um princípio capaz de fortificar a humanização do Direito, além de suavizar a relevância extremada atribuída à propriedade, ao patrimônio, conforme se percebe no capítulo que versa sobre a propriedade privada desta tese.

Segundo Carlos Alberto Bittar (1994), a personalidade e a dignidade são muito importantes para a ciência do Direito, motivo pelo qual cristalizam a ordem jurídica.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, inspirada em Chauí:

o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica(...) o substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAES, 2006, p.17)

A dignidade da pessoa humana é fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de bem jurídico central, que adquiriu estado de princípio.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011), a dignidade da pessoa humana é o prisma dos direitos humanos. Mas, este princípio tem distintas conotações, a depender do recorte epistemológico. Diante destas plúrimas acepções, comumente há perversão interpretativa:

Esta dignidade é o fundamento dos direitos humanos, como tenho apontado em outros estudos. O problema é que essa dignidade é concebida de modo diferente pelas filosofias, religiões e culturas, o que põe em risco a objetividade da interpretação. Muitas vezes já tem servido abusivamente de “chave falsa” (perdoe-me a imagem) para que o intérprete arbitrariamente faça prevalecer a sua concepção ideológica contra a lei ou *praeter legem*. Isto “sem uma justificação política substantiva” como reclama Sunstein. (FERREIRA FILHO, 2011, p.368)

A centralidade da dignidade da pessoa humana pode ser percebida no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), ou seja, é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. Assim: “é o núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana” (ROCHA, 2009, p. 11). Trata-se da:

qualidade intrínseca da pessoa humana (em todo o homem e em toda a mulher se acham presentes todas as faculdades da humanidade), é irrenunciável e inalienável, e constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado. (CARVALHO, 2009, p. 674).

A dignidade é considerada central, assim como os demais pilares que estão presentes em semelhante preceito constitucional, quais sejam, a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político. Nesse sentido, Walsir Edson

Rodrigues Júnior e Renata Barbosa de Almeida (2012) exaltam a importância da dignidade da pessoa humana, que é o princípio responsável por proteger a perspectiva existencialista:

O que a Carta Magna vem assentar é uma especial atenção às situações existenciais, e assim o faz ao escancarar, no seu art. 1, III, a dignidade da pessoa humana. Há que se prezar pelo ser pessoa em detrimento de outras situações que ocasionem certa instrumentalização humana. E é nessa perspectiva que se deve entender o conceito atual de família. Defende-se a família enquanto espaço de preservação e fomento das situações existenciais. Daí a sua extremada importância (ALMEIDA. RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.20)

José Afonso da Silva (2006) contribui com essa concepção ao analisar a importância e o posicionamento da dignidade no direito constitucional. Trata-se de cláusula pétrea e representa um direito fundamental, um dispositivo materialmente constitucional.

Sendo assim, não será possível revogar parcial ou totalmente este dispositivo do ordenamento constitucional: quaisquer tentativas legislativas, que tenham como fim retirar do ordenamento a dignidade, serão marcadas pela ilegitimidade.

Resta concluir que a dignidade da pessoa humana tem especial blindagem, estatuída no artigo 60, parágrafo quarto da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ainda sob o aspecto constitucional, segundo Janice Silveira Borges (2009), a dignidade se irradia sobre todo o sistema jurídico, cujo uso deve ser sistematizado com outros princípios:

A dignidade, como norma constitucional, pode ser aplicada em qualquer subárea do Direito, porém seu uso está condicionado à análise da preexistência ou não, no ordenamento, de outros princípios que melhor possam ser aplicados ao caso concreto (....) (BORGES, 2009, p.95)

A função social, em razão de seu especial posicionamento axiológico e dogmático, pressupõe a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, incoerente será um ordenamento jurídico que defenda a dignidade da pessoa humana sem tutelar a função social.

A tutela da função social indicará a tutela da dignidade da pessoa humana, numa relação “umbilical”; pois a função social persegue a defesa da coletividade composta por homens, que têm como conteúdo existencial e fundamental a dignidade da pessoa humana. E, em meio a um sistema, ambas passam por um plano de justificação necessário em qualquer discurso de humanização. Neste argumento de interdependência entre dignidade e a função social da propriedade:

(...) garantias constitucionais, tais como as que impõem o respeito à função social da propriedade, ao direito do consumidor, à proteção do meio ambiente, às leis trabalhistas, à proteção a ordem econômica e da liberdade de concorrência, todas elas, conectadas ao princípio da proteção à dignidade da pessoa humana, remetem-

nos à ideia de que tais conquistas, sob nenhuma hipótese ou argumento poderão, posteriormente, virem a ser minimizadas ou neutralizadas por nenhuma lei posterior. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 49)

A par da forte inserção da dignidade da pessoa humana no direito brasileiro, tem-se a convergência com o cenário pós-moderno, segundo Francisco Amaral (2003).

A função social da propriedade e a dignidade da pessoa humana são essenciais para a construção de um Estado Democrático de Direito. A ausência desses elementos representaria flagrante retrocesso no discurso humanificador do Direito, segundo Francisco Amaral (2003).

A partir da proteção humana se justifica toda a ordem constitucional e infraconstitucional, conforme as palavras de Luiz da Cunha Gonçalves (1955), quando explica que unicamente o homem é suscetível de ter direitos e obrigações no Direito.

A dignidade da pessoa humana é a demonstração da humanização do Direito, inicialmente em um discurso abstrato. Aliás, a vertente patrimonialista clássica colide com a vertente humanizadora.

Segundo Janice Silveira Borges (2009), a dignidade tem distintos parâmetros em seu conteúdo. Um dos quais diz respeito à respeitabilidade plena do direito à vida. Em outro sentido, o segundo parâmetro tem repercussão sob a órbita da atuação estatal, isto é, o Estado deve ser protagonista no processo de promoção da dignidade da pessoa humana.

A dignidade é o escopo da existência humana. Trata-se de um direito que deve ser transmitido para toda a coletividade e pertence ao discurso do mínimo existencial, segundo Janice Silveira Borges (2009).

Luiz Edson Fachin (2008) defende a necessidade de repensar o significado de patrimônio, a partir da necessidade de exaltação da dignidade da pessoa humana. Em razão de tal exaltação, atinge-se o paradigma da repersonalização; considerando que a dignidade é o principal componente do patrimônio da pessoa humana. Amparado nesse mesmo teor repersonalizado, insurgem discursos como os das funções social dos contratos (artigo 421 do Código Civil) e da propriedade (artigo 1228, parágrafo primeiro do vigente Código Civil).

Defendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que a função social da propriedade é primordial para a compreensão do paradigma da repersonalização e funcionalização: “Decorrência da elevação constitucional da função social da propriedade, um novo paradigma de funcionalização de todos os direitos reais e da própria posse foi consagrado em nosso sistema.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 39)

Segundo Gustavo Tepedino (2001), em razão da destacada proteção da personalidade, que está descrita no artigo 11 do Código Civil (BRASIL, 2002), a personalidade é irrenunciável, inviolável, intransmissível, entre outros caracteres descritos nesse suporte.

Segundo Maria Helena Diniz (2004), os direitos da personalidade são “absolutos, intransmissíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis.” (DINIZ, 2004, p.129)

A personalidade, segundo Tepedino (2001), tutela as integridades física e intelectual. E, a partir de uma conotação monista<sup>31</sup> inerente a este bem jurídico, atinge-se a conceituação da personalidade, a partir do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Em similar teor:

Sobre os direitos da personalidade distinguem-se concepções que tendem a reconhecer um “direito geral da personalidade” e teorias que sustentam a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade. No âmbito destas últimas – ditas concepções “atomísticas” – apontam-se aquelas que consideram a existência de uma série aberta de direitos (atipicidade dos direitos da personalidade) ou fechada (tipicidade) (PERLINGIERI, 2002, p.153)

Há uma indissociável ligação entre a personalidade e a dignidade da pessoa humana, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filha (2004). Conforme os quais, a personalidade consiste em uma aptidão genérica, por intermédio da qual serão destinados direitos e também serão exigidas obrigações.

A ideia de personalidade, segundo Caio Mário da Silva Pereira (1987), está intimamente ligada à da pessoa, por expressa aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. “Esta aptidão é hoje reconhecida a todo ser humano, o que expressa uma conquista da civilização jurídica.” (PEREIRA, 1987, p.153)

João Franzen Lima (1977), refletindo sobre a pessoa humana dotada de dignidade, afirma que ela, encarada como um sujeito de direitos, é o primeiro elemento que deve ser preceituado em um ordenamento, afinal será a partir dela que a atividade jurídica acontecerá.

Janice Silveira Borges (2009) defende que o conceito de dignidade da pessoa humana foi destacadamente elaborado pela Escola de Jurisprudência dos Conceitos, no século XVIII. Segundo a autora, ao analisar a dignidade da pessoa humana, deve ser observada a sua ligação com a vida. Nesse argumento, é perceptível que o Direito deve mirar a promoção da dignidade:

---

<sup>31</sup> Em se tratando da Teoria Dualista versus Monista, o melhor caminho é defender a segunda, posto que essa revela que a personalidade deve ser interpretada a partir de um rol exemplificativo, isto é, a personalidade consiste na defesa da dignidade da pessoa humana e de suas derivações. Por fim, a personalidade, conforme as lições de Gustavo Tepedino, desdobra-se em integridade física (objetiva) e psíquica (subjetiva).

Dessa forma, ainda há o condicionamento de existência de uma vida para atribuição de dignidade de um ente humano; no entanto, requer, defende-se e promove-se a vida digna, a qualidade do desenvolver da existêncica do ser humana, a intangibilidade da vida indigna. (BORGES, 2009, p.90)

A dignidade da pessoa humana, conforme as lições de Pietro Perlingieri (2002), é o núcleo central na (re) construção do ordenamento jurídico.

Tutelar a dignidade da pessoa humana é proteger o ser humano em grau máximo, abarcando dimensões existenciais substanciais. Aliás, a evolução da dignidade gera a elevação ao patamar dos direitos humanos<sup>32</sup>, cuja marca consiste na internacionalização e universalização dos direitos fundamentais. Isto é, este princípio não se resume ao direito privado interno, nem tampouco ao direito público doméstico, motivo pelo qual é necessário enxergá-lo como intrínseco ao ser humano, conforme esclarece Flávia Piovesan (2018), a partir da Declaração Universal de 1948 e do artigo 55 da Carta das Nações Unidas.

A dignidade da pessoa humana é também componente central do mínimo existencial:

(...)daí a configuração do mínimo de existência como decorrência e instrumento daqueles valores fundacionais. Numa palavra, a dignidade da pessoa humana é a causa próxima do mínimo de existência. É esta exigência que apoia a construção do sistema de direitos fundamentais e o apoio deste sistema em princípios e valores como a dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento da personalidade. (MARTINS, 2020, p.294)

A proteção da dignidade da pessoa humana, com todas as implicações que foram analisadas, é um decisivo momento da história do direito privado.

### 3.2.4 Princípio da função social da propriedade

---

<sup>32</sup> A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Reconhece a Declaração Universal a necessidade de proteger as pessoas do temor e da necessidade, aludindo às graves violações que levaram ao desprezo e ao desrespeito de direitos resultando em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade. Reitera o compromisso dos Estados na promoção do respeito universal de direitos e liberdades fundamentais, considerando a relevância de uma compreensão comum de direitos e liberdades. Além da universalidade dos direitos humanos, a Declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao ineditamente conjugar o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais. De fato, concebida como a interpretação autorizada dos arts. 1o (3) e 55 da Carta da ONU, no sentido de aclarar, definir e decifrar a expressão “direitos humanos e liberdades fundamentais” (PIOVESAN, 2018, p.231)

A função social, que é o objeto desta tese, está inserida no arcabouço principiológico moderno e a sua abordagem mais detida foi feita em capítulo à parte.

### **3.2.5 Princípio da autonomia privada**

O princípio da autonomia privada é estruturador e contributivo para a construção da função social, diferentemente da flexibilizada autonomia da vontade.

A autonomia privada é reflexo da intervenção da função social, ao se mitigar a força da autonomia da vontade. E também pelo fato de atingir a gênese do Direito Civil, qual seja, a propriedade privada.

Washington de Barros Monteiro (1982) afirma que, desde a época em que vigia o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), o princípio da autonomia da vontade efetivamente sofre mitigações, que decorrem da supremacia da ordem pública. Nessa visão, o interesse coletivo intervém na autonomia da vontade.

Segundo Monteiro (1982), as mitigações, as restrições estatais e de outras naturezas revelam que o princípio da autonomia da vontade não é absoluto. Por isso, essa autonomia se mostra abalada, o que dá ensejo ao ingresso do princípio da autonomia privada.

Maria Helena Diniz (1995), em consonância com o pensamento de Monteiro de Barros (1982), ao analisar o ingresso da autonomia privada em detrimento da autonomia da vontade, esclarece que a autonomia da vontade não é ilimitada, por ter limitações na própria supremacia da ordem pública. Portanto, a autonomia da vontade é limitada e “subordinada ao interesse coletivo” (DINIZ, 1995, p.28).

Denis Franco Silva (2006), amparado em Schneewind, afirma que:

a origem clássica de autonomia privada deriva da noção kantiana de autonomia moral, no cerne da qual se encontra a afirmativa de que a moralidade, em si, se centra em uma lei que os seres humanos impõem a si próprios, necessariamente se proporcionando, ao fazê-lo, motivos para obedecê-la, afastando-se concepções deterministas de caráter natural ou teológico. (SILVA, 2006, p. 135)

Eduardo Sens dos Santos (2004) acredita que o ponto de partida para se prosperar a ideia de autonomia privada é o bem-estar social, em razão de suas intensas preocupações sociais.

A autonomia privada tem uma série de corolários, segundo César Fiúza (2006), quais sejam: princípio da liberdade de contratar, princípio da liberdade contratual, da relatividade

contratual, do consensualíssimo, da auto responsabilidade, da imutabilidade ou intangibilidade, da irretratabilidade. E por fim, o princípio da obrigatoriedade.

A liberdade, segundo a autonomia privada, tem duas facetas destacáveis: A primeira das quais é a liberdade de contratar, que se apresenta como a autonomia destinada às pessoas no sentido de selecionar precisamente com quem e quais contratos serão firmados, sem qualquer ingerência externa, via de regra. Ademais, há que se precisar, nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que ninguém é obrigado a contratar.

A outra faceta consiste na liberdade contratual, que legitima os sujeitos contratuais a equilibradamente avençarem as cláusulas, as especificidades que pairarão sobre os negócios jurídicos. Trata-se da possibilidade de os contratantes selecionarem os termos e as singularidades dos negócios jurídicos, conforme a vontade.

Há a mitigação deste princípio quando se está diante dos termos de adesão, cujas cláusulas são predominantemente construídas por um dos sujeitos, restando ao outro a aderência ou não, sem maiores liberdades para atingir ou alterar os componentes do contrato.

A liberdade persegue a manifestação livre, desimpedida e desprovida de vícios por parte de dada pessoa. Tudo isso no sentido de transmitir num negócio jurídico determinadas vontades das partes.

A liberdade não pode agredir preceitos, princípios constitucionais e infraconstitucionais. A liberdade deve estar em consonância com a cidadania, dignidade, função social e jamais poderá ferir o Estado Democrático de Direito.

Segundo Leonardo Macedo Poli, citando Habermas: “A autonomia privada só pode ser entendida como elemento de um processo progressivo de efetivação das garantias constitucionais. Consequentemente, o exercício do direito subjetivo não pode se desvirtuar dessa finalidade.” (POLI, p.82, 2008)

A autonomia privada não pode ignorar a sua faceta ética e solidária, até mesmo no que toca o seu papel de não permitir a concentração econômica. Esse discurso é feito por Eduardo Sens dos Santos: “A autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem através de contrato, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possível, os seus interesses, em especial à produção, e à distribuição de bens e serviços.” (DOS SANTOS, 2004, p.50)

A autonomia privada deve ser vista como atrelada à dignidade da pessoa humana: “Autonomia é uma expressão da dignidade e do respeito às decisões que o indivíduo toma segundo a construção do que julgar ser o melhor modo de viver” (NAVES; GOIATÁ, 2017, p.260)

A autonomia privada tem forte elo com a função social, posto que o Estado permanece atuando socialmente. Porém, defende as vontades de maneira interventiva, em proteção da sociedade, onde os comportamentos devem prestigiar a coletividade. Nesse discurso, Perlingieri (2002) explica que este princípio é direcionado: “à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. Sendo que somente ocorre a utilidade social se ela estiver em conformidade com a segurança, a liberdade e a dignidade humana.” (PERLINGIERI, 2002, p. 19).

Ana Prata (1982) destaca a influência de forças políticas, sociais e éticas, na justificação da autonomia privada:

A autonomia privada revela-se, portanto, como produto e como instrumento de um processo político e econômico baseado na liberdade e na igualdade formal, com positivação jurídica nos direitos subjetivos de propriedade e de liberdade de iniciativa econômica (...) (PRATA, p. 338, 1982)

A autonomia tem implicação social, em decorrência de sua nova roupagem e seu impacto sobre a função social, no contexto de um estado liberal com forças relativizadas.

A autonomia privada, interessante, é estruturante em relação à função social, pelo fato de promover a mitigação da autonomia da vontade. Nesse sentido, a autonomia privada tem marcante preocupação social.

Esse discurso pode ser apreendido em André Ruger e Renata de Lima Rodrigues:

A autonomia privada encontra-se relacionada à efetivação desse rol de direitos fundamentais do homem, revelando a essência do Estado democrático, que orienta o exercício dos direitos subjetivos desatrelado de fins egoísticos e individualistas ou de sua aniquilação por meio de uma suposta vontade coletiva, corrigindo os excessos da autonomia da vontade que ocorreram sob a égide do Estado Liberal ou sua mitigação no Estado Social (RUGER; RODRIGUES, p. 18, 2007)

Este princípio deve ser visto e estudado, a partir de seu olhar limitador, isto é, trata-se da liberdade patrimonial mitigada, o que enseja sublime contribuição para o existencialismo. Ora, a liberdade patrimonial quando incontida e irracional, ante o negativismo típico dos direitos fundamentais de primeira geração, desencadeia o individualismo e o esvaziamento do discurso da função social, que precisa ser solidamente existencialista.

Uma forma importante de se conceber a autonomia privada, em sua via mitigadora, dá-se através da intervenção judicial em face das relações privadas, notadamente contratuais, que repulem, de algum modo, a função social e demais princípios privatistas. Em outros termos, se tal liberdade edificar uma relação jurídica eivada, nada obsta a intervenção estatal,

no sentido de limitá-la, de modo a salvaguardar a integridade contratual. Assim, em razão da proteção principiológica contratual exercida pela autonomia privada, este princípio assume autêntica feição genérica.

O princípio da autonomia privada é relevante nos mais distintos âmbitos privatistas, por exemplo, nos Direitos Reais. Haja vista que, a feição limitadora<sup>33</sup> deste princípio impede que os ônus reais sejam convencionados inadequadamente entre as partes, segundo Renteria (2016).

No mesmo sentido, meramente para a compreensão da irradiação da autonomia privada, este princípio é decisivo no Direito de Família, que legitima a autonomia para escolha do regime de bens entre os consortes, bem como no sentido de escolher contrair ou dissolver núpcias. Porém, a liberdade que é peculiar ao Direito de Família não consiste no exercício do eudemonismo de modo ilimitado, isto é, a liberdade dos agentes desta ciência será exercida de forma limitada, em virtude do fato de que não pode haver, por exemplo, em relação à mesma pessoa uma união estável e um casamento. Neste teor, Paulo Nader (2016) defende que a autonomia privada consiste no exercício de escolhas, como o casamento, porém, sem extrapolar os limites impostos pelo Estado:

Embora a importância do casamento para o componente pessoal do Estado, a este não cabe interferir na organização interna da família, que possui autonomia para guiar os seus interesses, adotar critérios de conduta entre os seus membros, orientar a educação da prole, sem, naturalmente, extrapolar os limites impostos em lei para a sociedade como um todo. A própria Constituição da República, pelo art. 226, § 7º, garante ao casal a liberdade no planejamento familiar, enquanto a Lei Civil, pelo já analisado art. 1.513, proíbe qualquer interferência “na comunhão de vida instituída pela família”, e o art. 1.565, § 2º, reproduz o dispositivo constitucional. (NADER, 2016, p.5)

A intervenção judicial, de forma propedêutica, é importante agente do equilíbrio contratual e econômico, isto é, o Poder Judiciário tem a importante competência de tentar o reequilíbrio das relações privadas, tendo em vista os diversos agentes e perfis econômicos e sociais envolvidos, notadamente quando provocado. Todavia, esta atuação deve se dar em consonância à análise econômica do direito:

A intervenção judicial em um determinado contrato sem a devida análise econômica e análise das consequências, se verificadas em todo o sistema, representa um desequilíbrio econômico do contrato e das bases objetiva e subjetiva de determinado negócio jurídico de eventual redução de lucros e/ou de eventuais prejuízos

---

<sup>33</sup> (...) a ausência de normativa sobre a atuação da autonomia privada destinada a evitar a criação indiscriminada de ônus reais socialmente inconvenientes, o que se explica em razão de o legislador não ter considerado outras figuras além daquelas expressamente previstas. Destaca-se, ainda, que a atual lei registral brasileira não admite o registro de direitos reais que não sejam reconhecidos pela lei. (RENTERIA, 2016, p.71)

repassados aos demais contratantes já existentes, ou ainda, aos novos contratantes; em última análise, haverá um repasse do acréscimo dos custos à toda sociedade. Os impactos econômicos podem também ser facilmente constatados na redução de investimentos em determinados segmentos ou em determinado país, uma vez que, se aquele que pretende aplicar um capital não possui um mínimo de segurança jurídica de que os contratos serão honrados tal como originalmente pactuados e estruturados (base objetiva do negócio jurídico), certamente evitará a realização de tal investimento. Se optar em dar sequência ao investimento planejado, é muito provável que haja um incremento ao valor praticado no serviço ou na comercialização de determinado bem, realizando o apreçamento do serviço ou da mercadoria, acrescido dos custos financeiros e dos custos de transação, seja durante a fase pré-contratual ou ainda durante a fase de execução do contrato, face a latente possibilidade de revisões contratuais pleiteadas pelas partes contratantes ou determinadas pelo Poder Judiciário. (REBOUÇAS, 2017, p.28-29)

Por fim, há que se compreender que o teor limitador inerente à autonomia privada se interliga ao discurso da função social. Vale dizer, ela limita a autonomia do sujeito, caracterizando hipótese contributiva para a compreensão da autonomia privada como agente limitador. Neste teor:

A função social, a igualdade de fato e o equilíbrio contratual são outros princípios que limitam a autonomia privada. Esses princípios, entretanto, aparecem em momento diferenciado do princípio da ordem pública. Segundo Ricardo Ramalho Almeida, a ordem pública insere-se no paradigma contratual, mais ou menos no mesmo momento histórico que a autonomia da vontade, primordialmente na França, em 1804. Os novos princípios contratuais, a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio (justiça) contratual, contudo, aparecem em outro momento, com a mudança paradigmática da suscitada “crise do contrato”. (MAILLART; SANCHES, 2011. p.19)

Nesta mesma toada, estuda Carlos Roberto Gonçalves que: “Atende-se, com isso, à função social limitadora da autonomia privada, assegurada no parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil.” (GONÇALVES, 2021, p.158). Em outras palavras, a autonomia é de fato relativizada pela função social.

### **3.2.6 Princípio da boa-fé**

A autonomia da vontade se mostrava intensa e prevalecente, ainda que houvesse condutas marcadas pela má-fé, desde que houvesse o benefício ao mercantilista burguês, sobretudo.

O exercício da liberdade, comumente, pode revelar condutas antagônicas à boa-fé, ante o individualismo, o que pode se dar nos mais múltiplos ramos do Direito, entre os quais o Direito do Trabalho:

Expressa vigorosamente o pensamento consequente do individualismo jurídico infenso a toda regulamentação legislativa do trabalho. As condições de sua prestação deveriam ser deixadas à vontade dos contratantes. Em nenhum território do direito

contratual caberia maior amplitude ao princípio da autônima da vontade. A esse tempo ainda era dogma, entre nós, o preceito da liberdade de contratar no campo do trabalho, tanto assim que Fábio Leal, discutindo o assunto na Comissão Especial, embora considerasse o projeto atrasado, incompleto e inadequado à nova feição da nossa atividade econômica advogasse leis consentâneas com as relações modernas, contudo, declarava-se partidário da mais ampla liberdade individual e adversário da regulamentação do trabalho.(GOMES, p.40, 2003)

Essa passagem da obra de Orlando Gomes (2003) demonstra o propósito estatal nítido no sentido de consagrar a liberdade econômica, destacadamente no âmbito do Direito do Trabalho, em consonância com o princípio da proteção.

A boa-fé jamais pode ser sucumbida - este princípio deve orientar os mais distintos âmbitos da sociedade, para que haja comportamentos suficientemente contributivos para uma salutar vida social.

Se a boa-fé não instruir os comportamentos humanos, fadada estará a sociedade à anomia<sup>34</sup>. Afinal, este princípio é o orientador, em termos de eticidade, do legislador brasileiro na construção dos textos constitucionais e infraconstitucionais.

Traçadas essa linhas gerais, resta ingressar efetivamente nas facetas da boa-fé. De acordo com Cesar Fiúza (2010), a boa-fé se desdobra em interpretativa, integrativa e de controle, em razão de sua força limitadora:

este princípio tem funções interpretativa, integrativa e de controle. Na função interpretativa, o contrato deve ser interpretado de acordo com o sentido objetivo, salvo, quando o destinatário conheça, a vontade real do reclamante. Na função integrativa, os contratos contêm deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários e na função de controle, o credor no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente. A função contratual tem a ver com as limitações da liberdade contratual, da autonomia da vontade em geral e com o abuso de direito. (FIÚZA, 2010, p.44-45)

O princípio da boa-fé transmite a preocupação com os comportamentos que foram exteriorizados no mundo jurídico. Quanto à boa-fé objetiva, a preocupação não está atrelada precipuamente ao que se passa na mente do agente, mas diz respeito à visibilidade e facticidade.

A boa-fé objetiva entende que a intenção não pode ser absolutamente alcançada, motivo pelo qual a missão dos atores do Direito será no sentido de identificar se os elementos inerentes a esta faceta se fazem presentes.

A boa-fé objetiva traz diversas implicações, que passam a ser analisadas. César Fiúza, Gustavo Ribeiro e Renata Barbosa assim fundamentam:

---

<sup>34</sup> “O conceito de anomia significa, de forma sucinta, desvio e descumprimento, por parte dos indivíduos, de regras e normas (jurídicas ou extrajurídicas) que objetivam condutas desejáveis e esperadas em determinado grupo social.” (ROCHA, 2019, p.99)

A boa-fé objetiva designa padrão de conduta que deve ser observada pelos contratantes independentemente de adesão voluntária, caracterizado por parâmetros socialmente reconhecíveis de lealdade e de cooperação. (FIÚZA; RIBEIRO; ALMEIDA, 2009, p. 331)

Para César Fiúza e Lucas Brito a boa-fé objetiva:

baseia-se em fatos de ordem objetiva. Baseia-se em condutas das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada. As partes devem ter motivos objetivos confiar uma na outra. (FIÚZA; BRITO, 2009, p. 368)

A boa-fé objetiva integrativa exige que os comportamentos respeitem os deveres de lealdade, cooperação e transparência. No mesmo sentido, quando o Direito Civil transmite a ideia de equilíbrio contratual, tanto originário quanto derivado, tal princípio é respeitado.

Quanto aos equilíbrios num contrato, constata-se que desde sua formação, por meio das negociações preliminares, bem como na fase de proposta e de celebração dele, a condução ao equilíbrio entre os sujeitos contratuais deverá estar presente.

Segundo Rolf Madaleno, em caráter complementar, há que se propugnar, conforme os nortes deste trabalho, que o ponto maior de equilíbrio e proporcionalidade consiste na dignidade da pessoa humana.

A boa-fé objetiva também pode ter conotação interpretativa; portanto, as interpretações dos atores do Direito devem ser feitas de forma a perseguir a boa-fé.

O Direito tem distintas formas de ser interpretado e distintas fontes. Todavia, as interpretações devem caminhar no sentido de prestigiar as ações humanas, em estrita obediência aos padrões da boa-fé.

A boa-fé objetiva ainda pode ter um aspecto limitativo, que demonstra que ações e omissões não podem se dar de modo desenfreado e sem critérios, sob pena de desequilíbrios. Um bom exemplo de intervenção é o dirigismo estatal, em que o Estado se manifesta no sentido de prestigiar a boa-fé, caso naturalmente o perseguido equilíbrio não tenha sido deflagrado.

A outra faceta da boa-fé é de natureza subjetiva, que se preocupa em analisar se os já invocados elementos da lealdade, transparência e cooperação de fato gravitaram na mente dos agentes contratuais durante o pacto que os une.

Na concepção de César Fiúza e Lucas Brito, a boa-fé subjetiva assim pode ser esclarecida:

A boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste, basicamente, no desconhecimento de situação adversa. Quem compra de quem não é dono, sem saber, age de boa-fé, no sentido subjetivo. (FIÚZA; BRITO, 2009, p.368)

A boa-fé subjetiva transmite a complexa ideia de pensar na intenção da mente humana; consistindo em compreender as particularidades dos sujeitos contratuais.

O desprestígio do princípio da boa-fé implicará tendencialmente a configuração da má-fé, a partir da inobservância das bases que compõem este princípio. Nessa discussão, em caráter complementar:

(...)uma determinada relação jurídica (e em especial por um contrato) que lhe imponha especiais deveres de conduta, ela infringirá a boa-fé sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desconformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, ou até um estado de ignorância não culposa, nas hipóteses-limite em que seja cogitável uma situação dessa natureza, ainda associada a uma obrigação de agir segundo padrões determinados. (NORONHA, 1994, p.139)

Nos Direitos Reais a boa-fé se apresenta no campo possessório e petitório, de modo a caracterizá-la como ignorância de obstáculos para a aquisição da posse ou do direito real, nos termos do artigo 1.201 do Código Civil brasileiro em vigor. Assim sendo, o possuidor de boa-fé é aquele que adquire a posse acreditando que não há qualquer impedimento ou vícios objetivos e subjetivos capazes de contaminar a cadeia possessória. De maneira ainda mais específica, há boa-fé se o adquirente não verifica ou percebe a existência de vícios possessórios na relação jurídica antecessora.

Se o antecessor possessório tiver uma posse de má-fé, isto é, viciada subjetivamente ou objetivamente, seja por violência, clandestinidade ou precariedade, caso o sucessor possessório desconheça faticamente os vícios, haverá boa-fé por parte deste.

Este princípio está atrelado aos vieses de retidão comportamental, probidade, eticidade, durante<sup>35</sup> as fases pré e pós-contratual. Neste mesmo sentido, trata-se de uma clausula geral<sup>36</sup>, que se concatena ao discurso da ordem pública<sup>37</sup>, nos termos do artigo 2035

---

<sup>35</sup> O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato. Guarda relação com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. Recomenda ao juiz que presuma a boa-fé, devendo a má-fé, ao contrário, ser provada por quem a alega. Deve este, ao julgar demanda na qual se discuta a relação contratual, dar por pressuposta a boa-fé objetiva, que impõe ao contratante um padrão de conduta, de agir com retidão, ou seja, com probidade, honestidade e lealdade, nos moldes do homem comum, atendidas as peculiaridades dos usos e costumes do lugar. (GONÇALVES, 2020, p.58)

<sup>36</sup> A regra da boa-fé, como já dito, é uma cláusula geral para a aplicação do direito obrigacional, que permite a solução do caso levando em consideração fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais. O atual sistema civil implantado no país fornece ao juiz um novo instrumental, diferente do que existia no ordenamento revogado, que privilegiava os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos, seguindo

do vigente Código Civil (BRASIL, 2002) e aos princípios gerais do Direito, a partir da tese de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

A boa-fé é decisiva para a compreensão dos Direitos Reais, por conta do fato de que o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis: “Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias” (BRASIL, 2002)

Nos termos do artigo 1255<sup>38</sup> do Código Civil, *caput*, aquele que constrói em terreno alheio, valendo-se de materiais próprios, faz jus à indenização e perde a construção em proveito do proprietário do terreno. Contudo, se o construtor estiver de má-fé, além de perder a construção, não fará jus à indenização. Por outro lado, no parágrafo único deste artigo, aquele que constrói, de modo a valorizar excessivamente, em terreno alheio, poderá se tornar proprietário do imóvel no qual construiu, se estiver de boa-fé, a partir do pagamento de indenização fixada pelo Estado-Juiz.

Nos termos do artigo 1.258<sup>39</sup> e 1.259<sup>40</sup> do Código Civil, se houver o início da construção em terreno próprio, findando-se em terreno alheio, isto é, se houver invasão, no

---

uma diretriz individualista. A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos (...) (GONÇALVES, 2020, p.58)

<sup>37</sup> A reformulação operada com base nos princípios da socialidade, eticidade e operabilidade deu nova feição aos princípios fundamentais dos contratos, como se extrai dos novos institutos nele incorporados, *verbi gratia*: o estado de perigo, a lesão, a onerosidade excessiva, a função social dos contratos como preceito de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único) e, especialmente, a boa-fé e a probidade. De tal sorte que se pode hoje dizer, sinteticamente, que as cláusulas gerais que o juiz deve rigorosamente aplicar no julgamento das relações obrigacionais são: a boa-fé objetiva, o fim social do contrato e a ordem pública (GONÇALVES, 2020, p.58)

<sup>38</sup> Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

Parágrafo único. Se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo. (BRASIL, 2002)

<sup>39</sup> Art. 1.258. Se a construção, feita parcialmente em solo próprio, invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste, adquire o construtor de boa-fé a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente, também, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente.

Parágrafo único. Pagando em décuplo as perdas e danos previstos neste artigo, o construtor de má-fé adquire a propriedade da parte do solo que invadiu, se em proporção à vigésima parte deste e o valor da construção exceder consideravelmente o dessa parte e não se puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para a construção. (BRASIL, 2002)

importe de até um vigésimo do terreno alheio, poderá adquirir a propriedade da porção construída, ainda que esteja de má-fé, porém, a existência da má-fé, potencialmente há de gerar indenização majorada em favor do proprietário do terreno. Por outra via, se houver invasão superior ao importe de um vigésimo do terreno vizinho, o invasor, mediante o pagamento de indenização cabal, só poderá se tornar proprietário da porção invadida se estiver de boa-fé.

A boa-fé também é decisiva para a compreensão da propriedade, tanto na comistão<sup>41</sup>, especificação<sup>42</sup>, adjunção e confusão, no horizonte da aquisição da propriedade móvel.

A boa-fé soa importante também para o direito de retenção<sup>43</sup>, em relação às benfeitorias úteis e necessárias.

É importante perceber que as hipóteses relatadas de invasão e de construção em terreno alheio, revelam agressões à propriedade privada e reflexamente podem atingir a função social. Portanto, hipóteses factíveis para análise neste trabalho.

---

<sup>40</sup> Art. 1.259. Se o construtor estiver de boa-fé, e a invasão do solo alheio exceder a vigésima parte deste, adquire a propriedade da parte do solo invadido, e responde por perdas e danos que abranjam o valor que a invasão acrescer à construção, mais o da área perdida e o da desvalorização da área remanescente; se de má-fé, é obrigado a demolir o que nele construiu, pagando as perdas e danos apurados, que serão devidos em dobro. (BRASIL, 2002)

<sup>41</sup> Art. 1.272. As coisas pertencentes a diversos donos, confundidas, misturadas ou adjuntadas sem o consentimento deles, continuam a pertencer-lhes, sendo possível separá-las sem deterioração.

§ 1 o Não sendo possível a separação das coisas, ou exigindo dispêndio excessivo, subsiste indiviso o todo, cabendo a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado.

§ 2 o Se uma das coisas puder considerar-se principal, o dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros.

Art. 1.273. Se a confusão, comissão ou adjunção se operou de má-fé, à outra parte caberá escolher entre adquirir a propriedade do todo, pagando o que não for seu, abatida a indenização que lhe for devida, ou renunciar ao que lhe pertencer, caso em que será indenizado. (BRASIL, 2002)

<sup>42</sup> Art. 1.269. Aquele que, trabalhando em matéria-prima em parte alheia, obtiver espécie nova, desta será proprietário, se não se puder restituir à forma anterior.

Art. 1.270. Se toda a matéria for alheia, e não se puder reduzir à forma precedente, será do especificador de boa-fé a espécie nova.

§ 1 o Sendo praticável a redução, ou quando impraticável, se a espécie nova se obteve de má-fé, pertencerá ao dono da matéria-prima.

§ 2 o Em qualquer caso, inclusive o da pintura em relação à tela, da escultura, escritura e outro qualquer trabalho gráfico em relação à matéria-prima, a espécie nova será do especificador, se o seu valor exceder consideravelmente o da matéria-prima. (BRASIL, 2002)

<sup>43</sup> Art. 1.219. O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levanta-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. (...) Art. 1.220. Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias. (BRASIL, 2002)

Embora seja uma discussão profunda, que não é o ponto precípua desta pesquisa, o descumprimento da função social não exige a má-fé intencional ou dolosa, uma vez que não há no ordenamento privado qualquer previsibilidade explícita neste sentido; bastando ao agente violador da função social se portar de modo a vilipendiar os seus parâmetros, seja de modo culposos, doloso ou até mesmo independente de culpa, conforme a hipótese.

Tanto a boa-fé objetiva quanto a subjetiva são relevantes para a construção da função social da propriedade, uma vez que a sociedade clama por comportamentos leais, transparentes e idôneos. Ora, se esses deveres éticos são violados, em busca de uma atuação individual, está-se diante de uma violação à boa-fé, como também de uma agressão à própria função social.

A boa-fé, que traz consigo duas facetas básicas, acima expostas: a objetiva, que transmite a preocupação com os comportamentos que foram exteriorizados no mundo jurídico, em perseguição aos deveres de lealdade e transparência, além de uma certa solidariedade entre os pactuantes. A subjetiva se preocupa com a psique, com os elementos internos do indivíduo, em perseguição aos mesmos deveres.

Por meio da observância das particularidades num contrato, faz-se necessário identificar se houve ou não o respeito à boa-fé, por parte dos sujeitos contratuais.

A boa-fé está ligada aos parâmetros de retidão, numa feição moral<sup>44</sup>, inclusive por conta das influências históricas atreladas ao Direito Canônico:

(...) a origem histórica, marcada pela acepção canônica da boa-fé e pelo forte cunho moral emprestado ao princípio, infiltra-se, ainda que sutilmente, nas percepções atuais. Mesmo ao reconhecer a dualidade – boa-fé subjetiva e objetiva – e atribuir à boa-fé objetiva um relevo próprio no Direito Contratual, os juristas não se despreendem totalmente do significado subjetivo, revelado pelas referências à intenção do agente e à concepção moral da boa-fé, muito embora, paulatinamente, a função normativa venha ganhando relevo por meio do peso conferido aos deveres informativos. (...) os princípios da boa-fé e da solidariedade contratual, imputando ao primeiro o papel de veículo de deveres reforçados de cooperação e solidariedade entre os contratantes, de modo a impor a cada um o dever de “agir no interesse do outro”. Critica-se, todavia, os excessos dessa linha de pensamento, muito afastada, ademais, do direito positivo (leis e decisões judiciais) (COSTA, 2018, p.120)

A construção da boa-fé pode se dar também em consonância com seu ideal, a partir da negação do conceito de má-fé, tornando-se a boa-fé subjetiva antagônica à má-fé subjetiva.

---

<sup>44</sup> (...) acepção moral, reveladora da origem histórica, se revela, por exemplo, na função negativa atribuída ao princípio. Quando ultrapassa o estágio de mera diretriz hermenêutica (atuando, portanto, no plano da interpretação) e alcança o plano da execução do contrato, a boa-fé é percebida um instrumento que permite sancionar o comportamento desleal. Os qualificativos em conexão com a boa-fé revelam a concepção moral que a ampara no sistema francês: «fidelidade», «sinceridade», «franqueza», «honestidade» (COSTA, 2018, p.121)

Quando alguém, sob a égide intelectual, não se portar de forma leal, sem prestigiar os parâmetros da solidariedade e transparência, haverá a configuração da má-fé, isto é, a ausência de boa-fé.

A Má-fé origina-se da conceituação jurídica negacionista da boa-fé. Para se precisar sua conceituação torna-se necessário partir de proposições teóricas do seu elemento antagônico, qual seja, a boa-fé.

O presente princípio foi inserido neste trabalho em virtude das preciosas contribuições tangenciadas pela lealdade e transparência; tais corolários são contributivos para a noção comportamental de equilíbrio e altruísmo. Nestes termos, a noção de reconhecimento do outro só se dará mediante a observância da lealdade e solidariedade, sem as quais ferida será a alteridade, rechaçando-se o agir de forma estritamente individualista. Neste sentido:

(...) os princípios da boa-fé e da solidariedade contratual, imputando ao primeiro o papel de veículo de deveres reforçados de cooperação e solidariedade entre os contratantes, de modo a impor a cada um o dever de “agir no interesse do outro”. Critica-se, todavia, os excessos dessa linha de pensamento, muito afastada, ademais, do direito positivo (leis e decisões judiciais) (COSTA, 2018, p.120)

A boa-fé, portanto, pode ser ponderada a partir dos semblantes básicos axiológicos, capazes de ensejar dualismos germânicos *versus* franceses, quais sejam: o minimalista<sup>45</sup>, segundo o qual, a boa-fé assume um viés hermenêutico, a partir do qual é necessário primar por comportamentos leais. Complementarmente, é plausível a compreensão da boa-fé através da sua função normativa.

### **3.2.7 Princípio da transparência**

Por intermédio da observância das particularidades contratuais, possível será identificar se houve ou não o desígnio por parte dos sujeitos contratuais no sentido de respeitar a boa-fé.

Outra conotação do princípio da boa-fé é o da transparência. Assim, as partes devem ser explícitas, diligentes e probas no sentido de informar aos sujeitos obrigacionais envolvidos

---

<sup>45</sup> A corrente dominante (“minimalista”) continua a ver na boa-fé uma regra de interpretação (função hermenêutica), afirmando, ainda, ser dedutível do princípio uma regra de comportamento leal. Posição nuançada, mais próxima, funcionalmente, da concepção germânica da boa-fé tem Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, ao reconhecer funções normativas, e não apenas hermenêuticas ao enunciado da alínea 3 do art. 1.134 do Código Civil francês (COSTA, 2018, p.120)

todos os elementos relevantes inerentes ao contrato. Segundo Venosa, o princípio da transparência: “se estampa pelo dever das partes de agir de forma correta, eticamente aceita, antes, durante, e depois do contrato, isso porque, mesmo após o cumprimento de um contrato, podem sobrar-lhes efeitos.” (VENOSA, 2009, p. 362)

César Fiúza e Lucas Brito (2009) posicionam a transparência como um subprincípio da boa-fé, segundo os quais: “Um subprincípio da boa-fé é o princípio da transparência, segundo o qual as partes têm o dever de informar uma a outra tudo o que julgarem importante para a boa execução do contrato.” (FIÚZA; BRITO, 2009, p.369)

Caio Mário da Silva Pereira, de modo ontológico e histórico, afirma a necessidade de que os contratos sejam celebrados a partir de um ponto de encontro de vontades, que para ocorrer exige a transparência:

O Direito Romano estruturou o contrato, e todos os romanistas a ele se reportam sobre a base de um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. O confronto com o direito moderno pode não acusar, ao primeiro súbito, maior disparidade. Uma aproximação mais chegada e uma perquirição mais aguda apontam, entretanto, sensível diferença, que vai articular-se na noção mesma do ato, naquele sistema jurídico. Ali, como nas sociedades antigas, a convenção por si só não tem o poder criador de obrigações. (PEREIRA, 2009, p. 8)

Cláudia Lima Marques (2002) define o que seria o princípio da transparência, no contexto do Direito do Consumidor, uma vez que tal conceito tem aplicabilidade no Direito Civil, onde a transparência envolve ética, probidade, moralidade, honestidade<sup>46</sup>, respeito e sinceridade:

A ideia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo. (MARQUES, p. 595, 2002)

A transparência, portanto, é um corolário da boa-fé. Nesse mesmo raciocínio, também seria possível posicionar a lealdade e a cooperação. Na verdade, os três são complementares entre si, e, juntos, consagram um forte princípio do Direito Civil.

Impossível é o trabalho de (re) construção da função social, ignorando a boa-fé - por ela carregar forte carga ética, de equilíbrio, lealdade, solidariedade perante a sociedade.

---

<sup>46</sup> A probidade, mencionada no art. 422 do Código Civil, retrotranscrito, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé, podendo ser entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa. Ao que se percebe, ao mencioná-la teve o legislador mais a intenção de reforçar a necessidade de atender ao aspecto objetivo da boa-fé do que estabelecer um novo conceito (GONÇALVES, p.58, 2020)

A transparência, portanto, contribui para a boa-fé, porque de forma cogente estabelece fortes deveres éticos por parte das pessoas interligadas ao contrato, repudiando-se, assim, qualquer engodo, qualquer anomalia informacional. Portanto, ela prestigia fortemente a eticidade e deriva da boa-fé. Trata-se do direcionamento<sup>47</sup> das condutas retas, na contramão da clandestinidade, obscuridade e engodo.

### 3.3 Dualismo entre a autonomia da vontade e autonomia privada

Ligado ao princípio da autonomia da vontade é possível localizar o do *pacta sunt servanda*, que é traduzido como a obrigatoriedade de concretização das cláusulas contratuais, o que intervém na própria destinação da propriedade.

O consensualismo, segundo César Fiúza (2006), dá guarida à manifestação de vontade das partes e permite atingir a premissa de que a manifestação de vontade dos sujeitos contratuais efetivamente determinará os efeitos típicos de um contrato.

Neste sentido, consensualismo não é materialização da vontade dos agentes, motivo pelo qual, para se apurar o consenso é necessário observar se os sujeitos contratuais estão a prestigiar a dignidade da pessoa humana. Desse modo, é flagrante o peso constitucional em uma visão humanista, segundo a qual, a dignidade da pessoa humana tem repercussão pétreia, material e cogente, conforme o artigo 1º, inciso III deste diploma.

A repercussão da dignidade deve sempre ser pensada em sede de consensualismo, sob o olhar axiológico constitucional, como primado normativo e de centralidade, em razão do fato de que o constitucionalismo, em seu condão racional, vivo e de movimento, deve ser sempre blindar este princípio. Neste viés:

Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade é considerada o valor constitucional supremo e, enquanto tal, deve servir, não apenas como razão para a decisão de casos concretos, mas principalmente como diretriz para a elaboração, interpretação e aplicação das normas que compõem a ordem jurídica em geral, e o sistema de direitos fundamentais, em particular. (NOVELINO, 2014, p. 01)

Para Nelson Rosendal e Cristiano Chaves (2006), a dignidade da pessoa humana é simultaneamente valor e princípio, constituindo elemento decisivo na afirmação de qualquer

---

<sup>47</sup> Ora, tanto a transparência quanto os deveres informativos que a concretizam decorrem da boa-fé, e a expressam como instituto jurídico vocacionado ao direcionamento de condutas. A função otimizadora da boa-fé permite compreender que a informação adequada. (COSTA, 2018, p.328)

Estado Democrático de Direito, repercutindo como cláusula geral para a confecção dos preceitos que tutelarão os indivíduos e que tem ligação com a autonomia privada.

Este princípio é direito fundamental de primeira geração, ante a necessidade de certa abstenção estatal<sup>48</sup>, de forma a salvaguardar o direito individual à dignidade.

Especificamente sobre a autonomia da vontade, nota-se que a sua gênese está presente no Código Francês, segundo Sílvio de Salvo Venosa (2007), que pode ser explicada como a defesa da liberdade dos indivíduos.

Este princípio tem repercussão individual. Nessa autonomia da vontade não há espaço para discursos funcionalizados. Em verdade, não há sólidas valorações coletivistas, na medida em que o foco está atrelado às partes.

Segundo Fiúza (2006), a autonomia da vontade é exercida sob quatro planos: contratar ou não contratar, com quem e o que contratar; estabelecendo as cláusulas contratuais em estrita observância às normas, além de mobilizar ou não o poder judiciário.

No sentido de entender as distinções entre os dois princípios do item deste capítulo, emerge a concepção de Pontes de Miranda (1958), que também denomina a autonomia da vontade de “auto regramento da vontade.” (MIRANDA, p. 5, 1958).

Miranda (1958) já alertava que a autonomia da vontade não pode ser interpretada isoladamente, tornando-se necessário interpretá-la a partir da proposição de que a vontade humana é limitada, pois se houver a prática de atos, embora marcados pela autonomia, ilícitos absoluta ou relativamente, haverá a possibilidade de intervenção.

Acrescenta Pontes de Miranda (1958), analisando a restrição da autonomia da vontade, que as limitações podem ser inclusive naturais, pois o Direito é um processo social.

Na concepção de Sílvio Rodrigues (2004), a autonomia da vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos, a partir da qual é necessário o respeito aos dispositivos legais. Por isso, a pessoa capaz tem a possibilidade de criar relações, a partir de sua liberdade.

---

<sup>48</sup> A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um) [...]. Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. Como tarefa o reconhecimento jurídico constitucional da dignidade da pessoa humana implica deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção, sem prejuízo da existência de deveres fundamentais da pessoa humana para com o Estado e os seus semelhantes. (SARLET, 2016, p. 266).

Francisco Amaral (2006) afirma que a vontade psicológica e a vontade exteriorizada tipicamente não coincidem, na medida em que a vontade psicológica conhece a vontade como tipo especial de tendência psíquica, associada à representação consciente de uma finalidade.

O Direito atribui relevância aos direitos subjetivos. Assim, a possibilidade que uma pessoa tem de agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer, é o próprio conceito de liberdade. E, entre as espécies de liberdade, tem-se a natural, social, política, pessoal e a jurídica.

Em busca de uma melhor conceituação de autonomia da vontade, emerge a concepção de Miguel Maria de Serpa Lopes (1996), conforme o qual, este princípio resume-se ao fato de que toda a obrigação, para produzir seus efeitos, deve ter consentimento livre.

Os postulados da autonomia da vontade, segundo Serpa Lopes (1996), seriam: se os indivíduos são livres para contratar, se a manifestação se der livremente, haverá o efeito da incorporação ao ordenamento jurídico. Se não for livre, a manifestação jurídica será nula. O conteúdo do contrato, portanto, é preenchido pela vontade das partes.

Soma Rodrigues (2004) que a autonomia da vontade sofre restrições reconhecidas, notadamente limitações normativas: “o princípio da autonomia da vontade encontra restrição mais severa nalguns preceitos legislativos.” (RODRIGUES, 2004, p.20). Nesta perspectiva, a manutenção da autonomia da vontade não é o melhor caminho para a principiologia corrente.

Para se migrar da autonomia da vontade para autonomia privada é pertinente dizer:

Dessa maneira, a visão de autonomia precisou ser novamente trabalhada, e como isso, uma nova concepção que primava pela proteção dos interesses coletivos foi sendo delineada. Foram estabelecidos limites à livre atuação dos indivíduos e da sociedade com um todo por meio da idéia de função social. Mais uma vez, a concepção de autonomia aliou-se a uma idéia extremista, recorrendo ao excesso- desta vez não de abstenção, mas, sim, de intervenção- como meio de reequilibrar a premissividade da atuação individual. (SÁ; PONTES, 2009, p.45)

Ao se mitigar a autonomia da vontade se instaura o debate sobre a “co-dependência entre autonomia pública e privada.” (SÁ; PONTES, 2009, p.45), em decorrência da previsibilidade de intervenções públicas.

O ponto basilar da autonomia privada, em confronto com a da vontade, significa a premência de melhor apuração das limitações das liberdades. Assim, a necessidade é de reação ao individualismo e o posicionamento do sujeito dentro de uma esfera social, num caráter funcional:

(...)não representa uma redoma de individualismo. O caráter funcional é acentuado desde o princípio pela referência ao interesse digno de proteção, como temos

acentuado. Mas o direito subjetivo é uma posição social. Demarca a posição de todos na sociedade. Convém não esquecer que à ampliação da liberdade de uma pessoa corresponde a restrição da liberdade dos outros, pela imposição de deveres genéricos ou específicos(123). Por isso não é uma via de sentido único: supõe um equilíbrio de posições sociais. (ASCENSÃO, 2010, p.66)

Entender o dualismo entre a autonomia da vontade e a privada é necessário para compreender a relação entre interesse público e privado, este muito protegido pela ideia de autonomia da vontade.

Em relação ao interesse individual, percebe-se a sua consonância com a autonomia da vontade, que pode significar a inobservância dos eventuais prejuízos que são causados a terceiros. Em outros termos, há que se primar pela satisfação dos interesses individuais:

Interesse individual é aquele escopo jurídico, que não se constitui como direito subjetivo, mas é judicialmente garantido. A manutenção da lealdade na concorrência pode constituir interesse de alguma sociedade empresarial específica, sem que haja atribuição de poderes a esta pessoa jurídica.(NAVES, 2009, p. 307)

O interesse individual foi mitigado, e, como consequência, houve a inserção da autonomia privada, em razão do prestígio dos interesses públicos, caracterizando o discurso coletivista:

Interesse coletivo é aquele que tem como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas. Para que o interesse seja coletivo, devemos observar duas condições: a) impossibilidade de fracionamento entre as pessoas que compõem o grupo, categoria ou classe; e b) reunião destas pessoas em uma mesma relação jurídica, que os une em interesses comuns. (NAVES, 2009, p.307)

Especialmente sobre a autonomia privada, Taísa Maria Macena de Lima (2004) analisa as suas fortes implicações: “O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu” (LIMA, 2004, p.5)

Sílvio de Salvo Venosa (2008) auxilia o intérprete na compreensão do dualismo entre autonomia da vontade e autonomia privada:

Na contemporaneidade, a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, sob a égide de um interesse social. Nesse sentido, o atual Código aponta para a liberdade de contratar sob o freio da função social. Há, portanto, uma nova ordem jurídica contratual, que se afasta da teoria clássica, tendo em vista mudanças históricas tangíveis. O fenômeno do interesse social na vontade privada negocial não decorre unicamente do intervencionismo do Estado nos interesses privados, como o chamado dirigismo contratual, mas da própria modificação de conceitos históricos em tona da propriedade. No mundo contemporâneo há infindáveis interesses interpessoais que devem ser sopesados, algo nunca imaginado em passado recente, muito além dos princípios do simples contrato de adesão. (VENOSA, 2008, p. 365)

Neste cenário coletivista, há o espaço necessário para a migração da clássica autonomia da vontade para a autonomia privada.

A autonomia privada, segundo César Fiúza (2006), consiste na liberdade de as pessoas regularem seus interesses, em respeito aos parâmetros legais. Em especial, os contratos fazem parte da autonomia privada, diferentemente da autonomia da vontade, que vem de dentro para fora, ante o seu caráter volitivo. E no que toca à autonomia privada, a contratação se dará por necessidades humanas e não pela manifestação de vontade, pois as necessidades típicas trazidas pela sociedade terminam por artificializar a natural manifestação de vontade, que é tão fortemente presente na autonomia da vontade.

Fiúza (2006) invoca os seguintes subprincípios decorrentes da autonomia privada: Liberdade de contratar, liberdade contratual, relatividade contratual, consensualismo, auto-responsabilidade, imutabilidade, intangibilidade, obrigatoriedade.

Maria de Fátima Freire de Sá e Diogo Luna Moureira (2017) associam a autonomia privada à autodeterminação, no sentido de construir e reconstruir a individualidade. De modo literal: “As reflexões normativas que se desenvolvem na atualidade perpassam a autonomia privada, projetada como fruto de autodeterminação, agregada a um vínculo de interdependência social, em que individualidades se constituem e se reconstituem.”(FREIRE DE SÁ; MOUREIRA, 2017, p.1)

Nesta vertente, a autonomia privada é importante princípio, inclusive valorizado pela Lei 13.146 de 2015:

Na esteira de reforçar a proteção da autonomia privada do indivíduo e de seu espaço de autodeterminação, as inovações perpetradas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD) reafirmam a principiologia da Constituição da República de 1988, que traz em seu cerne o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, ao eleger tal princípio como valor fundamental e regente das relações jurídicas, o ordenamento jurídico brasileiro preceitua verdadeira tutela à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade do ser humano. (RODRIGUES JÚNIOR, REIS, 2019, p.47)

Para Francisco Amaral (2006), a autonomia privada é o poder que os particulares têm, mediante a manifestação de sua vontade sobre as relações de que participam, no sentido de estabelecer o conteúdo e a disciplina jurídica. Não se confunde com a autonomia da vontade, uma vez que esta tem uma conotação de ordem subjetiva e psicológica.

O cotejo entre estes princípios se dá nos seguintes moldes:

A autonomia privada, conformada pelo ordenamento jurídico, confere ao sujeito a possibilidade de determinar conteúdo, forma e/ou efeitos do negócio jurídico. Podendo, numa situação concreta, o sujeito determinar somente conteúdo e efeitos,

ficando a determinação da forma como função da lei ou esta, prescrevendo forma e efeitos, restando ao sujeito o exercício da autonomia privada no referente ao conteúdo ou outras combinações de conteúdo, forma e efeitos determinados ora pelo ordenamento, ora pelo sujeito de direitos. É claro que essa determinação de conteúdo, forma e efeitos se faz na conformidade de outras normas jurídicas (NAVES, 2007, p.239)

César Fiúza (2015) defende que a autonomia da vontade e privada são princípios que se baseiam na liberdade. Todavia, a autonomia da vontade está no campo psíquico e a autonomia privada está no campo externo, isto é, normativo. Além disso, a autonomia privada é mais ampla. Assim:

Autonomia da vontade e autonomia privada são expressões inspiradas no valor liberdade, com reflexo no agir individual e na possibilidade de escolha dentre várias alternativas possíveis. Todavia, enquanto a autonomia da vontade possui conotação subjetiva, psicológica, na medida em que representa o querer interno do indivíduo, sua vontade real, a autonomia privada importa o poder atribuído pela Lei ao indivíduo, para criar normas que definam conteúdo e efeitos dos atos que pratique. A autonomia privada é mais ampla do que a autonomia da vontade. (FIÚZA, 2015, p.45)

A autonomia privada traduz o poder da vontade de forma objetiva, concreta e real. Trata-se da projeção do personalismo ético, da concepção axiológica da pessoa como o centro da ordem jurídica privada. É classificado também como princípio aberto e informador do sistema jurídico.

A autonomia privada parece conduzir, até mesmo terminologicamente, à ideia de liberdade. Em um contexto privatista, a sua análise, em meio aos demais princípios mais contemporâneos, deve conduzir à ideia de que a função social é um agente limitador da liberdade.

## 4. POSICIONAMENTO DA PROPRIEDADE PRIVADA

### 4.1. Direitos Reais

#### 4.1.1 Classificação

A propriedade é o principal direito real, em razão do fato de que todos os demais direitos reais dela decorrem. Aliás, além da propriedade, tão somente a laje<sup>49</sup> é direito real sobre coisa própria.

Segundo Maria Helena Diniz (2018), os ônus reais são limitações impostas ao gozo do proprietário, razão pela qual os direitos reais sobre coisa alheia são desdobramentos da propriedade.

O direito de propriedade, ante a dimensão do Código Civil de 2002, pode ser imaterial ou material, sendo certo que a ciência dos Direitos Reais gravita em torno da propriedade material, que versa notadamente sobre os bens tangíveis e corpóreos.

Este bem jurídico é tutelado tipicamente pelas ações petitórias, em especial a reivindicatória, cujo propósito é a proteção da propriedade, em razão de esbulhos, ameaças ou turbações.

A propriedade imóvel, em especial, é transmitida por meio da transcrição, isto é, mediante o registro perante o Cartório de Registro de Imóveis do local no qual a coisa está situada, ante o princípio da territorialidade, nos termos do artigo 1.227, 1245 do Código Civil de 2002 e 167, I da Lei 6.015 de 1973.

Por outro lado, as acessões, artificiais ou naturais, também são meios de transmissão da propriedade. Aquelas são as construções, viabilizadas em razão dos materiais, e as plantações, viabilizadas em virtudes das sementes. Ora, no contexto das construções, por exemplo, nos termos do artigo 1.255 do Código Civil, aquele que edifica em terreno alheio, valendo-se de materiais próprios, perde a propriedade da porção construída em favor do proprietário, por isso, é inegável que a construção é hipótese de aquisição da propriedade. No mesmo sentido, a

---

<sup>49</sup> A Laje, preceituada no artigo 1510- A do Código Civil de 2002, emerge em razão da Lei 13.465 de 2017. Trata-se do direito de edificar acima ou abaixo da base ou acima de outra laje. Nesta toada, o lajeiro tem os atributos de usar, fruir, gozar, dispor e reivindicar, em similar medida aos atributos do proprietário, previstos no artigo 1.228, *caput*, do Código Civil em vigor. Além disso, o lajeiro edifica sobre coisa própria, diferentemente do direito real sobre coisa alheia de fruição, superfície, por exemplo. Por derradeiro, a autonomia também inclina a laje para a natureza jurídica do direito real sobre coisa própria, na medida em que a eventual usucapião sobre a laje não implica a base ou as demais lajes, assim como a requisição administrativa poderia recair sobre a laje sem implicar a base.

porção de terra desgarrada de seu terreno de origem, em decorrência de movimento violento da natureza (avulsão), agregando-se, por reflexo, a terreno próximo, também revela hipótese de aquisição da propriedade, por se tratar de uma acessão natural, observando-se os demais pressupostos do artigo 1.251 do Código Civil.

#### 4.1.1.2 Atributos

Um brevíssimo confronto entre o Código Civil de 1916 e o de 2002, já é suficiente para a compreensão da guinada paradigmática do discurso patrimonial e da funcionalização. Nesse confronto, aquele diploma, ao preceituar a propriedade privada, previa o atributo do abuso<sup>50</sup>. Em outros termos, a partir de uma inspiração no Direito Romano, o proprietário tinha o atributo do abuso, que convergia ao caráter quiritário e absoluto da propriedade. Todavia, este atributo não mais perdura no Código Civil atual, na medida em que completamente dissonante à funcionalização.

Os atributos, institucionalmente, têm a sua gênese atrelada ao Direito Romano, pois nesta esfera existiam, segundo Guilherme (2015), três atributos inerentes ao proprietário, quais sejam: *usus, fructus e abusus*, atrelado ao direito de alienar e consumir a coisa. Neste sentido, estes atributos convergiam aos desígnios estatais no sentido de defender a propriedade absoluta, em razão da legitimidade que o titular tinha no sentido de usar a propriedade nos moldes que melhor lhe aprouvesse:

a questão mereceu destaque na civilização romana, com os juristas daquele ambiente modulando três facetas à propriedade, quais sejam, a do *usus* – reconhecidamente como o poder de utilizar a coisa; a do *fructus*, como a autonomia de se ter proveito dos produtos e frutos do bem; e por último, a do *abusus*, que vinha a ser o poder de alienar ou de se consumir a coisa. Naquele período, então, a propriedade era percebida como um direito absoluto, praticamente sem barreiras e/ou limites para o seu titular, sendo certo que este tinha o poder de usar, de gozar e de dispor do bem da maneira que melhor lhe conviesse. (GUILHERME, 2015, p.129)

No mesmo sentido:

A classificação dos direitos reais deve ser elaborada segundo o critério da extensão de seus poderes. De forma que a propriedade seria o núcleo do sistema dos direitos reais devido estar caracterizada pelo direito de posse, uso, gozo e disposição. A posse aparece como exteriorização do domínio. Os demais direitos reais formam

---

<sup>50</sup> Isto é, a questão mereceu destaque na civilização romana, com os juristas daquele ambiente modulando três facetas à propriedade, quais sejam, a do *usus* – reconhecidamente como o poder de utilizar a coisa; a do *fructus*, como a autonomia de se ter proveito dos produtos e frutos do bem; e por último, a do *abusus*, que vinha a ser o poder de alienar ou de se consumir a coisa. Naquele período, então, a propriedade era percebida como um direito absoluto, praticamente sem barreiras e/ou limites para o seu titular, sendo certo que este tinha o poder de usar, de gozar e de dispor do bem da maneira que melhor lhe conviesse. (GUILHERME, 2015, p.129)

categorias distintas conforme atinjam o *jus disponendi, utendi* ou *fruendi* (DINIZ, 2013, p.34)

Diante disso, a propriedade, ante os seus poderes, está atrelada a perspectiva de domínio:

Etimologicamente a palavra domínio provém do vocábulo latino *dominium*, que deriva por sua vez da palavra *dominus*, que significa *senhor*. Denota, portanto, a ideia de um poder ou senhorio. Tradicionalmente, já desde o direito romano, propriedade e domínio são utilizados como sinônimos.

Para aqueles que operam uma distinção entre os dois vocábulos, a palavra propriedade seria mais genérica, referindo-se a todos os direitos suscetíveis de apreciação pecuniária. A propriedade compreenderia o domínio que é um direito de propriedade sobre coisas. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.225)

Todas as faculdades e atributos do proprietário, preceituados no artigo 1.228 do Código Civil (BRASIL, 2002), devem ser lidos em consonância com os parâmetros da funcionalização. Portanto, a ideia é de verificar incessantemente se a função social está atendendo a sua função:

Aliás, a função social, que vincula deveres ao titular de certo direito, revela-se elemento transformador da estrutura tradicional da propriedade, resumida às faculdades do titular. Ainda que presentes os elementos estruturais que conformam certo direito há que se analisar o aspecto funcional, de modo que se estabeleça se tal direito está ou não sendo exercitado pelo titular consoante as finalidades individuais e sociais para a qual foi concebido. (UCHÔA, 2016, p.100)

O atual Código Civil prevê os atributos usar, fruir, gozar, dispor e reivindicar a coisa em face daquele que injustamente a detenha, nos termos do artigo 1.228, *caput*.

## 5. PATRIMÔNIO E A SUA GUINADA

Conforme o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a propriedade privada, reflexamente a posse, é inviolável, em favor dos brasileiros ou estrangeiros, residentes ou não no Brasil. Segundo Moraes (2013), a propriedade privada é um direito fundamental que pertence aos direitos individuais, portanto, pertence à primeira geração de direitos fundamentais<sup>51</sup>. Esse dispositivo é a razão pela qual diversos mecanismos protetivos são instaurados em favor do sujeito, diante de situações de agressão à propriedade.

Nos termos do artigo 1228 do Código Civil de 2002, um dos atributos do proprietário é reivindicar a coisa em face daquele que injustamente a detenha, instaurando-se, portanto, o cabimento da ação reivindicatória, e até mesmo, como hipótese de defesa, a imissão da posse. Quando se fala em posse, deve-se invocar uma série de instrumentos protetivos, sob a vertente extrajudicial e judicial. Assim, extrajudicialmente emergem o desforço imediato e a legítima defesa da posse, exigindo-se a reação célere e proporcional do legítimo possuidor em face do agressor.

Sob o ponto-de-vista judicial, segundo Misael Montenegro Filho (2017), existem as típicas ações possessórias, quais sejam, reintegração de posse, manutenção de posse e interdito proibitório, sobre as quais incidem a fungibilidade, o cúmulo dos pedidos e a natureza dúplice, nos termos do artigo 554 e seguintes do Código de Processo Civil em vigor no Brasil. Em contígua direção, existem mecanismos protetivos atípicos, tais como a ação demarcatória, divisória, nos termos do artigo 569 e subsequentes, do mesmo diploma processual, sendo certo que este Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), revogou a histórica “Nunciação de Obra Nova.

Como analisado em capítulo anterior, a forma categórica de transmissão da propriedade se dá através da transcrição, isto é, do registro do imóvel, perante o cartório de registro de imóveis, nos termos do artigo 1.227 do Código Civil. Por outro lado, a transmissão categórica da propriedade dos bens móveis se dá através da tradição, ou seja, a entrega simbólica da coisa, conforme preceitua o artigo 1226 do vigente do Código Civil brasileiro. Todas essas transmissões promovem a circulação, o fomento e o aquecimento da economia.

---

<sup>51</sup> Os direitos fundamentais são os direitos humanos expressamente declarados no ordenamento jurídico-constitucional. Ressalta-se, que os direitos humanos são os direitos essenciais do ser humano, inerentes a vida, a liberdade, a dignidade, a igualdade, ao valor e a natureza da própria condição humana. Os direitos fundamentais limitam os atos do Estado, impedindo os atos de abuso do poder ou de vontade própria do Estado no exercício das suas funções, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Enquanto, as garantias fundamentais são mecanismos expressos na Constituição que asseguram a concretização dos direitos fundamentais. (DIAS, 2015, p.85).

Por esse motivo, certamente a propriedade privada consiste no principal bem jurídico de percepção e ilustração do capitalismo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tutela a propriedade no campo *inter vivos e causa mortis*. Neste ponto, a defesa pode ser observada no artigo 5º da Constituição Federal, inciso XXX, a partir da garantia do direito à herança, isto é, trata-se da defesa do direito de propriedade, em decorrência do evento morte do sucedido, em favor dos vocacionados hereditários, em que pese a eventual ação de exclusão dos herdeiros por indignidade, autêntica morte *ficta* do sucessor, nos termos do artigo 1814 e seguintes do Código Civil brasileiro ou a deserção, preceituada no artigo 1963 e seguintes do Código Civil brasileiro de 2002.

São atributos do proprietário, nos termos do artigo 1228 do Código Civil que vigora no Brasil, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2017): usar, gozar e dispor e reivindicar. Todos esses atributos conduzem ao viés protetivo egoístico, não fosse o parágrafo primeiro do mesmo suporte fático abstrato, que traz à baila a função social da propriedade, ante a proteção flagrante do meio ambiente. O condão quiritário e absoluto foi flagrantemente mitigado pelo legislador constituinte de 1988, bem como pelo legislador infraconstituinte no Código Civil de 2002.

Não há como dirigir ao proprietário e possuidor poderes ilimitados para a administração de seu arcabouço patrimonial, o qual traz consigo legitimamente poderes decisórios, em consonância aos interesses sociais e em respeitabilidade aos sujeitos que compõem a sociedade. Trata-se de um viés altruísta inerente à propriedade.

Relevante duelo há entre o invocado *caput* do artigo 5º e o inciso XXII da Constituição Federal de 1988. Conforme este dispositivo, a propriedade privada é uma garantia. Porém, não se pode defender que todos os sujeitos tenham o direito de exigir a propriedade privada, em verdade, hermeneuticamente, o mais plausível é nortear sempre a interpretação dos incisos a partir dos comandos oriundos do *caput*. Desse modo, conforme o *caput* deste artigo será salvaguardada a inviolabilidade da propriedade privada, ou seja, economicamente, amparado no princípio da liberdade e no contexto do regime capitalista, todos têm legitimidade, nos limites legais, de empreenderem esforços para fins de lograr a propriedade e a concentração racional econômica. Nesse sentido, àqueles que tiverem adquirido a propriedade ou a posse haverá o direito de tutela. Contudo, àqueles desprovidos de propriedade não haverá objeto de tutela estatal, motivo pelo qual é inexigível o manejo de ações no sentido de exigir que o Estado dê a propriedade em favor do particular.

Os direitos reais sociais foram importantes para a compreensão do discurso da funcionalização, os quais estão preceituados na Lei 11.481/07, quais sejam: concessão de uso especial e concessão de uso especial para fins de moradia, em consonância às diretrizes da Emenda Constitucional 26/2000, que reformou o artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988.

A moradia é uma justa e propícia forma de manifestação da função social. Trata-se de uma destinação e cumprimento da função social por parte da propriedade estatal. Nesse interim, o direito à moradia é um direito social, exigível, portanto. Por outro lado, a propriedade é inexigível, mas, o é em favor<sup>52</sup> daqueles que tiverem propriedade e forem agredidos. Neste sentido:

Se há um direito a moradia (ainda que indigna pelo estado do imóvel) em especial para os necessitados e desprovidos de condições econômicas que permitam provê-la diretamente, o que parece que há, então o poder público é quem deveria provê-la adequadamente e existindo um prédio próprio sem qualquer função, que providenciasse a União, o estado ou município sua adaptação para fins residências ou em sendo isso viável, que exercesse a União o zelo e o cuidado que todo proprietário deve ter com suas coisas, dando a destinação adequada ou ao menos zelando pela segurança da população (...) (TORRES, 2018, p.1)

Sob a vertente do federalismo brasileiro, a moradia assume elevado impacto, exigindo-se os préstimos, a atuação, a estrutura estatal, para fins de materialização. A moradia não é norma programática, trata-se de norma de eficácia imediata, cuja materialização deve ser irradiada. Ela, amparando-se nas argumentações de José Afonso da Silva (2014), significa morada, ambiente no qual o sujeito há de fixar sua habitação, seu lar, seu abrigo.

Alexandre de Moraes (2013) inicia a temática sobre a moradia a partir de importante reflexão, a começar pelo impacto dos direitos sociais na seara internacional pública, tendo em vista a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, da Organização das Nações Unidas, a partir do teor do artigo XII:

Os direitos sociais enumerados exemplificadamente no Capítulo II do Título II do texto constitucional não esgotam os direitos fundamentais constitucionais do trabalhador (...) todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade. (MORAES, p. 203, 2013)

Em similar toada humanizada, Ingo Wolfgang Sarlet analisa:

---

<sup>52</sup> A expressão inviolabilidade está inserida no “caput” do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, todavia, não está inserida no artigo 6º do mesmo diploma.

Nada obstante anteriores referências ao longo do texto constitucional na sua redação original, o direito à moradia só veio a ser positivado expressamente com a EC 26, de 14.02.2000 (...) Não há mais dúvidas de que o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, de forte conteúdo existencial, considerado, por alguns, até mesmo um direito de personalidade ( pelo menos naquilo em que vinculado à dignidade da pessoa humana e às condições para o pleno desenvolvimento da personalidade), não se confundindo com o direito à ( e de) propriedade, já que se trata de direitos distintos (...) o direito social à moradia abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva ( direito a prestações) (...) (SARLET, 2015, p.636)

Ainda em um olhar federalista brasileiro, a moradia assume substancial envergadura, pois, nos termos do artigo 23 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é competência administrativa comum dos Entes Federativos, o fomento à moradia. Em favor dos moradores, num contexto constitucional e civilista, não é plausível defender que os moradores de um imóvel sejam sempre proprietários, uma vez que estes podem não carregar consigo o título de domínio, nem tampouco os atributos reivindicatórios, de disposição e nem mesmo a legitimidade de alienação.

Ademais, quando se está diante de um morador de um imóvel público, com direito ao uso, a tais moradores restam-lhes ausentes os atributos de gozo e fruição, a partir de uma leitura centrada do artigo 1.196 do Código Civil brasileiro de 2002. Nesse contexto, os moradores, em razão da extrema limitação que lhes é concernente, no exercício da moradia de um imóvel público (em uma situação típica de um albergue, por exemplo) e dos atributos, nada mais seriam que detentores.

Para a compreensão do posicionamento possessório dos moradores de um imóvel público, complementa-se o raciocínio através de uma singela reflexão acerca do instituto da detenção. Desse modo, entre as modalidades de detenção, emergem as subseqüentes: Mera permissão ou tolerância, nos termos do artigo 1208 do Código, bem como as modalidades injustas (violência e clandestinidade, enquanto perdurarem e a precariedade). Além destas iniciais, invoque-se o famigerado fâmulos da posse (aquele que conserva a posse em favor de terceiros. Em se tratando desta modalidade, é possível a usucapião, desde que estejamos diante do esvaziamento da subordinação), nos termos do artigo 1198 do Código Civil de 2002.

Há detenção nos exercícios fáticos, aparentemente possessórios sobre bens públicos, nos termos dos artigos 191, parágrafo único, 183 da Constituição Federal, assim como a súmula persuasiva 340 do Supremo Tribunal Federal. Portanto, não importa a espécie de bem público, seja ele dominical, de uso especial ou comum, nenhuma destas modalidades induzirá a usucapião, a princípio. Neste sentido, usucapião é hipótese de aquisição originária, em razão do exercício possessório, trazendo um caráter tendencialmente individual, de alcances *inter*

*partes*, em favor do usucapiente. Assim, quando se estiver diante de um bem público, a defesa é do princípio da supremacia dos interesses públicos sobre os privados; tão decisiva para a edição da súmula em questão. Num primeiro momento, o usucapiente (caso prime por interesses particulares), se lograr êxito na ação em ação usucapião em face de um bem pertencente ao Estado, estar-se-ia diante de uma individualização de bem coletivo.

Finalmente, emerge a súmula 619 do Superior Tribunal de Justiça, capaz de rechaçar a pretensão de usucapião e de indenização. Nela, o Superior Tribunal de Justiça leva a precariedade aos invasores de imóveis públicos: “A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias. (Súmula 619, CORTE ESPECIAL, julgado em 24/10/2018, DJe 30/10/2018)

De maneira que, a Súmula 619 do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar o ocupante de bem público como detentor e desmerecedor de indenização, revela que, ainda que ocorra descumprimento da função social por parte do Estado, não haverá perda da propriedade, ante a defesa inabalável<sup>53</sup> da imprescritibilidade do bem público<sup>54</sup>, ainda que se esteja diante de

---

<sup>53</sup> A título de exceção e ponderação sobre a função social: Em uma importante decisão o juiz titular da Vara da Fazenda Pública de Coronel Fabriciano, Marcelo Pereira da Silva, indeferiu o pedido do Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais (DER-MG), que solicitava a desocupação de uma área pública estadual de 36 mil metros quadrados, no Km 280 da BR-381, próximo ao trevo de Antônio Dias, onde residem cerca de dez famílias, formadas, em sua maioria, por ex-servidores do próprio DER-MG.

Os moradores funcionários do DER/MG, edificaram uma vila no local do acampamento em que trabalhavam para o órgão público. Por aproximadamente 30 anos foram erguendo suas casas, constituindo famílias e criando vínculo com a propriedade. Aos poucos foram dotando a vila de infraestrutura como: asfalto, energia elétrica, mina e uma pequena igreja. Nos autos consta que a área ocupada pelos moradores, correspondia a aproximadamente a 26% do imóvel, sendo o restante composto por áreas livres. A Câmara Recursal confirmou a sentença de primeira instância nos seguintes termos:

ACÇÃO DE USUCAPIÃO - BEM IMÓVEL - ÁREA MARGINAL À RODOVIA ESTADUAL - IMPUGNAÇÃO DO DER/MG - RESPEITO À FAIXA DE DOMÍNIO - REGULAMENTAÇÃO DA LEI QUE EXIGE RESERVA DA ÁREA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - INEFICÁCIA POSITIVA DA NORMA - INAPLICABILIDADE. RESPEITO À ""AREA NON AEDIFICANDI"" - USUCAPIÃO - POSSIBILIDADE - MERA IMPOSIÇÃO DE LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO CONFIRMADA. - Não restando provada a regulamentação, pelo DER/MG (ente com circunscrição sobre a rodovia estadual), da lei que contém disciplina geral acerca da reserva de 'faixa de domínio' de áreas marginais a rodovias estaduais, impõe-se reconhecer a ineficácia positiva da norma, ante a ausência de parâmetros objetivos acerca da identificação e demarcação da área. - A exigência legal de reserva de faixa não-edificável de 15 metros de cada lado das rodovias implica mera limitação administrativa, com imposição de obrigação de não-fazer, não representando óbice, portanto, à usucapião da respectiva área. (Apelação Cível 1.0012.04.001688-8/001, Relator (a): Des.(a) Eduardo Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/04/2010, publicação da sumula em 21/05/2010) CONSTITUCIONAL - USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - POSSE ""AD USUCAPIONEM"" - PRAZO SUPERIOR A 20 (VINTE) ANOS - OCORRÊNCIA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - Se o autor comprova possuir o imóvel por prazo contínuo e superior a vinte anos - nos termos do art. 1.238 do Código Civil -, com ""animus domini"" e pacificamente, faz ele jus à aquisição prescritiva. 2 - A existência de área 'non aedificandi' correspondente à parte da faixa de domínio de rodovia estadual não impede a prescrição aquisitiva do bem, por não se tratar de bem público, mas de bem particular sujeito à limitação administrativa. 3 - Recurso não provido. (Apelação Cível 1.0346.07.013776-2/001,

bens públicos desafetados. Em outras palavras, a jurisprudência não admitiu a reciprocidade do raciocínio, na medida em que o poder público, ante a sua superioridade pode se impor em face do proprietário; porém, conforme esta fonte do direito, o particular não poderá se impor contra o Estado.

A preocupação, no que se refere à generalização da vedação da usucapião sobre bens públicos, versa sobre o equilíbrio. Isto é, nas hipóteses segundo as quais o Estado é inerte<sup>55</sup> e contraditório aos parâmetros da função social, nos termos dos artigos 182 e 186 da

---

Relator (a): Des.(a) Edgard Penna Amorim, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da sumula em 27/01/2012)

Importante também foi o parecer do Ministério Público que opinou pela improcedência do pedido do DER-MG, sendo favorável à declaração do domínio da área ocupada por parte de seus moradores.

“Não se pode permitir num país como o Brasil, em que, infelizmente, milhões de pessoas ainda vivem ‘à margem da sociedade, que o Estado, por desídia ou omissão, possa manter-se proprietário de bens desafetados e sem qualquer perspectiva de utilização para o interesse público, se desobrigando ao cumprimento da função social da propriedade”, afirma o parecer emitido pelo MP.

<sup>54</sup> Por bens públicos se entende-se o conjunto de bens moveis e imóveis destinados ao uso direto do Poder Público ou à utilização direta ou indireta da coletividade, regulamentados pela Administração e submetidos a regime de direito público. Consoante artigo 98 do Código Civil de 2002, são bens públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, seja qual for a pessoa a que pertencerem. (CRETELLA JUNIOR, apud CARVALHO FILHO, 2015, p. 1180) Complementarmente: Bens de uso comum do povo são aqueles que por lei ou por sua natureza podem ser usados por toda a coletividade. Embora estes bens tenham destinação pública, o Poder Público tem o direito de regulamentar seu uso, restringindo-o ou até mesmo o impedindo, conforme o caso, desde que se proponha à tutela do interesse público. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1050) Bens de uso especial são todos os bens móveis ou imóveis utilizados pela Administração para execução dos serviços públicos de um modo geral

<sup>55</sup> Em tom de desequilíbrio e constando que a realidade fática versa sobre a gradação entre o Imposto Predial Territorial Urbano e a desapropriação por descumprimento de função social: Tal situação me levou a refletir sobre várias questões: 1 -inércia do poder público federal com o zelo da coisa pública (patrimônio público e de toda nação por ser um bem da União), que em tese estaria afetado a uma função pública (acolhimento de repartições públicas); 2 - inércia dos poderes locais (Estado e Município) por duas razões, a saber: a uma por terem ciência de um prédio público daquele porte na maior cidade do país e não tomarem qualquer providencia para notificar a União para dar uma destinação a ele, pois sua eventual queda com ou sem moradores colocaria em risco os moradores da vizinhança, os transeuntes, além dos imóveis vizinhos como se viu na queda de grande parte de uma igreja construída no início do século XX e a duas, porque ao terem ciência (o município fez um cadastro dos moradores) que pessoas, desprovidas de moradia, haviam tomado posse de parte do prédio que não fora construído com o propósito residencial para servir-lhes de habitação e não tomarem qualquer providencia no sentido de viabilizar a transformação do prédio em prédio de habitação coletiva social, realizando as adaptações necessárias ou providenciando a realocação das pessoas através de aluguel social ou em empreendimentos de habitação popular do Programa Minha Casa Minha Vida ou ainda qualquer programa local de habitação popular; Este último ponto é o que me parece de grande relevância, pois de fato se a União tivesse obedecido a Constituição Federal (artigo 5º inciso XXIII), dando cumprimento à função social de sua propriedade nada do que assistimos teria ocorrido. Pelo noticiário o prédio fora construído na década de 60 com toda infraestrutura, inclusive ar condicionado central, tornando-se um ícone da arquitetura daquela época e mesmo nos dias de hoje, ainda que as imagens demonstrassem um prédio abandonado era possível ver sua imponência. Assim a União deveria o estar utilizando mas parece que desde de 2009, portanto há quase 10 anos, não dá qualquer função social (no interesse público ou no interesse privado, como locando-o por exemplo) à coisa pública, gerando, além de danos ao erário uma “propriedade” abandonada, que se privada fosse estaria sujeita ao pagamento de IPTU progressivo no tempo e desapropriação sanção nos termos do artigo 182 da CF e seus incisos ou ainda a arrecadação após três anos de abandono nos termos do artigo 1.275 inc. III combinado com artigo 1.276 ambos do Código Civil, passando à propriedade do município, que por óbvio teria que dar uma destinação socialmente útil ao bem. (TORRES, 2018, p.1)

Constituição Federal de 1988, isto é, quando o próprio Estado descumpra a função social da propriedade, haverá o desequilíbrio da relação entre o Estado *versus* indivíduo. Nesse sentido, nas hipóteses segundo as quais uma multiplicidade de pessoas ocupa terreno público, para fins de moradia, com propósitos humanistas, mínimos e existencialistas, poderia se pensar na possibilidade de flexibilização da propriedade estatal. Ora, o dever de cumprimento da função social é vertical e horizontal, na medida em que o texto constitucional não isentou o Estado deste dever. Assim, conforme o discurso empregado nesta tese, a propriedade, seja estatal ou particular, não se reveste do manto do absolutismo.

O raciocínio aplicável à propriedade privada não se confundirá com o da moradia, posto que estes bens têm posicionamentos constitucionais distintos, sendo certo que aquele está na esfera individual e a fundamentalidade gravita em torno da “inviolabilidade da propriedade”. Por outro lado, a moradia está no rol de direitos sociais e é passível de exigibilidade dos préstimos estatais no sentido de seu fornecimento. O ponto central, portanto, é compreender que a socialidade<sup>56</sup>, humanidade e alteridade da propriedade privada se consolidará através da função social, sem a qual o discurso da propriedade se envereda ao individualismo e ao patrimonialismo. Dessa forma, pensar a propriedade privada a partir da lente do proprietário, ignorando a coletividade, é discurso a ser rechaçado. Afinal, o discurso deve ser de equilíbrio e proporcionalidade, sem a promoção de tutelas absolutas da propriedade privada. Neste sentido, mais detidamente será explorada a relativização da propriedade no capítulo 9 desta tese, ao ponto de se investigar o devido grau de tutela dela.

## 5.1 Patrimônio Mínimo

Luiz Edson Fachin (2008) faz uma série de análises dogmáticas (em distintas esferas, como o Direito das Sucessões, Obrigações, Reais, Família e Contratual) e axiológicas, capazes de enaltecer o caráter humanista. No primeiro capítulo do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, Fachin (2008) faz revisitações profundas; todavia, nas páginas derradeiras do capítulo I e ao longo do capítulo II, o autor se preocupa em fazer análises dogmáticas de institutos clássicos, notadamente: a inalienabilidade testamentária e a doação universal. Fachin (2008) valora a dignidade da pessoa humana, considerando-a um autêntico imperativo ético.

---

<sup>56</sup> O sentido desta expressão é desenvolvido durante a tese. De modo específico: “a “socialidade” concentrada na prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, não se afasta do valor da pessoa humana.”(UCHÔA, 2016, p.116)

Desse modo, se houver a devida interpretação da dignidade, certamente ocorrerá a minimização do caráter patrimonialista clássico, egoísta, individualista e egocêntrico. Parâmetros que, de antemão, são por completo convergentes ao discurso da função social. Ainda segundo Fachin (2008), a doação universal, preceituada no Código Civil, merece apreço, na medida em que não cabe pensar que o patrimônio é meramente um conjunto de bens que se encontram disponíveis para a satisfação ilimitada dos desejos humanos.

A doação universal tem limites criados pelo legislador. Vale dizer, ninguém poderá dispor gratuitamente da totalidade de seu patrimônio, caso esta doação implique a miserabilidade do doador. Este dispositivo confronta: o patrimonialismo e autonomia *versus* a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando de patrimônio mínimo, a dignidade da pessoa humana assume papel de destaque, uma vez que, patrimônio não é apenas uma universalidade de bens corpóreos, composto meramente por um conjunto de propriedades, aliás, pensar desse modo seria a salvaguardar o caráter quiritário. Patrimônio, portanto, é composto por coisas e bens, até mesmo incorpóreos - principalmente, quando apreciamos a teoria do patrimônio mínimo.

Outro impacto do processo de repersonalização está preceituado na Lei 8009/90, a partir da impenhorabilidade do bem de família, isto é, por mais que os credores queiram o recebimento de seus créditos, o bem de família recebeu a blindagem da impenhorabilidade, salvo as exceções positivadas na própria Lei.

Outra acepção de patrimônio é no sentido de enxergá-lo na condição de garantia dos credores. O direito privado, classicamente, encontra o seu núcleo nele; portanto, há que se despatrimonializar (no sentido clássico), por meio da inserção da pessoa natural no centro, em detrimento da propriedade. Na mesma caminhada teórica de Fachin (2008), os contratos têm dinamicidade, isto é, têm o propósito de transmitir bens. Assim sendo, os bens são estáticos, ou seja, se não houver a manifestação de vontade das pessoas, os bens não migrarão de um arcabouço patrimonial para outro. Afinal, as coisas existem para a satisfação de anseios humanos.

As coisas, para se configurarem como tais, devem ser passíveis de apropriação pelo homem. Nesse sentido, isso, por si só, já revela a submissão delas em relação ao homem.

Patrimônio mínimo, para ser compreendido, deve ser analisado como conjunto, composto por bens corpóreos e incorpóreos; carregando em si uma polissemia, uma vez que podemos pensá-lo em: patrimônio material, genético, mínimo, da humanidade, dentre outros.

Quando se convergem as cargas de humanidade ao patrimônio, são revelados direitos aparentemente naturais, tal como: a liberdade.

Historicamente, segundo Fachin (2008), os Códigos Burgueses valorizavam sobretudo o patrimônio, em sua concepção capitalista, fato que influenciou os ordenamentos brasileiros civis.

O discurso burguês consiste em compreender que o patrimônio decorre da personalidade. Fachin (2008). A partir desse discurso são extraídos os conceitos de unidade e indivisibilidade, em um tom de aproximação entre a personalidade e o patrimônio, na qual de uma só pessoa decorrem um patrimônio e uma personalidade.

Para os jusnaturalistas a propriedade é um direito natural, o que é muito salutar aos horizontes burgueses. Nesse sentido, há uma tensão entre jusnaturalistas e jusracionalistas. De toda essa análise, a partir da leitura de Fachin (2008), o idealismo é um caminho relevante, na medida em que o Direito é construído a partir das relações praticadas por pessoas.

O caráter quirritário experimentou autêntica suavização ao longo do tempo, em especial quando confrontamos as Ordenações Filipinas, de 1603 ao Código Civil de 2002.

Outra constatação relevante é que a compreensão do patrimônio mínimo exige a exaltação do ser humano, motivo pelo qual, o sujeito, seja ativo ou passivo, deve ser enxergado como pessoa natural ou jurídica.

A capacidade, como projeção de direitos e deveres, é voltada para pessoas dotadas tipicamente de personalidade; a fim de problematizar este paradigma de valoração do ser humano, temos de confrontá-lo com a perspectiva pandectista, conforme Luiz Edson Fachin (2008).

A universalidade, no contexto do patrimônio, é matéria uníssona doutrinariamente. Por outro lado, a indivisibilidade e a unidade patrimoniais são pontos mais tormentosos no cenário do patrimônio mínimo.

O patrimônio mínimo, segundo Fachin (2008), é compreendido a partir da tese de que patrimônio não se confunde com propriedade, na medida em que aquele é mais amplo e contempla decisivamente bens existenciais.

Perlingieri, citado por Fachin (2008), sugere a formalização das situações subjetivas patrimoniais às existenciais, o que é contributivo para a superação dos paradigmas clássicos.

O Direito é fruto da cultura humana, e tem como protagonista a pessoa humana, nas visões personalistas e existencialistas, motivo pelo qual a compreensão do mínimo existencial passa pela análise da postura estatal, no sentido de assegurar e promover a dignidade das pessoas:

O Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. O homem tem a sua dignidade aviltada não apenas quando se vê privado de alguma das suas liberdades fundamentais, como também quando não tem acesso à alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc. (SARMENTO, 2000, p. 71).

Fachin (2008) ainda invoca os pensamentos de Pietro Barcelona, também preocupado em romper horizontes clássicos, a partir de críticas severas em face da sociedade da pressa, do consumismo e da celeridade. Trata-se de um autor ainda mais crítico em relação à essência das relações jurídicas.

O condão patrimonial, com amparo no Código Civil de 2002, tem uma roupagem diferenciada, quando o foco são os bens imóveis. De modo que, o tratamento que o Código Civil confere aos bens imóveis, em razão de critérios econômicos e dimensionais, não se confunde com o tratamento normativo conferido aos bens móveis.

Fachin (2008) valora diversos institutos. Primeiramente, o autor analisa que a doação universal está em estrita tensão com o usufruto<sup>57</sup>. Num segundo momento, em nome do existencialismo, não há que se falar em negócios que contemplem a herança de pessoa viva, nos termos do artigo 426 do Código Civil de 2002, tendo em vista os parâmetros existencialistas.

Fachin (2008) ainda discute a incapacidade relativa em virtude da prodigalidade, confrontando com o condão individualista patrimonial. De forma que, a dignidade da pessoa humana assume centralidade<sup>58</sup>. O referido reconhecimento é contributivo para a promoção da humanização do Direito Civil das Coisas.

A dignidade da pessoa humana é o motivo pelo qual a função social da posse e da propriedade emergem no Direito. Isto é, o conteúdo da função social é solidificado em virtude do princípio da dignidade da pessoa humana. De maneira que, a propriedade privada é central para o regime capitalista brasileiro e corolário da ordem econômica, nos termos do artigo 170 da vigente Constituição Federal brasileira de 1988. A propriedade privada, por si só, embora

---

<sup>57</sup> Destacadamente o autor enfatiza o impacto da morte do usufrutuário como hipótese de extinção do usufruto e do impacto do usufruto, como instituto de possível viabilização da subsistência, tendo em vista o artigo 548 do Código Civil de 2002. Ora, a pessoa natural, ainda que não tenha herdeiros necessários, não poderá dispor da totalidade de seus bens, caso se perfaça o comprometimento da subsistência da pessoa natural)

<sup>58</sup> Segundo Fachin (2008), no mesmo radar, pode-se refletir sobre a capacidade específica para fins de alienação de bens imóveis de ascendentes para descendentes, nos termos do artigo 496 do Código Civil brasileiro em vigor, especificamente em razão do fato de que, como regra geral, a doação de ascendentes para descendentes repercutirá patrimonialmente como adiantamento de herança. Este exemplo mostra que a propriedade não pode ser pensada apenas como ambiente de manifestações de liberdades ilimitadas, isto é, a propriedade deve carregar consigo todas as marcas existencialistas. Diante de tal existencialismo, não há outra sorte senão trazer limitações para a disposição da propriedade. Por isso, as limitações impostas à propriedade são convidativas ao discurso do patrimônio mínimo.

seja materialmente constitucional, não pode ser enxergada como direito social, diferentemente da moradia. Neste teor:

A Constituição Brasileira, é certo, também arrola a propriedade privada e sua função social entre os princípios gerais da ordem econômica, nos incisos II e III do art. 17090. Dessa forma, embora a propriedade esteja prevista entre os direitos individuais, está igualmente inserida entre os princípios da atividade econômica. Isso nos autoriza compreender a propriedade privada como princípio constitucional econômico, capaz, inclusive, “de identificar um determinado sistema econômico vigente”. Cumpre destacar que os preceitos constitucionais – direito individual e princípio da ordem econômica – necessitam ser compatibilizados, o que resulta no reconhecimento de que, em última instância, a propriedade privada não mais pode ser considerada apenas em seu caráter puramente individualista. (TAVARES, 2013, p.65)

A inviolabilidade da propriedade privada é direito fundamental individual, cuja garantia preceituada na cabeça do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consiste em salvaguardar a sua inviolabilidade, Incabível seria o manejo de ação que vindique a entrega por parte do Estado da propriedade privada em favor do peticionário. Defender a função social é advogar a mitigação do caráter absoluto clássico da propriedade. Assim, a materialização dos atributos inerentes ao proprietário deve se dar em consonância com os preceitos da função social da propriedade.

A função social é umbilicalmente ligada à propriedade privada, motivo pelo qual a essência da propriedade só há de se consolidar caso não existam vilipêndios ao princípio da função social, o que revela a visão estruturante.

A teoria do patrimônio mínimo transmite que a propriedade e a posse não são os seus principais componentes e sim a dignidade, em conjunto com as suas irradiações. Há um autêntico encontro hermenêutico entre a dignidade da pessoa humana, o processo de repersonalização, a função social e o patrimônio mínimo. Trata-se de um interdependente bloco interpretativo.

Esta visão hermenêutica reconhece a função social ao patamar de direito fundamental:

Nessa perspectiva, é de se rever o debate em torno da posse e de sua função social. O fato de a propriedade ter sua função social expressamente prevista no rol das garantias constitucionais não lhe confere qualquer precedência hierárquica em relação à posse. Tampouco serviria essa circunstância a reforçar a ideia de que a posse só se justifica no âmbito e associada à propriedade. A opção do constituinte, ao incluir a função social da propriedade no elenco dos direitos fundamentais, indica a determinação constitucional em condicionar a tutela das relações jurídicas patrimoniais aos interesses não proprietários. Como a dizer: se o direito subjetivo do proprietário é garantido constitucionalmente, a função desempenhada pelo domínio também o é, a instrumentalizar, assim, a propriedade aos valores existenciais reconhecidos pela sociedade. (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, p.97, 2020)

Isso posto, a interface indestrutível entre função social e a dignidade da pessoa humana, promove o olhar existencialista e humanista perseguido nesta tese, para a compreensão do devido grau de tutela da propriedade, a partir da proporcionalidade. Portanto, a interface entre ambos os bens jurídicos, gera a superação dos parâmetros quirítários da propriedade privada e do conceito clássico de patrimônio, fortalecendo-se a tese de que a função social da posse e da propriedade pertencem ao discurso do patrimônio mínimo, imprescindíveis, portanto, para a existência humana, ante a valoração da socialidade e da coletividade.

## 6. SOLIDARIEDADE, PROPORCIONALIDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade, em um cenário principiológico já abordado, não é puramente uma benesse e um instrumento de exercício do poderio nas relações privadas. A propriedade se apresenta como um elemento sobre o qual o poder estatal e a necessidade de respeito à coletividade recaem. Este bem, portanto, impõe uma série de responsabilidades.

Já se analisou, e agora se reitera, uma série de fenômenos históricos, como a *Lex Poetelia Papiria*, a migração da teoria subjetivista para a teoria objetivista, as Revoluções do Iluminismo e outros tantos fenômenos, que contribuíram para retirar do seio do Direito Privado a responsabilização pessoal corpórea.

A rigidez patrimonial, em um período clássico do Direito, desrespeitava a personalidade da pessoa humana. Neste mesmo viés, no Direito Romano, segundo Fustel de Coulanges (1995), em uma propriedade imobiliária familiar havia forte conotação religiosa. Por isso, o bem de família carregava consigo toda a ancestralidade.

A força religiosa pode ser vista a partir da necessidade atrelada ao pai de família, ao sacerdote do lar, no sentido de ministrar sobre a sua família e proteger os seus ancestrais através da manutenção do fogo aceso. Tratava-se de um culto aos ancestrais. A propriedade, portanto, era tida como primordial para a integridade do indivíduo, mais do que propriamente a sua vida.

Segundo Rocha (2019), inspirado em Durkheim, a solidariedade em sociedade gera percepção de pertencimento à comunidade ou à sociedade, além de um caráter social, a partir da efetividade dos relacionamentos humanos, envolvendo a prática de trabalhos, com contribuições cristãs, a interação e a intersubjetividade:

Acreditar que todos em uma comunidade devem exercer uma determinada atividade importante e útil para o grupo, a partir da qual a relação de confiança se estabelece e o respeito ao trabalho exercido por determinado indivíduo o insere de forma eficiente na sociedade, permitindo-lhe estabelecer relações humanas efetivas que, por outro lado e ao mesmo tempo, acaba dando certa morfologia ao grupo, vale dizer, a solidariedade dá o caráter social ao indivíduo e o indivíduo, por sua vez, pela sua atividade útil e aceita como tal, influencia a própria forma da sociedade a que pertence. Desta forma, a solidariedade apresenta-se para a Sociologia diferentemente do senso comum: vulgarmente entendemos como solidariedade a ajuda cristã ao próximo; ajudar os socialmente excluídos faz parte da moral cristã e assim impregna nossos sentidos de uma justiça que se manifesta tardiamente, que embora seja importante e nos reconforte, efetivamente não ataca o mal em sua raiz. A justiça necessária, segundo Durkheim, seria praticar a solidariedade na sua essência integradora dos indivíduos ao corpo social (ROCHA, 2019, p.90)

Atrocidades já se alastraram, em desrespeito à pessoa humana, o que foi contributivo no processo de (re) construção da personalidade. Gustavo Tepedino (2001) cita como

importantes para a compreensão do instituto da personalidade a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais. Nesse ponto, os referidos fenômenos impulsionaram a revisitação de distintos institutos.

A partir desse olhar sensibilizado, é possível se falar em solidariedade, tão frutífera para o discurso da função social, reforçado a partir de choques à humanidade.

A solidariedade deve ocupar posição de centralidade nos horizontes jurídicos, para fins de (re) construção dos paradigmas do princípio da Função Social. A referida centralidade deve se reportar à seara principiológica, tanto a partir de um estudo específico acerca deste princípio quanto a partir de estudos sobre a incidência e irradiação dele em relação aos demais.

A solidariedade, quando individualizada e aprofundada<sup>59</sup>, permite ao interprete pensar e nutrir sentimentos mais nobilitantes<sup>60</sup> sobre um legítimo Estado Democrático de Direito. Nesta caminhada, a séria ponderação sobre este elemento, permite atingir novas concepções sobre a necessária busca pela autêntica humanização do Direito Civil.

Nesse sentido, impossível é formular qualquer conceito ou promover a individualização sobre qualquer objeto, sem a promoção de confrontações com outros objetos. A solidariedade é o reconhecimento do outro, evitando-se a prejudicialidade, numa visão horizontal ou da sociedade. Dessa forma, ela não gera ou contribui para o sofrimento<sup>61</sup>, é a materialização de atos de valoração das pessoas, conforme Corrêa, citando Richard Rorty:

(...)a solidariedade humana está calcada no fato de que a definição moral de pessoa é a de “algo que pode ser humilhado”, daí porque o sentido dessa solidariedade está em diminuir a possibilidade de sofrimento – está em cada vez mais ver as diferenças tradicionais (de religião, raça, sexo, idade, posses, etc.) como não importantes diante da semelhança no que respeita à dor e à humilhação. A solidariedade é, enfim, a capacidade do sujeito de pensar em pessoas dele diferentes, mas incluí-las na esfera do “nós”(CORRÊA, 2009, p.100)

---

<sup>59</sup> A propriedade deve ser sempre pensada em consonância com o discurso de solidariedade. Conforme Rosenvald e Farias: A propriedade no Brasil é tutelada de forma débil. Grande parte da população está à margem do sistema de reconhecimento legal de titularidades. Em favelas e regiões carentes vislumbramos construções que não dotam os seus possuidores de escrituras e registros, mas apenas de posse não documentada, portanto estéril no mercado. Certamente esta moradia já cumpre uma função social, pois retira a pessoa do relento, evitando a sua coisificação. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.247)

<sup>60</sup> “(...) que torna o homem capaz de praticar ações nobilitantes (...) certas formas de excelência são intelectuais e outras são morais (a sabedoria, a inteligência e o discernimento são intelectuais, e a liberalidade e a moderação, por exemplo, são formas de excelência moral).” (ARISTÓTELES, 1996, p. 134-136)

<sup>61</sup> Demais, dizem que o sofrimento é uma falta [do que constitui] o estado natural e o prazer o respectivo preenchimento. Este tipo de afecções é somático. Se, então, o prazer é um processo de preenchimento do que faz falta para se constituir o estado natural, então aquilo no qual o preenchimento tem lugar encontra-se em estado de sentir prazer. Tal coisa seria, portanto, o corpo próprio (ARISTÓTELES, p.204, 2017)

Na concepção de León Duguit<sup>62</sup> (2005), citado por José Luis Monereo Pérez e José Calvo Gonzalez, o fundamento do direito é a defesa da solidariedade humana, decisiva para a

---

<sup>62</sup> La «sociología del Derecho» de León Duguit arranca en la idea de que el Derecho es un producto de la vida social. La teoría jurídico-sociológica duguitiana, por él mismo calificada de «teoría objetivista», tiene sin duda a la base la construcción sociológica de Durkheim donde el fundamento del Derecho se sitúa en la noción de solidaridad humana, de interdependencia social, pero presenta también -como se indicará más adelante- importantes adedamientos a la doctrina del «derecho social» planteada por algunos solidaristas franceses precedentes[9]. Ambas contribuciones afluyen y confluyen en su obra con modulaciones y particularidad de enfoques, especialmente valorativos[11], que al cabo desembocan en una autónoma y singularísima doctrina sociojurídica.

Para Durkheim el Derecho surge del comportamiento humano en un orden social regido por una solidaridad orgánica derivada de la división social del trabajo, la que supone que sus miembros deben cooperar entre sí[12]. Es así como el Derecho resulta de la vida social, de las mismas necesidades evolutivas de la vida en sociedad. En consonancia a este presupuesto Duguit elabora su doctrina, en efecto, a modo de crítica sistemática de las doctrinas individualistas y formalistas en el campo social y jurídico subrayando en concreto frente a ellas un firme rechazo, cuanto menos, a dos de sus conceptos: el del derecho subjetivo, que supone el poder de imponerse a otras voluntades, y el de sujeto de derecho; planteamientos de los que ambas participan y en el fondo son coincidentes. Las dos admiten la existencia del derecho subjetivo o poder de una voluntad, y del sujeto de derecho, que es un sujeto de voluntad. Duguit, por el contrario, entiende que la doctrina realista -que él profesa[13]- inaugura la pretensión, que estima justificada, de eliminar del dominio jurídico toda abstracción metafísica, elaborando su sistema a partir de la constatación de los hechos reales, desde la comprobación de los hechos sociales. Se inserta de esta manera en la tendencia realista en el Derecho, realizando una importante contribución a la crítica del formalismo jurídico imperante en su tiempo. Ya tempranamente se advirtió que el realismo jurídico no consistía en algo muy distante a un resurgimiento del positivismo, y éste sería el nombre más adecuado para distinguirlo del realismo lógico. Duguit intentó asestar un golpe de muerte al Derecho político clásico, al que nacido del Derecho Natural culminó en el racionalismo del siglo XVIII. En este sentido concentró su ataque sobre los más firmes puntales del clasicismo: la soberanía nacional[14], los derechos subjetivos (derecho subjetivo del Estado personificando la colectividad y derecho subjetivo individual)[15] y la tesis de la representación[16]. Duguit defenderá un sistema fundado principalmente en la teoría de la solidaridad, en el Derecho objetivo y en la llamada «situación jurídica subjetiva». En esta dirección reconduciría el Derecho al hecho social, y en permanente conexión con las exigencias de la sociedad históricamente determinada de la cual emana. De ahí que presentase apoyo directo en la teoría sociológica de su época, y en la bifurcación inaugurada por Durkheim dejara a un lado el camino seguido por Henri-Louis Bergson (1859-1941), prefiriendo recorrer el que le permitiría el alcanzar el más adecuado conocimiento del modo en que, concretamente y al margen de cualquiera clase de elementos metafísicos, en efecto la realidad social se hallaba construida. Este enfoque realista y objetivista, en el que el conocimiento del orden jurídico únicamente puede obtenerse mediante el conocimiento concreto del orden social, demarca una primera y específica posición diferencial entre la concepción iusfilosófica duguitiana y la de Maurice Hauriou (1856-1929), quien a razón de su idealismo objetivista de inspiración bergsoniana («l'élán vital»)[17], sostiene en la metafísica de idea o empresa la reificación institucional de lo jurídico, sólo destacando en «forma genérica» el carácter social del Derecho[18].

Desde esta perspectiva metodológica la ciencia jurídica en Duguit se impregna sustantivamente de sociología, siendo por ello apropiado considerarlo como uno de los fundadores de la moderna sociología del Derecho. En efecto, su doctrina realista se basa en una serie de argumentos maestros, presentados a través de un discurso claro y sencillo[19]. Abre con la defensa de un realismo científico y de un realismo social: el espíritu humano debe desprenderse de muchos conceptos de orden metafísico. El Derecho debe despojarse de las esencias que todo lo explican, procurado sustituirlas por «realidades», como acontece en toda las ciencias (sean físicas, biológicas o psicológicas experimentables)[20]. Para Duguit el hecho social ha sido estudiado por los sociólogos, quienes ante una agrupación de individuos, los encuentran unidos entre sí por dos fenómenos que la determinan: 1º) La existencia de necesidades comunes, que es preciso satisfacer en común, y 2º) La distinta actitud de los individuos ante tal «sistema de necesidades», noción que traslada desde la filosofía hegeliana[21], y en virtud de la cual se prestan servicios recíprocos y se establece un comercio de servicios, al que se llega por la solidaridad y por la división del trabajo[22].

En esta configuración general de pensamiento, y precisamente en conexión con ese realismo, objetivismo y positivismo científico y social, tiene lugar la aparición de una «ética de la solidaridad». Según Duguit, la solidaridad nace por la similitud de los hombres, por la igualdad de necesidades y por la vía de urgencias iguales

edificação de uma sociedade. Esta construção pode ser também entendida, a partir de Durkheim, em seus conceitos de solidariedade orgânica e mecânica. Em verdade, o discurso é sociológico, compreendendo a influência da sociedade, marcada pelo agrupamento de pessoas, perante o Direito e a necessidade de ordem social, que não será atingida se não houver a promoção da solidariedade, que conduz ao cenário da interdependência<sup>63</sup> entre homens, além de representar um dever moral e um meio de racionalização do Estado, capaz de justificar as suas intervenções.

Conforme León Duguit (2005), citado por Pérez e Gonzalez, a solidariedade é princípio vital de uma sociedade, condição central de sua existência<sup>64</sup>. Trata-se de um

---

o análogas que sólo cabe satisfacer mediante la vida en común y mediante la unión de esfuerzos[23]. La división del trabajo se origina por la diversidad de aptitudes ante un fin común. La solidaridad es la disciplina que impide que el grupo social desaparezca. «El fundamento de la solidaridad es una obligación de conformarse a la necesidad de esa misma solidaridad». No existe un poder de voluntad, sino la sumisión a las necesidades solidarias del grupo en que el hombre vive. Para Duguit, «todo se transforma, por consiguiente también el Derecho obedece a una evolución, cuyo sentido está determinado por el postulado de la maximización de la solidaridad entre los hombres, solidaridad, a la vez que es un hecho, es un motivo de la conducta individual y social, y es un criterio de la justicia del Derecho». La solidaridad es un hecho, porque los hombres están sometidos a esta fuerza que les hace sentirse miembros de un todo social; pero al mismo tiempo la solidaridad es una idea, un pensamiento individual[24], es decir, una representación de un estado, al cual, como criterio de suprema justicia, debe acomodarse la conducta de los hombres. Dentro de cada sociedad existe en cada momento histórico una suma de convicciones que se consideran como la garantía del interés común, y cuya trasgresión implica una reacción colectiva. Esto constituye una «norma», el Derecho objetivo, que coincide en cada país con la ley positiva. Es, pues, el Derecho objetivo es una regla de conducta social que se impone a los hombres bajo una sanción también social. Por tanto, para Duguit la regla de Derecho nace inevitablemente vinculada a la realidad de la época histórica. Es más: la regla de Derecho y los criterios de valor se infieren directamente de los hechos sociales determinantes [«le donné» en terminología de François Gény (1861-1938)[25]]. En consecuencia, corresponde a la actividad propia del jurista científico-social el «descubrir» bajo los hechos sociales la regla de Derecho (la regla normativa emana de la sociedad[26], y que es representativa de la norma jurídica de origen social, porque viene dada e inscrita en la misma sociedad), realizando una tarea de arte técnico, preparando la regla consuetudinaria o escrita, regla constructiva, que tiende a determinar la forma y garantizar la realización de la norma. (GONZALEZ; PEREZ, 2005)

<sup>63</sup> La noción de solidaridad constituye la base fundamental de la doctrina solidarista, la cual se construye sobre el postulado de la interdependencia humana e incorpora un deber moral de los individuos entre sí. La solidaridad constituye una obligación no sólo social sino también estrictamente jurídica; esto es, una obligación jurídicamente sancionada, como obligación de relevancia colectiva. El solidarismo constituye una teoría de los derechos y de los deberes sociales fundada en la solidaridad objetiva. La solidaridad ha sido un modo de racionalización de la acción del Estado y una filosofía jurídico-política que ha permitido justificar su intervención correctiva de la acción del mercado y protectora de las clases trabajadoras[73]. Duguit encontraría con esa corriente –sin adscribirse a ella-, y trasladaría (renovándola de modo imaginativo) muchos postulados de aquella a la teoría publicista[74]. Duguit hace de la solidaridad la única fuente de un Derecho que él concibe como fundamentalmente objetivo. (GONZALEZ; PEREZ, 2005)

<sup>64</sup> La solidaridad es la disciplina que impide que el grupo social desaparezca. «El fundamento de la solidaridad es una obligación de conformarse a la necesidad de esa misma solidaridad». No existe un poder de voluntad, sino la sumisión a las necesidades solidarias del grupo en que el hombre vive. Para Duguit, «todo se transforma, por consiguiente también el Derecho obedece a una evolución, cuyo sentido está determinado por el postulado de la maximización de la solidaridad entre los hombres, solidaridad, a la vez que es un hecho, es un motivo de la conducta individual y social, y es un criterio de la justicia del Derecho». La solidaridad es un hecho, porque los hombres están sometidos a esta fuerza que les hace sentirse miembros de un todo social; pero al mismo tiempo la solidaridad es una idea, un pensamiento individual[24], es decir, una representación de un estado, al cual, como criterio de suprema justicia, debe acomodarse la conducta de los hombres. Dentro de cada sociedad existe en cada momento histórico una suma de convicciones que se consideran como la garantía del interés común, y cuya

componente da própria justiça do direito, é um sentimento de pertencimento a um grupo, elemento de construção de interesses comuns, com certas variabilidades entre sociedades.

O influente<sup>65</sup> León Duguit<sup>66</sup>, termina por refinar o conceito de solidariedade em sua perspectiva ética, trazendo um olhar polissêmico, por exemplo, ao invocar o conceito de solidariedade como dever estatal, impondo-se o comprometimento dos gestores públicos, por meio da prestação de serviços públicos. Neste ponto, a solidariedade como o dever de o Estado, de modo altruísta, enxergar os seus membros, tendo em vista as suas necessidades.

Segundo Bittar e Almeida (2021), a solidariedade<sup>67</sup> está ligada ao respeito, à convivência, afeto, cuidado, conhecimento, responsabilidade, consideração do outro, avanços no que toca o reconhecimento de vulneráveis. Estes elementos solidificam a concepção de mundo.

trasgresión implica una reacción colectiva. Esto constituye una «norma», el Derecho objetivo, que coincide en cada país con la ley positiva (GONZALEZ; PEREZ, 2005)

<sup>65</sup> El pensamiento de Duguit ejerció una influencia extraordinaria, dentro y fuera de Europa[45]. En España la influencia de Duguit fue relevante, ante todo como un revulsivo para el pensamiento de autores comprometidos con la dirección reformista, y para los cuales la crisis del Estado liberal era un hecho constatable, por lo que la teorización del un Estado de servicios públicos (como el que preconizaba Duguit), y la consideración del pluralismo social y sindical era un hecho llamado a incidir en la transformación del Estado[46]. Por otra parte, lo que caracteriza la evolución de la noción de soberanía nacional está en que el concepto de Estado-nación sustituye al de Estado-poder[47]. Agréguese que Duguit proporciona una definición del Estado conforme a la cual éste es una nación soberana organizada en gobierno; o también, la soberanía nacional ejercida por un gobierno[48]. (GONZALEZ; PEREZ, 2005)

<sup>66</sup> La idea de solidaridad y su plasmación en el concepto de servicio público (Estado de servicio público) introduciría en sí un criterio de legitimación del poder establecido, impidiendo un uso arbitrario del mismo. Los gobernantes ostentan un poder esencialmente unitario para la realización de los fines de la solidaridad social (organizada, como deber público, a través de un conjunto de servicios públicos), siendo también a su parecer una ficción el principio de división de poderes[39]. Por otra parte, Duguit traza una frontera al espacio de intervención propia del servicio público, respecto del ámbito estricto del desenvolvimiento de la libertad del individuo, el cual deberá ser respetado en todo caso, sirviendo de límite infraqueable para los poderes públicos. Es en este ámbito discursivo se sitúa una concepción del «Estado de Servicio Público». El punto de partida reside en afirmar que la noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público. Según nuestro autor, se ha producido un quebrantamiento de la fe de los hombres políticos y de los juristas en el dogma de la soberanía[40]. Es más, entiende, que es la noción de función social cuya existencia advierten los hombres políticos y los teóricos publicistas, y que sitúan en la base del Derecho público, la que está en el fondo de la noción de servicio público cuyos elementos constitutivos es preciso definir. Consisten esencialmente en la existencia de una obligación de orden jurídico que se impone a los gobernantes, es decir, a aquellos que de hecho tienen deber de cumplimiento, una cierta actividad[41]. Las actividades cuyo cumplimiento se consideran obligación para los gobernantes constituyen el objeto de los servicios públicos. Su extensión estará determinada históricamente, de acuerdo al sentido general y cambiante de la evolución. (GONZALEZ; PEREZ, 2005)

<sup>67</sup> A preocupação com a alteridade e o favorecimento de uma concepção de mundo centrada na dimensão da consideração do outro e do afeto, traços de uma cultura do cuidado, têm a ver com a necessária passagem para o campo da dinâmica existencial fundada no cultivo do socialmente inexplorado campo do feminino. Este que pode ser caracterizado como forma de expressão do caráter ativo do amor, e que se revela “... além do elemento dação, o caráter ativo do amor se torna evidente no fato de que sempre implica certos elementos básicos, comuns a todas as formas de amor. São elas cuidado, responsabilidade, respeito e conhecimento...”. Nesta perspectiva, o cultivo desses valores são de fundamental importância para o desenvolvimento de uma genuína forma de interação social, na qual, de fato, se possa falar de democracia e de direitos humanos, exatamente porque ego e alter se colocam no centro das preocupações da técnica, do progresso, da economia e da política. Inclusive, se trata de pensar o próprio aprimoramento da democracia e da cultura dos direitos humanos na base de uma ampla conexão das práticas sociais a práticas ligadas a uma ética do cuidado. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.840)

A interface entre solidariedade e alteridade é latente, porém, a solidariedade pode decorrer também de comportamentos ativos no sentido de materializar benevolências mais contundentes. Contudo, o negativo é visto como o reconhecimento, a partir de condutas não prejudiciais ou mais graciosas. Desse modo, a “ética do cuidado é uma sugestão de caminho e um modo de percurso, forma de agir e modo de garantir que a entrega à alteridade se dê na base do respeito afirmador da dignidade humana.” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.842)

Segundo Morato, Barreto e Nunes (2017), a alteridade<sup>68</sup> tem forte impacto psicológico, na medida em que o reconhecimento pode se dar por meio do acolhimento, trocas de referências, através da relação com o outro e com o contexto social.

Se houver respeito à personalidade é possível se falar em função social, em razão das limitações patrimoniais que são impostas por esta. Assim, para atingir a função social é necessário tocar na aparente frieza patrimonialista e humanizar, a partir de institutos e percepções transcendentais.

Segundo Tepedino (2001), declarações, tratados e outros fenômenos são importantes no sentido de fomentar o respeito à personalidade, que se relaciona detidamente à função social. Por isso, ambas perseguem a despatrimonialização, e, reflexamente, humanização do Direito.

A função social, a partir da solidariedade, modifica a visão tradicional do Direito Civil e é elemento relevante para humanização, pois afasta a visão egoística e patrimonialista, em que o proprietário tem flagrante liberdade para exercer a sua propriedade da forma como melhor lhe convier.

A solidariedade, como reconhecimento e não agressão à coletividade, pode ser vista mesmo em um simples contrato, posto que o negócio jurídico não pode se prestar a violentar a coletividade. Neste mesmo raciocínio, Albuquerque (2002)<sup>69</sup> defende que a posse deve ser exercida de forma a promover a utilidade social, tendo em vista o relacionamento entre a pessoa titular e a coisa sobre a qual a posse é exercida.

Até mesmo em um simples contrato que tenha o objetivo de transmitir um bem móvel de insignificante valor econômico, a coletividade deve ser respeitada.

---

<sup>68</sup> novos modos de compreensão que abarquem o vivido e possibilitem sua significação e reflexão, bem como o acolhimento e a troca de referências, tecendo junções entre afetações vividas e contexto vivencial. Essas articulações permitem construir novas referências, que não se colocam apenas como conceitos, mas configuram aberturas para diversos meios de contemplar e apreender a alteridade (a relação com o outro, com o contexto social e institucional) (...) (MORATO; BARRETO; NUNES, 2017, p.112)

<sup>69</sup> “O aspecto social da posse revela-se na *possessio naturalis*, ou seja, no fato puramente exterior de uma relação entre uma pessoa e uma coisa, para assegurar ao detentor a possibilidade de uma posse contínua.” (ALBUQUERQUE, 2002, p. 132).

A solidariedade é defensora de comportamentos pautados no respeito à pessoa humana, em seu conteúdo significativo, qual seja, sua dignidade. A função social da propriedade, da forma como deve ser concebida, significa a necessidade de respeito ao ser humano.

A solidariedade deve ser percebida sob a égide contratual individual, bilateral ou plurilateral. Dessa forma, não importa, para fins de valoração da solidariedade, parâmetros quantitativos, isto é, ela deverá ser respeitada e perseguida independentemente do número de personagens pertencentes ao fato jurídico em análise.

Para identificar a solidariedade é importante compreender a mitigação de fatores já problematizados nesta tese, tais como a propriedade privada, o egoísmo humano, entre outros.

A nova principiologia e a corrente humanista do Direito Civil transmitem uma expectativa de humanização. Desse modo, a função social da propriedade deve ser enxergada de forma a humanizar, como um instrumento crucial para a concretização do propósito de prestigiar o ser humano. Assim, só será possível compreender a conotação humanista proposta pela solidariedade, quando houver a identificação de elementos estruturantes da função social.

O desafio do Direito Civil, para construir ou precisar a função social da propriedade, é superar a proteção extremada patrimonial e individual. Neste sentido, a humanização só se dará por meio do processo de compreensão e defesa da solidariedade.

O posicionamento que aqui se concebe é no sentido de que a função social, vista a partir da solidariedade, é instituto decisivo para o processo de humanização. Portanto, atingir a função social da propriedade significa evitar condutas agressivas aos interesses sociais.

Outra característica importante do ordenamento brasileiro é que as previsões dele, ao se reportarem sobre função social da propriedade, reforçam basicamente a menção preponderante sobre a função social da propriedade imóvel. Entretanto, essa manifestação preponderante não afasta a necessidade de amoldamento da função social da propriedade privada para a esfera mobiliária.

A função social, em distintas gradações, prima pelas presentes e futuras gerações, como se verifica no capítulo que versa sobre o meio ambiente, o qual visa proteger o homem de seus pares e marcar uma necessária intervenção do Estado, em busca de uma contenção do desequilíbrio. Nesse sentido: “No mundo atual, sentimos a imperante precisão de que o Estado intervenha na ordem contratual, para que a mesma não seja instrumento de escravização. Essa intervenção, por normas de ordem pública, evita o desequilíbrio.”(AZEVEDO, 2002, p. 24)

A função social, segundo Luiz Edson Fachin (1988), está intimamente associada ao uso da propriedade; ou seja, ao modo pelo qual se executam os pressupostos fático jurídicos que se afeiçoam a ela, associado à maneira pela qual se dá o exercício das faculdades ou poderes inerentes ao direito de propriedade<sup>70</sup>. O autor invoca, para explicar o fenômeno, Eduardo Espínola, segundo o qual a confiança recíproca tem ligação com o conceito obrigacional, o que auxilia o entendimento do conceito de função social, considerando-se, assim, a solidariedade social.

Segundo Pietro Perlingieri (2002), para se pensar a função social é necessário pensar em seu caráter promocional, marcado pelas influências de ordens econômica, política e, reflexamente, solidária:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (artigo 2º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento(...) (PERLINGIERI, 2007, p.226)

Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005) analisa que a função social, a exemplo do que defende Luiz Edson Fachin (1988), seria uma superação da individualidade, um conceito associado à oponibilidade perante a coletividade, o que converge ao fenômeno da solidariedade: “A função consiste numa atividade exercida no interesse não apenas do sujeito que a executa, mas, principalmente, no interesse da sociedade(...)” (BORGES, 2005, p.275)

Pietro Perlingieri, citado por Gustavo Tepedino (2000), se manifesta sobre a função social:

A função social, constituída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais sem os limites, ficariam íntegros e livres. Este resultado está próximo à perspectiva tradicional. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e no pleno desenvolvimento da pessoa(...) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. (TEPEDINO, 2000, p.48)

Já Elimar Szaniawski (2000), trazendo uma visão de Léon Duguit, analisa:

---

<sup>70</sup> Luiz Edson Fachin (1988) analisa que a visibilidade da função social é muito mais clara na posse do que na propriedade. Especificamente sobre a função social da posse, segundo Fachin (1988), citando Hernández Gil, há um sentido existencial mais aguçado no sentido de promover a transformação de realidades sociais, num discurso de valoração da facticidade. Por outro lado, na presente tese a defesa é de interdependência entre ambas, na medida em que o descumprimento da função social por parte do possuidor-proprietário, por exemplo, implicará tipicamente a agressão à função social da propriedade. Aliás, a interdependência é perceptível, a partir da análise das teorias da posse, segundo as quais o conceito de posse é construído a partir da observância de condutas e em inafastável alusão ao conceito de propriedade, ante os atributos do possuidor e proprietário.

A idéia de função social insere, em seu conteúdo, o poder e a obrigação de o proprietário empregar seus bens na satisfação de suas necessidades e, também, no dever de satisfazer a finalidade coletiva, afastando-se, totalmente, da noção da propriedade individual como corolário da liberdade individual e absoluta. A propriedade deixa de ser um direito subjetivo de seu proprietário, passando a exercer uma função social do detentor de riquezas, já que o mesmo se insere dentro de uma coletividade, cumprindo uma certa função em virtude do lugar que nela ocupa. Duguit concebe a propriedade como um instrumento de satisfação imediata das necessidades ou do interesse individual do proprietário, e medianamente, do interesse coletivo (SZANIAWSKI, 2000, p.132,)

A partir disso, segundo Fachin (1988), identifica-se que a função social da propriedade é paradoxal ao caráter absoluto e perpétuo.

Para a compreensão da função social da propriedade é necessário modificar a ideia de direito de propriedade e migrar para a ideia do dever, segundo Adriano Stanley (2007): “Portanto, podemos mesmo dizer que o proprietário deixou a sua cômoda condição de ‘senhor que tudo pode’ e foi conclamado pelo poder público a prestar-se socorro da sociedade (...) o novo papel de ‘senhor que tudo deve’” (STANLEY, p. 2.591, 2007)

Em outro trabalho o professor reitera: “Podemos dizer que, hoje, o direito real deixa o lugar do Direito que pode tudo e passa para o lugar do Direito que pode ser privado de tudo, sempre para atender aos novos princípios constitucionais”. (STANLEY, 2007, p. 422)

O estudo da função social, em consonância com a solidariedade, exige tocar nos elementos basilares do Estado Democrático de Direito e colidir com marcas individualistas incrustadas na propriedade:

A exacerbação do individualismo acentou na propriedade o caráter de inviolabilidade e de absolutismo. Hoje, já se imprime à propriedade privada um conjunto de limitações formais, sendo composto de restrições e induzimentos que formam o conteúdo da função social da propriedade que não se confunde como função social da posse. O absolutismo no exercício da propriedade sofreu a intervenção de idéias que progressivamente construíam a doutrina denominada função social da propriedade. (FACHIN, 1988, p.17)

No âmbito da justiça urbana, se não houver leis urbanísticas bem sedimentadas, solidárias e altruístas, pode haver a segregação e a marginalização, a partir da valoração extremada da propriedade privada, em detrimento da solidariedade. Trata-se da busca pela concreção da função social, que não concebe seu exercício de forma desestruturada ou desconectada da funcionalização. Neste sentido:

Considera-se que o princípio do solidarismo é desrespeitado, na medida em que o alteré marginalizado no contexto de formação das cidades e pelo enorme déficit habitacional existente. Como exemplo de elitização e de uma política urbana não

inclusiva, destaca-se o pedido dos cidadãos com maior recurso financeiro que buscam na justiça o direito a uma legislação própria para os condomínios fechados. (BRETAS; FIALHO, 2019)

A precípua preocupação perseguida neste trabalho é verificar a postura a ser adotada (perseguir a solidariedade) pelo Estado diante do descumprimento da função social da propriedade, quando houver o abuso ou a afronta aos seus limites de utilização. Neste contexto, a inércia estatal diante da afronta aos limites deve ser inadmitida e evitada, conforme os critérios de razoabilidade.

Todas essas problemáticas, amparam-se na busca pelo entendimento do nexos existencial e a interdependência entre a função social, solidariedade e propriedade privada.

## 6.1 Proporcionalidade

O artigo 182, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988, ao prever a sucessividade, prestigiou a gradação das consequências. Porém, não protegeu a proporcionalidade com a devida precisão, na medida em que independentemente do caso concreto, observar-se-á a sucessividade<sup>71</sup>, o que pode soar desequilibrado em face da coletividade. Em defesa da sucessividade:

---

<sup>71</sup> Nesse aspecto, cabe considerar que embora largamente previstos os instrumentos da política urbana, e disciplinada a aplicação de cada um, a efetividade deles ainda não se comprovou ante a dificuldade de implementação, especialmente no tocante à desapropriação para fins de Reforma Urbana, que não poderá ser operacionalizada até decisão ulterior do Senado Federal, que permita a emissão de títulos da dívida pública pelos Municípios (UCHÔA, 2016, p.120-121). Nesse sentido, a dificuldade é verificada: A Resolução do Senado nº 43/2001 foi alterada pela Resolução nº 29, de 25 de setembro de 2009, determinando o seu Art. 11 que, [...] até 31 de dezembro de 2020, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios somente poderão emitir títulos da Dívida Pública no montante necessário ao refinanciamento do principal devidamente atualizado de suas obrigações, representadas por essa espécie de títulos. A proibição de emissão de títulos da dívida pública tem sido uma tendência também na legislação federal que versa sobre responsabilidade fiscal desde a edição da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Recentemente, a Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014 vedou a emissão de títulos da Dívida Pública Mobiliária aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015). Apesar disso, a Constituição Federal de 1988 valorou destacavelmente a função social da propriedade, motivo pelo qual, a medida da perda não pode deixar de ser aplicada, se o caso concreto assim justificar, em decorrência do fato de que o discurso da função social é a defesa da coletividade e dos parâmetros existencialistas. Neste sentido, razoavelmente, ou o Senado Federal materializa o pressuposto preceituado no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, em respeito aos critérios constitucionais e à função social ou este critério precisa ser flexibilizado, por meio do poder constituinte derivado reformador, sendo certo que nas demais modalidades de desapropriação não há que se falar em pressuposto atrelado à referida Casa. Assim, de forma a estampar a dificuldade, através da necessidade de uma tríplice normativa: No parágrafo do dispositivo há a referência a três leis. Uma é a lei federal, de caráter geral, na qual estarão contidas as regras gerais a serem observadas no procedimento expropriatório. Uma segunda lei é a municipal, de cunho específico, à qual incumbe a indicação da área em que se localizam imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados. Além delas, é necessária a lei, também municipal, que institui o plano diretor da cidade. (CARVALHO FILHO, 2013, p.135)

Na parte final da redação do § 4º preceituou, o constituinte, que tais sanções devem ocorrer de forma sucessiva, vale dizer, primeiro deve o cidadão ser notificado a dar a destinação prevista no plano diretor. Em seguida, descumprida a notificação, deverá a Administração Pública municipal notificar o cidadão para que cumpra a determinação de parcelamento ou edificação compulsórios, inculpada no inc. I do mencionado dispositivo. Se essa determinação também restar descumprida, deverá a Administração municipal instaurar novo processo administrativo, agora com o cunho de aplicar, ao final, o IPTU progressivo no tempo, por, no mínimo, cinco anos – nos termos do art. 7º, caput, do Estatuto da Cidade. Por fim, após o decurso do prazo de cinco anos de aplicação da alíquota progressiva do IPTU, deverá a Administração Pública aplicar a desapropriação-sanção, por meio de processo administrativo próprio. (TESSEROLLI, 2013, p.13)

O referido dispositivo normativo, que trata da política urbana, exige a promoção da gradação, isto é, a aplicação da perda da propriedade, em ultimo caso. No entanto, há que se revisitar, a partir dos núcleos da proporcionalidade: quanto mais gravoso o ato de descumprimento, maior e diferenciada deve ser a consequência. A depender do caso concreto, inclusive poderia ser plausível a perda da propriedade em *prima ratio*. Importa consignar que esta hipótese de perda em *prima ratio* tem previsão normativa na esfera rural, nos termos do artigo 184 da Constituição Federal de 1988. Porém, essa possibilidade não há no artigo 182, parágrafo quarto, do mesmo diploma, que se refere à política urbana. Em verdade, a proporcionalidade foi atribuída na esfera rural, de modo cristalino, isto é, poderá haver a valoração do caso concreto e verificar se é hipótese de perda ou não, o que não se dá na esfera urbana. Ademais, a proporcionalidade deve ser pensada de forma contundente, tendo em vista a gravidade<sup>72</sup> de imóveis descumpridores da função social no espaço urbano.

Outro fator a ser pensado é a aparente apatia<sup>73</sup> dos municípios<sup>74</sup> quanto à aplicabilidade das medidas em tela, motivo pelo qual há que se impulsionar a aplicabilidade

---

<sup>72</sup> A oposição entre o número de imóveis vazios e o déficit habitacional é uma das facetas dos conflitos urbanos. Na região metropolitana de São Paulo, por exemplo, a Fundação João Pinheiro estima que existam 595.691 domicílios vagos enquanto o déficit habitacional é estimado em 638.763 domicílios. Uma forma de fazer frente a esse tensionamento é lançar mão do PEUC, atrelado às sucessivas sanções pelo descumprimento das obrigações (IPTU progressivo no tempo e desapropriação com títulos da dívida pública), todos previstos na Constituição Federal (art. 182, §4º, CF). Trata-se de um conjunto de instrumentos considerados como um dos principais para fazer cumprir a função social da propriedade, princípio estruturante do direito urbanístico e tido como parâmetro transformador do conceito da propriedade pela agenda da reforma urbana. Porém, mesmo após a edição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01) e pacificação sobre regulamentação do instrumento, houve uma baixa adesão dos Municípios na sua utilização: em apenas oito municípios verifica-se a efetiva aplicação do conjunto de instrumentos. (MORETTI, 2020, p.1)

<sup>73</sup> Maringá e São Bernardo do Campo são os dois únicos municípios em que, uma vez iniciada a implementação do PEUC, esta não sofreu descontinuidade, atingindo o estágio de aplicação do IPTU progressivo no tempo. Em Maringá, as 105 notificações emitidas em 2009 desdobraram-se em 47 lançamentos de IPTU progressivo no tempo em 2014. Em São Bernardo do Campo, foram notificados 150 imóveis de 2013 até o final de 2014 e realizados 27 lançamentos de IPTU progressivo no tempo para o exercício de 2015 (...) Santo André foi pioneiro na aplicação do PEUC, tornando-se referência. Entretanto, teve a experiência interrompida em 2008, computando-se 66 notificações no total. Desde então, o município não realizou novas notificações nem promoveu o devido acompanhamento dos imóveis que já haviam sido notificados. Além disso, a inexistência de lei específica sobre o IPTU progressivo no tempo impediu que as alíquotas progressivas fossem lançadas. Goiânia realizou 68 notificações em 2011, suspendeu o processo, cancelando todas as notificações emitidas e

destas medidas, de forma a salvaguardar a função social da propriedade, de modo estritamente proporcional. Assim, o dispositivo constitucional do artigo 182, parágrafo quarto, não foi constituído para ser inócuo, ao contrário, ele carece de aplicabilidade sistemática. Por isso, a apatia dos municípios se dá pelo baixo número deles que se valem das medidas preceituadas no artigo, que estamos a revisitar: “Uma faceta interessante (...) é que os Municípios que aplicam o PEUC fazem parte de uma parcela muito pequena (...)” (BARCELOS, 2020, p.56). Ademais, a referida apatia é explicada por fatores culturais e sociológicos, além de históricos, cuja marca é o “tabu” atrelado à blindagem da propriedade privada:

Outro aspecto que deve ser notado é o fato de as eventuais intervenções do Poder Público, no âmbito da propriedade, ainda são tratadas como tabu. Muitos dos desconfortos e desacordos quanto à atuação do Município em face do planejamento urbano acontecem pelos resquícios de uma concepção tradicional da propriedade e de uma visão de cidadania frontalmente influenciada pela economia. É inafastável, também, a hipótese de que após anos de urbanização desorganizada, mover as estruturas das cidades no Brasil não é uma tarefa simples. (BARCELOS, 2020, p.56)

Ela também se dá por conta da inércia dos gestores, afrontando preceitos fundamentais constitucionais, preceituados no artigo 3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, a prática da especulação imobiliária afronta a função social:

na forma desta Constituição e, ainda, determinar que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a

---

retomou a aplicação no final de 2014, quando foram realizadas 1.446 notificações. De forma semelhante, Palmas aplicou o instrumento em 2011, mas suspendeu o processo e cancelou todas as 250 notificações porque foram identificados vícios de validade nos atos praticados. Em dezembro de 2013, o município retomou os procedimentos, tendo efetuado notificações aos proprietários de 463 imóveis. No ano de 2014, os imóveis estavam sendo monitorados para verificação do cumprimento do prazo para apresentação de projeto perante o órgão municipal competente. São Paulo iniciou as notificações apenas em novembro de 2014, mas sua experiência se destaca pela importância do município no cenário nacional. Destacam-se essas informações para deixar claro que as análises aqui contidas acompanharão o estágio e o nível de aprofundamento das experiências, claramente heterogêneas. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.33) A partir dessas breves amostragens, é possível obter percepções *a priori* sobre a multiplicidade de descumprimentos da função social, cada uma das quais com contornos e características singulares. Neste sentido, o fato é que o cenário é de extrema dificuldade de se identificar precisamente o volume de descumprimentos da função: A começar pela dificuldade de fazer um levantamento fidedigno dos imóveis que não estejam cumprindo a sua função social. No Brasil, há cidades, principalmente as capitais, que abrigam milhões de pessoas distribuídas de modo embaraçado em seu território. Seriam necessários, portanto, investimentos para contratação e capacitação de pessoal para traçar, através de pesquisa de campo, o perfil dos imóveis urbanos e sua situação em relação ao devido aproveitamento. (BARCELOS, 2020, p.55)

<sup>74</sup> A política urbana exige a observância do pacto federativo: Além disso, extrai-se do artigo 21, inciso XX, a competência da União para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. E mais, legislar sobre normas gerais de direito urbanístico no âmbito da legislação concorrente (art. 24, I c/c § 1º). Aos Estados também compete legislar sobre matéria urbanística e estabelecer planos urbanísticos de modo genérico e suplementando a legislação federal, de acordo com os artigos 24, I e § 2º, 25, §§ 1º e 3º, todos da CRFB. Mas, ao município a Constituição delegou uma tarefa importante em matéria urbanística, já que não se limita apenas à suplementar a legislação federal e estadual, sendo ele, dentre os entes federativos, que implantará e executará os planos urbanísticos. (DUARTE NETO; MENEZES; MENEZES, 2021, p.211)

todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da função social da propriedade e defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação e redução das desigualdades regionais e sociais. A especulação imobiliária afronta a função social da propriedade. Contudo, mesmo com a elaboração de leis e de planos diretores municipais, o planejamento urbano deixa a desejar em decorrência da inércia dos gestores públicos municipais, o que vem demonstrar a ineficácia das políticas urbanas, previstas no artigo 182 da Constituição Federal, e na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Em muitos casos, o poder público não só é omissivo como até incentiva os especuladores. O não cumprimento do princípio da função social da propriedade decorre da inaplicabilidade dos princípios e normas constitucionais por parte dos gestores municipais. (THOMÉ, 2017, p.70)

Num viés axiológico, Bittar e Almeida (2021), raciocinando o pensamento aristotélico, deduzem que a proporcionalidade é construída a partir da percepção sobre virtude concretizada mediante o discernimento entre o justo *versus* o injusto.

Ainda, segundo Bittar e Almeida (2021), Aristóteles teoriza uma série de modalidades de justiça, todas elas preocupadas com a proporcionalidade, nas mais distintas relações públicas ou privadas. Dentre elas, a justiça distributiva valoriza a hierarquia e a meritocracia, que é importante para a compreensão da distinção de cargos, funções, encargos, benefícios, honras, impostos e remunerações. Em verdade, tais elementos devem ser distribuídos proporcionalmente, o que é contributivo para a compreensão do confronto entre interesses sociais e privados.

Complementarmente, Aristóteles, segundo Bittar e Almeida (2021), defende que a proporcionalidade consiste na participação de cada um conforme o critério eleito pela Constituição.

Ainda, em similar teor, Aristóteles analisa, conforme Bittar e Almeida (2021), que o justo comutativo é uma das espécies de justo corretivo. Neste sentido, o justo comutativo consiste na necessidade de equilíbrio nas relações entre particulares, na origem e durante a relação.

Para a noção de equilíbrio e sinalagma, emerge a visão de Aristóteles, igualmente citado por Bittar e Almeida (2021), segundo o qual o justo judicial consiste em outra espécie de justo corretivo. Assim, o justo judicial consiste na intervenção de terceiro, no sentido de reequilibrar relações que se desequilibraram; sendo esta a expectativa depositada no Estado, no sentido de impedir que desequilíbrios ocorram entre interesses sociais e individuais.

A proporcionalidade também repercute como parâmetro argumentativo para fins de interpretação, para a tentativa de apaziguamento de determinados confrontos entre bens jurídicos, como utilizado pela Corte Européia:

(...)proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As Cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos (OLIVEIRA, 2020, p.78)

O fato é que a própria Constituição Federal de 1988 permite a relativização da propriedade privada, como forma de salvaguardar a função social, conforme as hipóteses autoritativas. Em verdade, entre função social e propriedade privada, pode ser deflagrado certo confronto em nível vertical, isto é, a função social se entrelaça com interesses coletivos e os discursos solidaristas. Por outro lado, a propriedade, já tida como propriedade-dever é direito individual, estritamente relacionado à função social; cuja forma de relativização dependerá da individualização do caso concreto. Portanto, de modo prático, estabelecer as mesmas soluções de gradação, contidas no dispositivo do artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição da República Federativa do Brasil em vigor, independentemente do grau de ofensa à função social, pode implicar ferimento ao princípio da proporcionalidade, a partir de uma visão sistemática.

O princípio<sup>75</sup> da proporcionalidade, embora possa ser visto como máxima<sup>76</sup> dentro dos critérios de aplicação, tem papel decisivo no Estado Democrático de Direito, na medida em que significa a busca pelo equilíbrio e a correta atuação dos agentes, procurando-se evitar a

---

<sup>75</sup> Embora seja adotada a expressão princípio nesta tese, não há tranquilidade absoluta na Teoria do Direito. Segundo Oliveira (2020), citando Robert Alexy, não basta haver um alto grau de generalidade, e semblantes de regra, para se estabelecer a marca de princípio: Robert Alexy critica a terminologia “princípio da proporcionalidade”, chamando atenção para o fato de que esse instituto não é um princípio propriamente dito, mas uma máxima (ou regra), constituída pela combinação de três regras menores. Esse autor critica a tendência a chamar de princípios todas as regras que tenham um alto grau de generalidade. Segundo afirma, como os aspectos do princípio da proporcionalidade não se concretizam mediante uma relação de sopesamento, no qual o peso normativo de um comando deve ser balanceado diante de outro, tais aspectos não configuram princípios jurídicos, mas regras jurídicas. Logo, os aspectos do princípio da proporcionalidade são meramente atendidos ou não (segundo a lógica do *allornothing*). (OLIVEIRA, 2020, p.74)

<sup>76</sup> Segundo Bozza (2015), inspirado em Dworkin, levando-se em consideração que os princípios são nortes e fundamentações que direcionam o intérprete, por outra via, as regras se apresentam a partir da verificação da validade ou não, isto é, a validade conduzirá a aplicabilidade: (...) a proporcionalidade não pode ser entendida como princípio jurídico, tampouco como valor e outras categorias, mas sim como critério aplicativo do direito. Afirma Dworkin que, frequentemente, no que chama de casos difíceis, as decisões possuem fundamentos em padrões normativos que não podem ser considerados regras de direito, mas que, por se apresentarem de forma genérica, devem ser entendidos como princípios, que se dividem em políticas e princípios propriamente ditos (...) Em seguida, explica que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, pois as regras são aplicáveis segundo a lógica do tudo ou nada, ou seja, verificada uma situação, ou a regra é válida e tem que ser aplicada ou não é válida e, por consequência, não pode ser aplicada. Além disso, as regras, por sua natureza, admitem exceções, que devem se apresentar em sua totalidade, para que se não reconheça o ordenamento jurídico como incompleto ou impreciso. De forma diferente, os princípios, quando verificadas certas condições, não apresentam determinada consequência jurídica automaticamente. Não apresentam condições para avaliação de necessidade de sua aplicação. Os princípios apresentam razões que direcionam os argumentos em determinado sentido, precisando, assim, de uma decisão particular (BOZZA, 2015, p.211)

prática de abusos e excessos. Ademais, este princípio deve atuar no sentido de proporcionar, como regra jurídica, o equilíbrio e a defesa dos direitos fundamentais. Neste sentido:

Vimos que a doutrina reconhece os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade enquanto normas jurídicas, de apoio e proteção dos direitos fundamentais, de limitação à atividade estatal e de caracterização de um novo Estado Democrático de Direito, mas não é uníssona quanto a se tratarem de regra jurídica, princípio ou postulado normativo aplicativo. (OLIVEIRA, 2020, p.73)

A depender da gravidade do caso, em razão da proporcionalidade, justifica-se a busca de medida, a ser perseguida sistematicamente no próprio texto constitucional, equivalente à ofensa aos parâmetros da função social. Em outras palavras, em virtude do descumprimento, nos termos do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, caminha-se para a irremediável gradação de medidas. Entretanto, em conformidade com o artigo 184<sup>77</sup> do diploma constitucional, pode ser estabelecida a medida de perda sem a minuciosa gradação. Assim sendo, através da proporcionalidade, não se propõe leitura estanque, isolada e morfológica de um único dispositivo normativo, ao revés. Pelo contrário, se propõe a releitura sistemática, a partir de um princípio que gravita em torno do sistema e em busca da aplicabilidade adequada do princípio da função social da propriedade.

A proporcionalidade é complexa de ser atingida no caso concreto, na medida em que pode haver colisões entre direitos, por exemplo: propriedade privada *versus* saúde, interesses sociais *versus* coletivos. Em outros termos, a proporcionalidade que aqui se defende é aquela que transmite a ideia de justo equilíbrio entre os valores envolvidos no caso concreto, identificando-se que a mera abstração não é capaz, por si só, de promover a identificação de todas as colisões e respostas possíveis.

Visando apaziguar tais conflitos, inclusive entre direitos fundamentais, deve-se perseguir a máxima efetividade dos direitos fundamentais e da proporcionalidade. Assim, nesta tese a busca interpretativa deve ser no sentido de valorar a função social da propriedade, sem ignorar outros direitos envolvidos no caso:

As colisões de direitos fundamentais são exemplos típicos de casos difíceis e duvidosos. Assim se caracterizam porque o que colidem são direitos fundamentais expressos por normas constitucionais, com idêntica hierarquia e força vinculativa, o que torna imperativa uma decisão, legislativa ou judicial, que satisfaça os postulados da unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão é necessária além da utilização dos princípios ou postulados específicos da interpretação constitucional, exige sobre

---

<sup>77</sup> Importante reiterar que este dispositivo está no contexto urbano, diferentemente do artigo 182, parágrafo quarto, do texto constitucional.

tudo a aplicação do princípio da proporcionalidade e a argumentação jus fundamental” (STEINMETZ, 2001, p. 69).

Na visão de Pedro Lenza (2013), o princípio da Proporcionalidade tem natureza axiológica oriunda de ideais sociais, entre as quais a justiça, equidade, prudência, bom-senso, dentre outros. Lenza (2013), similarmente a Steinmetz (2001) também destaca a importância da proporcionalidade diante de colisões entre valores constitucionais.

O princípio<sup>78</sup> da proporcionalidade é decisivo sob a égide da decidibilidade, na medida em que representa um norte decisório, inclusive quando houver colisões, sempre valorando os interesses envolvidos, exigindo do Estado adequada fundamentação:

O princípio da proporcionalidade constitui fundamental instrumento de afirmação dos princípios decorrentes do Estado de Direito, pois, a um só tempo, limita o arbítrio do Poder que edita o ato estatal objeto de apreciação judicial e do próprio Poder Judiciário ao assim proceder, porquanto exige deste uma rigorosa fundamentação das razões que conduzem a sua decisão. (OLIVEIRA, 2020, p.79-80)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014) define a proporcionalidade, a partir de sua função limitadora em relação aos atos administrativos, exigindo-se adequação e proporcionalidade, em constante perseguição ao interesse público.

Celso Antônio Bandeira de Melo (2010) analisa a proporcionalidade, tendo como foco os atos e as competências administrativas, que terão efetividade, se exercidos em consonância com o interesse público envolvido.

A proporcionalidade, conforme as lições de Humberto Ávila (2005), aplica-se em hipóteses marcadas pela relação de causalidade entre dois fatos empíricos diversos, delineando-se a discriminação entre o meio e o fim. Em outras palavras, se o meio utilizado, por exemplo, for a aplicação de cinco anos de progressão tributária, antes da perda, pode haver inadequação e desproporcionalidade ao fim perseguido, a função social, a depender da gravidade do caso. Isto é, a agressão à coletividade pode ser, em observância às circunstâncias concretas, mais gravosa que a medida imposta pelo Estado, desequilibrando-se o meio e o fim.

Segundo Oliveira (2020), assim como Ávila (2005), a proporcionalidade, conforme a doutrina alemã é dotada de elementos<sup>79</sup> caracterizadores, quais sejam: a adequação,

---

<sup>78</sup> Segundo Bozza (2015), amparando-se em Alexy: De acordo com o autor, a distinção entre regras e princípios se destaca quando se tem como objeto de estudo o conflito entre regras ou a colisão entre princípios. No caso de conflito entre regras, não conhecida a existência de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, deve-se reconhecer que uma das regras em conflito é inválida. Caso se verifique colisão de princípios, se um proíbe e outro permite, um deve ceder, e isso não significa o reconhecimento de que o princípio não aplicado no caso concreto seja inválido (BOZZA, 2015, p.213)

necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Quanto à adequação, a medida adotada deve ser proporcional aos fins. “Trata-se de forma de controle da relação de adequação medida-fim, questionando-se se o meio utilizado contribui para fomentar a realização do objetivo pretendido.” (OLIVEIRA, 2020, p.56). Nesse mesmo teor, inspirando-se na doutrina alemã:

No início de toda a reflexão dedicada ao princípio da proporcionalidade tem de estar a consciência clara sobre qual a “proporção” de que se vai tratar. Em todo o controle de proporcionalidade tem-se em vista a relação entre meio e fim (relação meio/fim). Deve-se verificar se um fim justifica o emprego de um meio. (MICHAEL; MORLOK, 2016, p.484)

Nesse sentido, existem medidas abstratamente preceituadas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal vigente, como o imposto progressivo e a perda da propriedade, motivo pelo qual, em tom de releitura, as medidas devem sempre perseguir a finalidade, que é a concreção da função social da propriedade. Ora, transitar por toda a gradação preceituada neste dispositivo, independentemente da gravidade circunstancial, pode significar a inadequação entre a medida estabelecida e a finalidade do interesse público. Neste mesmo viés, em interface com a doutrina alemã:

A adequação indica a necessidade de a lei restritiva ser apropriada à realização do fim invocado pela lei, demonstrando uma conformidade da medida com os fins a serem atingidos. Exige-se que a medida interventiva adotada seja apta a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, o fim pretendido tem de ser realizável pela medida, porque resta configurada aqui “l’interdiction de l’arbitraire”, na expressão de Jörg Paul Müller.(SAMPAIO, 2013, p.161)

Complementarmente, segundo Oliveria (2020), a necessidade há de questionar a intensidade dos meios utilizados, perseguindo-se a melhor medida possível, de modo a gerar a solução mais adequada para os cidadãos, gravitando em torno de um discurso coletivista. Quanto a este critério, a proposta contida neste trabalho apresenta uma ideia central: a necessidade exige a problematização das medidas, o questionamento e a perseguição do melhor meio possível, entendendo-se que ele pode ser variável conforme as circunstâncias. Assim sendo, se a função social já estiver por longínquos anos, por exemplo, antes mesmo da

---

<sup>79</sup> Segundo Robert Alexy, citado por Oliveira (2020): Segundo o jusfilósofo alemão, Robert Alexy, os dois primeiros sub-princípios (para ele idoneidade e necessidade) encerram uma ideia de otimização, quanto às possibilidades fáticas surgidas na colisão entre valores fundamentais, enquanto ao terceiro subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, resta a ideia de otimização, relativamente às respectivas possibilidades jurídicas. (OLIVEIRA, 2020, p.58). Complementarmente, inspirando-se ainda em Alexy: Alexy também destaca as diferenças entre regras e princípios. Além de utilizar o critério generalidade/especificidade, afirma que a diferença é de natureza lógica e qualitativa: os princípios devem ser entendidos como “mandados de otimização.” (BOZZA, 2015, p.212)

notificação estatal, sendo gravemente<sup>80</sup> ferida, e, mesmo após a notificação, houver inércia do violador, defende-se que transitar pelos cinco anos de progressividade, não será necessariamente a melhor e mais proporcional resposta. Assim, a proporcionalidade pressupõe o questionamento e a releitura constante das medidas previstas. Nesta vertente: “O conteúdo do exame da proporcionalidade exige, com relação às medidas restritivas, que o objetivo desejado esteja entre aqueles constitucionalmente determinados e que a medida utilizada encontre autorização constitucional.” (SAMPAIO, 2013, p.160-161).

A necessidade exige o exercício comparativo, ou seja, em meio às medidas possíveis, por exemplo, qual medida deve ser tomada, tendo em vista o direito fundamental envolvido: “Por sua vez, necessidade não é uma análise linear, mas comparativa. O intérprete compara a solução dada pela lei restritiva com outras alternativas que poderiam ser menos lesivas ao direito fundamental violado.”(MARTINS, 2020, p.213)

A proporcionalidade em sentido estrito também tem tom complementar e interdependente em relação à adequação e necessidade. Oliveira (2020) defende que a proporcionalidade em sentido estrito tem a ver com a busca pela “justa medida”. Trata-se de uma “equação mediante um juízo de ponderação.” (OLIVEIRA, 2020, p.57). Dessa forma, o que se espera é este juízo de ponderação e a verificação da melhor medida em cada um dos casos, sob pena de excessividade e abusividade. Desse modo, o Estado deve ter em mente os bens jurídicos presentes, para fins de sopesamento e ponderação:

A proporcionalidade em sentido estrito significa o sopesamento dos bens em jogo, cabendo ao juiz utilizar a lógica da ponderação. De um lado, o imenso custo de submeter alguém que é presumidamente inocente a uma pena de prisão, sem processo e sem sentença, e, de outro lado, a necessidade da prisão e os elementos probatórios existentes. (LOPES JÚNIOR, 2021, p.21)

No universo das leis e medidas restritivas, a proporcionalidade é essencial, a partir da análise dos três corolários deste princípio, quais sejam: apropriação, exibilidade e proporcionalidade, que nada mais são que a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

Além de o fim a ser perseguido ter compatibilidade com os valores inscritos na Constituição e se valer de um meio empregado constitucionalmente autorizado, deve-se, na proporcionalidade, observar que, no âmbito específico das leis restritivas dos direitos fundamentais, toda e qualquer limitação feita pela lei deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). (SAMPAIO, 2013, p.160)

---

<sup>80</sup> Importa reiterar que a gravidade só pode ser verificada, conforme as particularidades apresentadas no caso. Por esta razão, a proporcionalidade significa a problematização constante da melhor medida, sem a promoção de generalizações.

Conforme reiterado neste trabalho, o princípio da proporcionalidade só terá a sua precisa incidência a partir do caso concreto, posto que os direitos fundamentais, como a função social, a princípio são abstratos, motivo pelo qual dependem da análise das circunstâncias fáticas, para identificar a adequada aplicabilidade. Nesses moldes: “a teoria externa está visceralmente vinculada à teoria dos princípios, que, de forma simplificada, sustenta que os direitos fundamentais constituem direitos *prima facie* que somente após o acertamento do caso concreto tornam-se definitivos.” (SAMPAIO, 2013, p.139)

O exame do caso concreto, a partir da ponderação, mostra-se decisivo para evitar o ferimento dos direitos fundamentais, diante da confrontação entre valores. Neste caso, a proporcionalidade, analisada em concreto, é o princípio básico para se evitar a agressão aos referidos direitos:

Assim, ao se valer do método da ponderação para resolver o conflito entre direitos colidentes, levando-se em consideração o contexto do caso concreto, deve-se proceder ao exame da proporcionalidade da restrição feita. Nesse caso, para que a restrição seja constitucionalmente fundamentada e não viole os direitos fundamentais, deve-se atender, em especial, à proporcionalidade, com a multidimensionalidade acima indicada, fazendo-se o acurado e metucioso exame da adequação, da necessidade e da justa medida, ou da proporcionalidade em sentido estrito (SAMPAIO, 2013, p.164)

A individualização do caso concreto é fator decisivo para a precisão e a verificação da justa medida, segundo Bozza (2015), inspirando-se em Dworkin, a partir da análise do peso de cada princípio confrontado para a decidibilidade do caso concreto:

Desta primeira diferença extrai-se outra: a de que os princípios possuem uma dimensão de peso, que exige que o intérprete, no confronto entre princípios, leve em consideração o relativo peso de cada um no caso concreto, tendo como consequência a impossibilidade de dimensionar o peso de cada princípio de forma precisa. Levando em consideração que, na regulamentação de um comportamento, as regras apresentam maior relevo, elas não têm a dimensão de peso que os princípios possuem. Assim, no conflito entre duas regras, apenas uma deve ser reconhecida como válida. (BOZZA, 2015, p. 212)

A análise do caso concreto é importante, pois permite ao intérprete alçar e ponderar elementos não pensados abstratamente pelo legislador:

Os fins devem ser considerados de maneira objectiva. Interessam, portanto, todos os motivos possíveis de justificação. É certo que a vontade legislativa e os fins legais explicitamente fixados são um ponto de partida e de referência, mas para a fundamentação da proporcionalidade de uma medida entram em conta também motivos justificativos em que o legislador não pensou. Também os motivos justificativos que só surgem “a posteriori” devem ser incluídos, porque o imperativo

da proporcionalidade também se aplica sem limitação temporal. (MICHAEL; MORLOK, 2016, p.486)

Historicamente houve discussão acerca da conceituação da função social da propriedade, se poderia ser feita em abstrato ou mediante o caso concreto, na medida em que a determinação deste conceito é complexa. Neste sentido, o Ministério da Justiça, inspirado em Loureiro, trata das duas correntes:

A respeito do conteúdo da função social da propriedade, Loureiro (2003, p. 115-117) destaca que há basicamente duas correntes. A primeira delas defende que se trata de um conceito indeterminado, que deve ser valorado a cada caso concreto pelo aplicador do Direito. A segunda argumenta que o significado da função social é fornecido pela legislação inferior, sem a qual não haveria possibilidade de aplicação da norma (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 37)

Esta tese tem o propósito de demonstrar que tão somente o caso concreto será capaz de identificar a complexidade e a gravidade do ferimento à função social, a partir de um juízo *a posteriori*. Por isso, abstratamente não será possível precisamente identificar um formato de gradação único, aplicável cristalinamente a todos os casos apresentados.

Carlos Roberto Gonçalves (2020), ao analisar a função social, crê na interface profunda entre a função social dos contratos e da propriedade, sendo certo que ambas as funções sociais trazem o viés dialético. Ela, nesse sentido, busca promover a justiça comutativa, a partir do equilíbrio entre os contratantes, evitando-se disparidades:

A concepção social do contrato apresenta-se, modernamente, como um dos pilares da teoria contratual. Por identidade dialética guarda intimidade com o princípio da “função social da propriedade” previsto na Constituição Federal. Tem por escopo promover a realização de uma justiça comutativa, aplainando as desigualdades substanciais entre os contraentes. Efetivamente, o dispositivo supratranscrito subordina a liberdade contratual à sua função social, com prevalência dos princípios condizentes com a ordem pública. Considerando que o direito de propriedade, que deve ser exercido em conformidade com a sua função social, proclamada na Constituição Federal, se viabiliza por meio dos contratos, o atual Código estabelece que a liberdade contratual não pode afastar-se daquela função. A função social do contrato constitui, assim, princípio moderno a ser observado pelo intérprete na aplicação dos contratos (GONÇALVES, 2020, p.27)

A proporcionalidade<sup>81</sup>, portanto, tem previsão constitucional e infraconstitucional e é norte hermenêutico em todos os âmbitos, todavia, jamais pode soar como escusa para aberrações<sup>82</sup> decisórias. Na primeira esfera, o artigo 5º, inciso V, preceitua que o direito de

<sup>81</sup> “Verificar a proporcionalidade de uma medida que restringe determinado direito fundamental não é tão somente analisar se a medida é razoável.”(MARMELSTEIN, 2019, p.373)

<sup>82</sup> “É por isso que precisamos ter muito cuidado com a invocação e aplicação da proporcionalidade, sob pena de tornar-se uma válvula de escape a cancelar o decisionismo e o decido-conforme-a-minha-consciência (...)” (LOPES JÚNIOR, 2021, p.21). Ao contrário, a função da proporcionalidade não é propiciar a teratologia, e sim

resposta, em nome do contraditório, será exercido proporcionalmente ao agravo: “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” (BRASIL, 1988)

No âmbito legislativo, nos termos do artigo 29, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o número de vereadores será proporcional à população local, podendo o Município apresentar número inferior a 9 (nove) vereadores, ou até atingir o número de 55 (cinquenta e cinco) vereadores. No mesmo raciocínio, nos termos do artigo 45 da Constituição Federal vigente, para fins de composição da Câmara dos Deputados, haverá a variação entre 08 (oito) e (70) setenta deputados federais.

No âmbito jurisdicional, nos termos do artigo 93 da Constituição Federal em vigor, há necessidade de proporção entre o número de magistrados e a população: “XIII o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;” (BRASIL, 1988)

Além disso, sob a égide tributária, previdenciária, trabalhista e outras tantas áreas, haverá a incidência do princípio da proporcionalidade, que é um dos parâmetros hermenêuticos que devem iluminar a mente do intérprete.

No Código Civil de 2002, a proporcionalidade é explicitada no artigo 944, conforme o qual, para fins de quantificação das perdas e danos, deverá ocorrer a verificação da extensão do dano, isto é, quanto mais gravoso, maior deve ser a indenização.

A proporcionalidade e a sua releitura se justifica nesta tese pois, conforme estudo do Ministério da Justiça (2015), embora planos diretores prevejam medidas para o combate do ferimento da função social da propriedade no âmbito urbano, não há comumente a eficácia:

A decisão de aplicação dos instrumentos do EC deve ser tomada a partir da leitura da dinâmica socioeconômica e demográfica da cidade e da identificação dos problemas urbanos e ambientais. Nesse sentido, a estratégia pode diferenciar-se em função da tipologia da cidade, de sua inserção na rede urbana brasileira, das características do meio físico, assim como da dinâmica urbano-econômica e imobiliária. Observa-se que a maioria dos planos diretores analisados previu a aplicação do PEUC, do IPTU progressivo no tempo e da desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, mas poucos os tornaram aplicáveis. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.73)

A releitura passa pela busca de eficácia, haja vista que, em cidades de médio e grande porte, as medidas aqui estudadas são dotadas de ineficácia:

---

evitar a aberração: a proporcionalidade não apresenta um conteúdo jurídico próprio, mas condiciona e restringe o exercício do Poder em vista das circunstâncias existentes. Não significa que a proporcionalidade não comporte tratamento como um princípio jurídico. Contudo, a proporcionalidade se configura muito mais como uma técnica de interpretação e de aplicação do Direito. (JUSTEN FILHO, p.306, 2021)

para a maioria dos municípios de médio e grande porte a aplicação do PEUC e seus sucedâneos faz-se necessária, mas não é observada. A avaliação nacional qualitativa dos planos diretores produzidos, desenvolvida pela Rede Nacional de Avaliação e Capacitação para Implementação de Planos Diretores Participativos, revelou que a maioria dos municípios com plano aprovado ainda não está aplicando os instrumentos indutores da função social da propriedade. O levantamento inicial, mencionado na introdução desse trabalho, produzido para identificar os estudos de caso da presente pesquisa, confirma o fato. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.74)

Portanto, para fins de materialização da proporcionalidade, é imprescindível a individualização do caso concreto e a análise sistemática. Desse modo, viabiliza-se a releitura da tutela da propriedade, a partir do artigo 182, parágrafo quarto. Isto é, há que se observar a intensidade da violação da função social da propriedade, conforme as circunstâncias fáticas, sendo certo que a medida e a consequência devem ser adequadas ao nível de intensidade da violação da função social. Por esse motivo, a gradação estrita em abstrato, preceituada no dispositivo em análise, pode não ser adequada para todos os casos apresentados, motivo pelo qual a medida e meio devem ser adequados ao fim perseguido, qual seja, a função social, responsável por valorar interesses sociais, em busca do equilíbrio e da justa medida.

### **6.1.1 Estudos práticos da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade pode ser adotado em sede constitucional ou infraconstitucional, sendo relevante para a compreensão da correlatividade entre direitos, por possibilitar o confronto entre bens jurídicos, uma vez que as singularidades do caso concreto deverão ser observadas, para que se alcance a melhor decisão.

A proporcionalidade estudada nesta tese exige a verificação da relativização da propriedade, para a decisão do caso concreto; sendo necessário valorar o nível de gravidade do descumprimento da função social. Sendo assim, a decisão estatal deve valorar de modo minucioso os valores envolvidos, notadamente os interesses estatais *versus* os individuais. Portanto, os casos aqui apresentados têm o fito de demonstrar distintas formas de descumprimento, com diversos contornos circunstanciais, demonstrando, assim, a necessidade de imposição de medidas adequadas, tendo em vista as circunstâncias fáticas.

O artigo 182, parágrafo quarto, do texto constitucional, preceitua a inafastabilidade da gradação de sanções, até que se culmine a perda. Contudo, ela, em todos os casos, independentemente da gravidade verificada no caso concreto, pode significar a ofensa ao

princípio da proporcionalidade, em razão do desequilíbrio que pode, em face da coletividade, ser provocado.

A medida de desapropriação-sanção<sup>83</sup>, por conta do descumprimento da função social da propriedade, na esfera urbana, ocorre por causa da antijuridicidade do particular. Assim, diante da perda promovida pelo Estado, é exigível que ele cumpra a função social, por meio da destinação adequada, outrora descumprida pelo particular. Assim, uma vez desapropriado e incorporado ao patrimônio público que se dê a utilização adequada:

Uma vez incorporado o imóvel ao patrimônio público (§ 4.o do art. 8.o do Estatuto), seu aproveitamento deverá necessariamente obedecer às diretrizes gerais estabelecidas no art. 2.o da presente lei. Destarte, tanto Poder Público quanto eventuais terceiros (na forma do que determina o § 5.o do diploma que comentamos) não ficarão imunes às obrigações básicas destinadas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, que fixa critérios precisos no estabelecimento das novas regras jurídicas intrínsecas à propriedade urbana (art. 8.o, § 6.o, do Estatuto). (FIORILLO; FERREIRA, 2019, p.169)

No caso do município de Fortaleza<sup>84</sup> suscita-se a falácia do imposto predial territorial urbano progressivo, pela apatia e inércia do Município e aos equívocos na forma de se aplicar os instrumentos previstos no artigo 182, parágrafo quarto, da atual Constituição Federal, como também pela própria complexidade da organização da política urbana; tendo em vista, inclusive, os expressivos aumentos populacionais, motivos pelos quais Fortaleza não atingiu a adequação e a proporcionalidade das medidas: não alterou os quadros de descumprimento da função, nem obteve retratações expressivas dos proprietários descumpridores.

Como vimos, as tentativas de aplicações acerca do Imposto Predial Territorial Urbano Progressivo não se mostraram adequadas e efetivas, requerendo uma releitura desta medida ou a aplicação de outra, sob pena de o cenário de ferimento à função social perdurar e alastrar o desequilíbrio em face da coletividade. Portanto, o óbice é normativo e de efetividade, exigindo uma releitura em busca da adequação:

---

<sup>83</sup> (...) a desapropriação urbanística do art. 182, § 4º, III, da CF, ostenta caráter punitivo. De fato, trata-se da sanção mais grave que o Município pode impor ao proprietário, que não cumpriu a obrigação de parcelar ou de edificar nem após ser notificado para tanto, nem após ter sofrido imposição do IPTU progressivo no tempo. Inócua a ordem administrativa e a sanção de efeitos pecuniários, não restaria mesmo outra alternativa senão a de retirar o imóvel do proprietário e transferi-lo para o Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2013, p.137)

<sup>84</sup> No artigo 209, o Plano Diretor de Fortaleza se ocupou em tratar outro ponto essencial para aplicação do PEUC, trazendo critérios para definição de solo urbano não utilizado, subutilizado e não edificado. De acordo com o trecho citado, o solo urbano não edificado são glebas ou terrenos com área igual ou superior a 400 m<sup>2</sup> (quatrocentos metros quadrados), com índice de aproveitamento utilizado igual a zero; Os imóveis subutilizados são aqueles também com área igual ou superior a 400 m<sup>2</sup> (quatrocentos metros quadrados), cujos índices de aproveitamento sejam inferiores ao mínimo definido para área ou que apresentem mais de 60% da área construída da edificação ou do conjunto de edificações, sem uso há mais de cinco anos; E os imóveis não utilizados são considerados aqueles cujas áreas construídas não estejam sendo utilizadas há mais de cinco anos. A lei excetua desse rol os imóveis desocupados em virtude de litígio judicial, desde que comprovada a impossibilidade de seu uso. (BARCELOS, 2020, p.83)

Com uma densidade demográfica de 7.786,44 hab/km<sup>2</sup>, Fortaleza ocupa o 5º lugar no ranking dos 17 municípios do Brasil com mais de 1 milhão de habitantes, conforme estimativas de 2019 (...). É grave não haver o monitoramento de imóveis que não estejam cumprindo com sua função social; é grave também não haver movimentação legislativa municipal para regulamentar dois instrumentos evidenciados na Constituição. Até que este cenário seja modificado, a negativa da conveniência e cabimento do PEUC e IPTU progressivo no tempo em Fortaleza é falaciosa e sem embasamento adequado (BARCELOS, 2020, p.103)

Segundo Barcelos (2020), inspirada em Donaldi, o número de notificações em face de proprietários descumpridores da função social da propriedade foi baixo em Diadema. Como se não bastasse, entre os que foram notificados sequer houve respeito aos parâmetros do plano diretor, demonstrando que o dispositivo normativo contido no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal atual está inócuo, apesar do discurso existencialista que é peculiar ao referido artigo:

Só em 2007, o Poder Público Municipal notificou aproximadamente 6 imóveis em condições de subutilização ocupacional, nos termos de seu Plano Diretor vigente. Apenas 2 imóveis cumpriram com a obrigação, os demais, apesar de recalcitrantes, não sofreram com a sanção do IPTU progressivo no tempo pela ausência de legislação específica para regulamentação (BARCELOS, 2020, p.97)

Em São Paulo e em outras grandes cidades brasileiras, sob a égide da função social, não é raro encontrar um cenário de degradação e abandono de imóveis, bem como de apatia dos municípios quanto à fiscalização e aplicabilidade dos instrumentos preceituados no artigo 182, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988, onde a gradação estrita, o percurso temporal potencialmente longínquo a ser percorrido, além da apatia estatal, são fatores que distanciam demasiadamente a medida de perda.

As regiões centrais das grandes cidades brasileiras, por vezes, revelam um cenário de degradação e abandono, seja por ausência de políticas de zeladoria urbana do poder público, imbróglis jurídicos relacionados aos bens imóveis ou até mesmo descaso dos proprietários quanto à utilização das propriedades (...). Não obstante, a experiência prática vem nos mostrando que, embora a municipalidade tencione efetuar a fiscalização quanto ao cumprimento da função social da propriedade, nem sempre a forma de notificação dos proprietários ocorre de acordo com o figurino legal. Por exemplo, há situações em que a notificação ocorre diretamente por edital, sem que se dê ciência aos proprietários quanto ao início do transcurso do prazo para que se cumpra a obrigação e muito menos que haja o esgotamento das tentativas de notificação pessoal. (BORGES; MOLINARI, 2021, p.1)

Em São Paulo foi deflagrado caso concreto complexo, que envolveu o Aquarius Hotel. Trata-se de prédio construído na década de 1970, que jamais foi utilizado. Segundo Thomé

(2017) os proprietários, um grupo de irmãos da família Pedreiro, desistiram do empreendimento após a degradação do centro da capital paulista.

Thomé (2017) analisa que sobrevieram inúmeras Leis após a edificação do hotel, como: a Constituição Federal de 1988, Lei 10.257 de 2001, Leis Municipais; porém, o município se quedou inerte, sem se valer de quaisquer medidas para reverter o quadro de desfuncionalização; ressaltando que o imóvel está situado na área central de São Paulo:

(...) próximo a milhares de postos de trabalho, grande parte ocupados por trabalhadores que residem em local distante. Encontra-se vazio por mero capricho dos proprietários, colaborando sobremaneira para a degradação do centro da cidade, que, logicamente.(THOMÉ, 2017, p.72)

Essa situação imobiliária ainda implica a “desocupação do imóvel, contribui para a deterioração da paisagem urbana. Além disso, esta situação, enfraquece os controles impostos pela comunidade, aumenta a insegurança coletiva e fomenta a criminalidade. Abandono, desuso e desordem contribuem para mais desordem.” (THOMÉ, 2017, p.72)

Neste caso, ao final, por conta de impasses indenizatórios, a situação de inércia perdurou e a coletividade permaneceu eivada:

O poder público compactuou com a atitude dos proprietários, agindo, no mínimo, de forma omissa, permitindo que a situação irregular perdurasse por décadas, sem tomar qualquer providência. Em 2012, a Companhia Metropolitana de Habitação (Cohab), ajuizou ação de desapropriação do imóvel, com o fim de reverter a degradação do centro da cidade e de produzir moradias no centro. A oferta foi de R\$ 13.650.173,81, mas o imóvel foi avaliado judicialmente em R\$ 48.500.000,00. Ante a disparidade de valores, a Cohab desistiu da ação, visto que o custo da unidade habitacional se tornou inviável. (THOMÉ, 2017, p.74)

O descumprimento da função social da propriedade se deu por longínquos anos, com a inércia do município, implicando graves óbices. Portanto, seria desproporcional, se depois destes longos anos, houvesse a aplicabilidade do percurso preceituado do artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, com gradação inafastável, exigindo notificações, medidas iniciais, Imposto Predial Territorial Urbano progressivo por cinco anos, para depois se aplicar a medida de perda. Tal caso demonstra gravidade e que, segundo a proporcionalidade, poder-se-ia defender a medida de perda em *prima ratio*, e não a adotada no caso, conforme o artigo 5º, inciso XXIV, do texto constitucional<sup>85</sup>, que implica indenização por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro. Em verdade, justificar-se-ia a perda em *prima ratio*, aplicando-se a indenização amparada em títulos da dívida pública, nos moldes do artigo 182,

<sup>85</sup> Que inexe o descumprimento da função social

parágrafo quarto, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Esta proposição se justifica pela gravidade e pelos longínquos anos de relacionamento jurídico desequilibrado entre os proprietários e a coletividade. Assim, a aplicabilidade da gradação descrita neste artigo agravaria e prorrogaria o cenário de desequilíbrio e desproporcionalidade em face da coletividade.

O objeto do artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, de fato consiste na defesa da função social da propriedade. Dessa forma, existem múltiplas situações fáticas, distintas em níveis de gravidade, que podem significar a desfuncionalização, porém, as consequências devem ser pensadas conforme o caso. Por isso, em termos de gravidade, pode-se pensar em um prejuízo ambiental de graves proporções causado por um proprietário, que poderia implicar a flexibilização da gradação contida no dispositivo em tela, o que não se daria de forma idêntica em outro caso menos gravoso. Nesse sentido, o artigo 182, parágrafo quarto, do diploma constitucional, presta-se a promover a sustentabilidade ambiental<sup>86</sup> e à educação socioambiental.

Na esfera do Código Civil de 2002, a percepção da função social se dá também no âmbito do direito de vizinhança, preceituado no artigo 1.277 e seguintes, segundo o qual há três núcleos: saúde, sossego e segurança. Assim, primar por estes três corolários é exercer a propriedade sem agredir a coletividade.

O Direito de vizinhança naturalmente se deságua no Código Civil de 2002, em razão da contiguidade geográfica. Nesse sentido, o direito de vizinhança é preceituado neste diploma, levando em consideração as complexidades psíquicas, da costumeira dificuldade convivencial entre homens, e, dos interesses dicotômicos entre vizinhos.

Para a relação se tornar salubre entre vizinhos é imprescindível a valoração das bases preceituadas no artigo 1277 do Código Civil, responsáveis por tutelar bens jurídicos extrapatrimoniais, indisponíveis e existencialmente cogentes. Em se tratando desses núcleos, para fins interpretativos, será necessário individualizar os costumes locais, bem como as normas de direito urbanístico. Neste cenário, a teoria do abuso<sup>87</sup> do direito incide, motivo pelo qual, havendo violação aos direitos de vizinhança, a responsabilidade civil objetiva estará presente.

---

<sup>86</sup> Desse modo, o IPTU progressivo no tempo reveste-se de caráter socioambiental, auxiliando na construção das cidades sustentáveis, prestando-se a efetivar o desenvolvimento sustentável urbano. (DUARTE NETO; MENEZES; MENEZES, 2021, p.213)

<sup>87</sup> Ainda que no contexto penal, a proporcionalidade transmite a ideia de evitar excessos e abusos “(...) a proporcionalidade é muito útil, desde que vista como instrumento de proibição de excesso de intervenção, para evitar a banalização do exercício do poder.” (LOPES JUNIOR, p.20, 2021)

A dimensão dogmática prevista no Código Civil de 2002 é de fato substancial, na medida em que trata dos seguintes temas:

1.277: O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. (BRASIL, 2002)

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança. (BRASIL, 2002)

A violação dos núcleos de vizinhança implica a imposição da eliminação dos prejuízos ou a minimização, conforme o caso concreto, os usos e costumes locais e os parâmetros do direito urbanístico. Em outros termos, o ordenamento pátrio não vê como medida palpável a perda da propriedade por conta destas agressões, permitindo a típica convivência entre a propriedade e o vilipêndio dos átrios do direito de vizinhança, isto é, trata-se da possibilidade de exercício da propriedade privada, ainda que em dissonância à função social.

Outra questão passível de instigação é a da criação de pombos em espaços urbanos, sobretudo no contexto de condomínios edilícios e no direito de vizinhança. Nessa toada hermenêutica, aqueles que criam pombos, e geram danos<sup>88</sup> existenciais aos vizinhos, deverão

---

<sup>88</sup> Por mera amostragem e ilustração, vejamos a compreensão de que a nocividade da criação dos pombos deve gerar perdas e danos, sem que implique a perda da propriedade: Em outros termos, tal agressão coletiva, não desconfigura a propriedade, nem tampouco tipicamente gerará a perda da propriedade.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS/TJMG - Processo n. 0433 14 0025408-0

#### SENTENÇA

Vistos, etc.

Argemiro Lima dos Santos, qualificado nos autos, ajuizou a presente Ação Cominatória com pedido de antecipação de tutela em desfavor de Matheus Rodrigues Antunes Oliveira e outros, em síntese, os fatos adiante explicitados. Aduz a requerente que o primeiro requerido cria pombos na casa de seus pais, segundo e terceiro requeridos, os quais anuem com tal ato. Que, de início, eram criados no quintal da casa, mas, há pouco tempo, o criatório foi transferido e localiza-se junto ao muro divisório da casa do requerente. Relata que os pombos, com frequência, são soltos, o que vem causando transtornos a parte autora, já que os animais pousam no telhado da sua casa, provocando entupimento de calhas, sujeira proveniente de fezes, barulho especialmente na época de acasalamento, piolhos, além de ter agravado a doença respiratória que acomete o Requerente. Ademais, que a criação é ilegal. Alega que já entrou em contato com o Centro de Controle de Zoonoses por duas vezes, com o Ministério Público e com a Polícia Militar, mas até hoje não houve qualquer ação efetiva para coibir a criação dos pombos. Nesse sentido, busca o requerente a antecipação da tutela quanto a abstenção de criação dos pombos na propriedade vizinha; seja, ao fim, confirmada a antecipação da tutela; seja concedida a justiça gratuita.

É o breve relatório. DECIDO.

Isso posto, julgo procedente o pedido da parte autora, determinando que a parte ré abstenha-se da criação das aves descritas na inicial, sob pena de aplicação de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia, até o máximo de 30 dias. Extinto o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I do Código de Processo Civil, condeno o réu no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, valor este que fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais), conforme artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com a respectiva baixa. P.R.I.

indenizar, em razão dos danos à integridade física ou patrimonial, posto que estar-se-ia diante da violação do corolário saúde. Nesse sentido, a criação de pombos, também poderia figurar no contexto do abuso do direito, o que atrai a responsabilidade civil objetiva. Porém, apesar da agressão ao vizinho, a propriedade privada perdurará, mesmo com as referidas máculas à função social da propriedade. Ademais, há que se promover um confronto entre os bens jurídicos envolvidos, conforme as particularidades do caso concreto:

(...)não, apenas, a recuperação de uma valoração que terá sido feita pelo próprio legislador ao editar a “lei” mas, bem diferentemente, de uma valoração presente, feita pelo próprio juiz, que se vê diante do caso concreto com todas as suas peculiaridades e que deve decidir mesmo que a solução não esteja clara, expressa, pressuposta, “dada” na letra da lei. (BUENO, 2007, p.67)

Importante para fins de interpretação, colacionar o seguinte julgado:

13ª CÂMARA CÍVEL / RIO DE JANEIRO - APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008025-12.2010.8.19.0207. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE VIZINHANÇA. ALIMENTAÇÃO IRREGULAR DE POMBOS. PROLIFERAÇÃO DE OUTRAS PRAGAS URBANAS COMO RATOS, BARATAS E PIOLHOS, PREJUDICANDO SOBREMANEIRA A SEGURANÇA, O SOSSEGO E A SAÚDE DOS MORADORES DOS IMÓVEIS VIZINHOS. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.277 DO CC. RECALCITRÂNCIA DO RÉU. EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE PROPRIEDADE/POSSE ENSEJADOR DE ATO ILÍCITO (ARTIGO 187 DO CC) E DO DEVER DE INDENIZAR PELOS DANOS CAUSADOS (ARTIGO 927 DO CC). DANOS MORAIS IN RE IPSA . QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO MODERADAMENTE. SEGUNDA AUTORA QUE CONTRAIU TOXOPLASMOSE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE DEVE SER MANTIDA. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, EX VI DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.

Trata-se de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos materiais e morais, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo rito ordinário, em que narravam os autores, ora apelados, que seus imóveis são limítrofes ao do réu, o qual estabeleceu em seu quintal um viveiro irregular de pombos e, em virtude do grande volume de ração oferecida, as aves foram se multiplicando.

Afirmavam que o réu implantou em seu quintal dois reservatórios de ração, expostos a céu aberto, com o fim de alimentar as aves nos demais períodos do dia. Asseveravam que, além do odor desagradável proveniente dos pombos e de suas fezes, outras pragas urbanas, como ratos e baratas, começaram a proliferar no entorno da residência da parte ré, originando condições insalubres de moradia e afetando os imóveis vizinhos, cujas piscinas, telhados e calhas de chuva permaneciam constantemente entupidos em razão dos pombos mortos, das penas e fezes das aves e dos excrementos dos ratos. Aduziam que os imóveis dos arredores sofreram desvalorização no mercado imobiliário.

---

Montes Claros, 11 agosto de 2015.

RICHARDSON XAVIER BRANT Juiz de Direito

O Juízo da 3ª Vara Cível da Ilha do Governador julgou parcialmente procedente o pedido autoral para condenar o réu à obrigação de não fazer, ou seja, de deixar de criar e alimentar aves, **eis que prejudica o sossego, a segurança e a saúde dos vizinhos**, bem como fazer cessar a criação, em seu quintal, de um viveiro irregular de pombos, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de aplicação do artigo 461, § 5º do CPC, autorizando os autores a ingressar no imóvel do réu, juntamente com o Sr. OJA, acompanhado de representante do Setor de Vigilância Sanitária Municipal, e a demolir os reservatórios de comida implantados pelo réu, bem como quaisquer outros lugares que sirvam para alimentar pombos e aves que se encontrarem nas dependências da propriedade do réu, sem prejuízo de futura multa a ser perquirida. Condenou ainda o réu ao pagamento de **R\$ 5.000,00** para cada autor, **a título de compensação pelos danos morais sofridos**, os quais reputou in re ipsa, corrigidos monetariamente a partir da data da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês (art. 406, do CC c/c art. 161, §1º, do CTN), contados da distribuição do processo. Por fim, condenou o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que foram fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Observa-se na hipótese vertente o exercício abusivo do direito de propriedade/posse ensejador de ato ilícito, com fulcro no artigo 187 do CC, o que acarreta o dever de indenizar pelos danos causados, na forma do artigo 927 do CC.

(TJ-RJ.-AC:80251220108190207, Rio de Janeiro, Relator: Gabriel de Oliveira Zefiro. Data de Julgamento: 03 de Fevereiro de 2014./ 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03 de Fevereiro de 2014.)

No presente julgado foi analisado o confronto entre o direito de propriedade/posse *versus* saúde dos vizinhos, transindividualidade *versus* direito individual, ante a criação de pombos, por exemplo, no quintal, que se proliferavam no imóvel com a contribuição direta do vizinho réu. Neste caso, além da antijuridicidade houve discussão sobre o abuso do direito deste vizinho, que está a utilizar o imóvel na contramão do altruísmo, excedendo-se os limites e parâmetros da razoabilidade. Em outros termos, houve ferimento à função social, em razão da prejudicialidade aos vizinhos. De forma que, apesar da má utilização e ferimento funcional, o Tribunal decidiu a demanda por meio das perdas e danos, sem a aplicabilidade de qualquer medida capaz de colocar em xeque a propriedade.

Assim, restou protegida a propriedade, em conformidade com a delimitação da lide, assim como este bem é protegido nas hipóteses de gradação previstas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988. Por fim, importante também notar a incidência das astreintes, para fins de cessação do ferimento da função social da propriedade. Por essas razões, a depender das circunstâncias e gravidade, em nome da proporcionalidade, verificando-se que o proprietário efetivamente não se prostrará e perdurará vilipendiando a função social da propriedade e o direito à saúde dos vizinhos, poder-se-ia sustentar a perda da propriedade mediante indenização, em busca do equilíbrio entre interesses sociais e de propriedade, sem ser necessário trilhar a gradação preceituada no referido dispositivo normativo; por exemplo, não seria necessariamente razoável transitar pelo Imposto Predial Territorial Urbano progressivo, por cinco anos, atingindo a alíquota máxima de 15 (quinze)

por cento do imposto<sup>89</sup>, período no qual a saúde dos moradores poderia ser ainda mais agravada, para posteriormente se materializar a perda.

Por isso, é complexo o confronto entre o direito de propriedade ou posse do pombo *versus* o direito à saúde dos vizinhos. Neste sentido, a convivência dos pombos, notadamente no meio urbano, no contexto de vizinhança, de fato pode ser nociva à saúde da pessoa humana e atentatória aos parâmetros da funcionalização. Contudo, não necessariamente a referida prevalência implicará a perda da propriedade. Por isso, é necessário valorar o caso concreto.

0079484-52.2006.8.19.0001 (2007.001.08219) - APELAÇÃO 1ª Ementa DES. LUIZ FERNANDO DE CARVALHO - Julgamento: 31/07/2007 - TERCEIRA CAMARA CIVEL CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INFILTRAÇÃO DE ÁGUA A PARTIR DE RESERVATÓRIO. ALIMENTAÇÃO DE POMBO EM IMÓVEL VIZINHO AO DA AUTORA. PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO CONSERTO DO RESERVATÓRIO E REPAROS DIVERSOS E DE CONSTRUÇÃO DE GRADIL PARA IMPEDIR A PASSAGEM DOS POMBOS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. APELAÇÃO, QUE VISA A CONDENAÇÃO À CONSTRUÇÃO DO GRADIL. REVELIA. RÉ CITADA PESSOALMENTE, ACARRETANDO A DESNECESSIDADE DA NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. OPORTUNIDADES DE DEFESA RENOVADAS NA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA E DO DESPACHO DE ADMISSÃO DO APELO. MATÉRIA DE FATO COMPROVADA POR FOTOS E LAUDO DA DEFESA CIVIL. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. ART. 1.277, DO CÓDIGO CIVIL. CONDENAÇÃO QUE SE MOSTRA CORRETA, MESMO QUE JULGADO IMPROCEDENTE O PLEITO DE CONSTRUÇÃO DO GRADIL, POIS NÃO HÁ ADEQUAÇÃO DESSA PRETENSÃO À CAUSA DE PEDIR, SENDO EVIDENTEMENTE INEFICAZ A PROVIDÊNCIA PARA POR FIM ÀS EMANAÇÕES ORIUNDAS DOS POMBOS SOBRE O IMÓVEL DA AUTORA. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. SUCUMBÊNCIA PARCIAL DA AUTORA E PEQUENO VALOR DA CAUSA QUE LEVAM, DE OFÍCIO, À REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS (ARTS. 20, §4º E 21, CPC).

Ressalte-se que a segunda autora contraiu toxoplasmose, conforme exame acostado às fls. 204/205, o que agrava o dano moral impingido a todos os

---

<sup>89</sup> Em tom crítico: A norma está longe de ter a clareza desejável. Para bem interpretá-la, é preciso distinguir o valor da alíquota (*rectius*: o valor resultante da aplicação da alíquota) de um lado, e seu fator percentual de outro. Este é um divisor ou percentual fixo, que integra partes iguais de um todo, como decorre do próprio significado do termo alíquota. O valor é a importância que provém da aplicação da alíquota. Assim, se a alíquota é de 10% e incide sobre uma base 100, o valor que resulta é 10. O que a lei pretendeu estabelecer foi que a alíquota do imposto, em cada ano, não seja maior que o dobro da que foi fixada no ano anterior, e que a alíquota máxima de aumento seja de 15%. Um exemplo ajuda a esclarecer a *intentio legis*. Sendo o imposto fixado, no primeiro ano, com a alíquota de 1%, a alíquota máxima para o segundo ano não poderá ser superior a 2%. No terceiro ano, a alíquota máxima será de 4%; no quarto, o máximo será a alíquota de 8%. No último ano, a alíquota máxima seria de 16%, mas como a norma estabelece como limite a alíquota de 15%, este seria o percentual máximo a ser aplicado.

Note-se, contudo, que o legislador estabeleceu limites anuais e geral para a alíquota. O Poder Público municipal, porém, não está obrigado a valer-se de tais limites. Faculta-se-lhe fixar alíquotas inferiores ao dobro da anterior (ex.: 1% no primeiro ano, 1,5% no segundo, 2% no terceiro, e assim por diante). Ser-lhe-á permitido também alcançar, ao final dos cinco anos, percentual geral inferior ao de 15% previsto na lei. A rígida observância dos limites é que vincula a administração municipal. Não há qualquer indício de confisco no percentual máximo de 15% esta-belecido para o tributo. (CARVALHO FILHO, 2013, p.124)

demandantes, diante do temor oriundo da possibilidade de também contraírem doenças.

Por fim, a condenação em honorários mostra-se correta e atende aos parâmetros do art. 20, § 3º, do CPC.

Ante o exposto, nego seguimento monocrático ao recurso, ex vi do art. 557, caput, do CPC, porquanto manifestamente improcedente.

Rio de Janeiro, 03 de fevereiro de 2014.

Em similar sentido, também no direito de vizinhança, envolvendo a nocividade dos pombos e a sua prejudicialidade à saúde *versus* a propriedade prevaleceu a proteção à propriedade e a solução por meio de perdas e danos. Nesta seara, as perdas e danos, por si só, não são capazes de alterar o cenário de vilipêndio à função social da propriedade.

Importa analisar outro caso, contudo, atrelado ao direito ao sossego:

APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DIREITO DE VIZINHANÇA. USO DO IMÓVEL CAUSA GRAVE PERTURBAÇÃO NA VIZINHANÇA. DANOS MORAIS - FIXAÇÃO RAZOÁVEL. APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DIREITO DE VIZINHANÇA. USO DO IMÓVEL CAUSA GRAVE PERTURBAÇÃO NA VIZINHANÇA. DANOS MORAIS - FIXAÇÃO RAZOÁVEL. APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DIREITO DE VIZINHANÇA. USO DO IMÓVEL CAUSA GRAVE PERTURBAÇÃO NA VIZINHANÇA. DANOS MORAIS - FIXAÇÃO RAZOÁVEL. APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO - DIREITO DE VIZINHANÇA. USO DO IMÓVEL CAUSA GRAVE PERTURBAÇÃO NA VIZINHANÇA. DANOS MORAIS -- FIXAÇÃO RAZOÁVEL. Restando evidenciado o mau uso da propriedade (perturbação ao sossego, intranquilidade, violação aos direitos de vizinhança, entre outros), e o desatendimento às determinações de redução/cessação, resta configurado o ato ilícito capaz de gerar indenização. O valor reputado idôneo à compensação do dano moral sofrido, prudentemente fixado, não se qualifica como enriquecimento ilícito.

(TJ-MG - AC: 10625060609348002 São João del-Rei, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 17/07/2012, Câmaras Cíveis Isoladas / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2012)

Este caso revela a utilização da propriedade imóvel de modo antijurídico e abusivo, ante a turbação praticada, demonstrando-se, ademais, a correlação entre o sossego, saúde e a própria personalidade. Diante de toda a violação, restou julgada a matéria à luz da responsabilidade civil extracontratual, por meio das perdas e danos. Desse modo, no provimento há o fundamento de que a propriedade deve ser exercida sem a promoção da prejudicialidade, em razão da função social, que a relativiza. De forma literal: "Propriedade, no seu conceito moderno está sujeita a restrições, não só impostas pela utilidade pública e interesses da coletividade mas, também, a outras motivadas por interesses particulares, oriundas da solidariedade social."(TJ-MG - AC: 10625060609348002 São João Del-Rei, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 17/07/2012, Câmaras Cíveis Isoladas / 9ª

CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2012). Em outros termos, há que se verificar a gravidade, a partir da individualização do caso concreto. Por isso, caracterizando-se a gravidade extremada e a prejudicialidade, possível seria a privação da propriedade como decisão cabível, na medida em que o exercício contínuo do direito de propriedade em prejuízo à coletividade pode significar que a propriedade privada não atende de fato os reclamos da função social e a sua continuidade nociva pode obstar a própria paz social, por exemplo, na vizinhança.

Os julgados apresentados revelam a proteção ao proprietário, no sentido de que independentemente da gravidade, houve a manutenção da propriedade, motivo pelo qual, esta tese se apresenta no sentido de transmitir uma proposta interpretativa sobre a regra imposta; por entender que há a possibilidade de perda no ambiente urbano, em conformidade com o artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988. Porém, esta medida não é aplicada, o que, a depender do caso concreto, pode sucumbir a proporcionalidade. Assim, a manutenção da propriedade por longínquos anos<sup>90</sup>, independentemente da ofensividade à coletividade, pode representar desequilíbrio e onerosidade em face desta. Desse modo, a angústia da perda poderia se dar em razão do temor de esta implicar o confisco, isto é, a ausência de indenização ao sucumbido, porém, a proposição de indenização em favor do proprietário é a tentativa equilibrada, a depender do caso, de se privar a propriedade, em razão da gravidade, mas, sem exaurir o proprietário, propondo-se a equitatividade entre a coletividade e os interesses individuais do proprietário, por meio de uma visão sistemática do texto constitucional.

O Estado, em razão da estudada aparente apatia, não tem materializado a função social e aplicado efetivamente o artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal atual, o que é grave e deve ser pensado à luz da Responsabilidade Civil<sup>91</sup>, inclusive. Porém, o que se propõe

---

<sup>90</sup> O procedimento leva, no mínimo, sete anos até ser ajuizada a desapropriação, visto que o proprietário tanto será comunicado da medida a ser adotada (parcelamento, edificação ou utilização compulsória do imóvel) como também, permanecendo inerte, poderá ser determinado o pagamento de IPTU progressivo no tempo durante o prazo máximo de cinco anos. Somente após esgotadas as instâncias antecedentes é que será autorizada a desapropriação por desatendimento à função social da propriedade urbana. A sequência de procedimentos para a implementação da desapropriação sancionatória segue minudenciada, com o fito de melhor esclarecer a natureza de tal modalidade expropriatória. (UCHÔA, 2016, p.367). De maneira que, após percorrer todo este lapso temporal, sem que tenha havido a retratação do proprietário, haverá a possibilidade de perda da propriedade, após consideráveis anos de descumprimento da função social. Assim, proporcionalmente, a depender da gravidade do descumprimento e as circunstâncias, pode ser que as medidas na ordem prevista sejam razoáveis, porém, não é possível generalizar, na medida em que, a depender da gravidade e circunstâncias, a privação, conforme a proposta contida na tese, pode ser medida aplicada, sem a exaurir a inteireza de medidas e tempo preceituadas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal. Isto é, a privação nestes moldes, também, em busca do equilíbrio, deve vir acompanhada de indenização em favor do sucumbido.

<sup>91</sup> As condutas comissivas ou omissivas do gestor público que impliquem em ofensa aos preceitos da Constituição Federal, das leis e do Plano Diretor Participativo dos Municípios Brasileiros implicam

é que este dispositivo seja efetivamente aplicado, em razão do condão existencialista que paira sobre a função, sendo certo que a aplicação deve ser feita em consonância com a proporcionalidade, isto é, a gradação abstrata inafastável deve ser relativizada. Assim, o tom existencialista e coletivista da função social é primordial, isto é, as medidas preceituadas no referido dispositivo devem ser aplicadas, uma vez que o descumprimento da função social não é instituto a ser banalizado:

A inércia do poder público não justifica o descumprimento de um princípio constitucional. A propriedade que não cumpre a função social viola um princípio, o que é extremamente grave (...) Ainda, há de ser considerado que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 10.257/01 prevê que as normas lá estabelecidas são de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (THOMÉ, 2017, p.71)

O descumprimento da função social, conforme a proporcionalidade, não necessariamente conduzirá à perda da propriedade, pois nem todo descumprimento da função social significará a sanção de perda, somente aqueles justificáveis, a depender das particularidades do caso, em estrita observância à gravidade.

---

responsabilização civil, administrativa e até criminal. Contudo, também é de suma importância que a população cobre uma atuação efetiva, conforme as normas urbanísticas, principalmente no que se refere à organização do espaço urbano. A ação civil pública e a ação popular são instrumentos disponíveis, ao alcance dos representantes da sociedade, como forma de executar alguns dos instrumentos que podem ser utilizados para a tutela dessa ordem urbanística. (THOMÉ, 2017, p.72)

## 7. OUTRAS BASES FILOSÓFICAS PARA A COMPREENSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Este capítulo tem o propósito de contribuir para a compreensão do existencialismo, tão decisivo para a função social da propriedade, pois a propriedade privada não pode ser exercida de modo egoísta, ao contrário, em observância aos interesses sociais e coletivos. Trata-se do intersubjetivismo e da constatação de que ela se materializa perante a sociedade, a partir de inevitáveis interações.

O altruísmo inerente à função social está alinhado com fenomenologia, cuja semântica<sup>92</sup> é contributiva para a compreensão do seu alcance e essência. Na etimologia da expressão a fenomenologia é fruto da conjugação *phainomenon*, que é traduzida como aquilo que se exterioriza, se mostra. Por outro lado, *logos*, pode ser compreendido como pensamento. Assim, trata-se de uma busca pela significação, a partir de percepções, constatações, frutos de uma consciência que se exterioriza e interage, tratando-se da consciência transcendente, isto é, além do individual.

A fenomenologia hegeliana é importante para se pensar a função social da propriedade, cuja matriz<sup>93</sup> de seu pensamento está atrelada ao criticismo kantiano, embora não se confundam,<sup>94</sup> segundo Bittar e Almeida (2021), tendo em vista, sobretudo, a individualidade que é real em si e para si.

De antemão, há que se entender que o ser-para-si é fruto de negações e distinções consigo mesmo, isto é, o em si *versus* o ser-outro: “O ser-para-si é: 1. a distinção, mas só de si mesmo, ou a relação não com outro, mas consigo. 2. Mas, enquanto a distinção engloba em si

---

<sup>92</sup> A palavra a fenomenologia é formada por dois vocábulos gregos: *phainomenon*, aquilo que se mostra e *logos*, que para os gregos tem diversos significados; retemos apenas os de palavra e pensamento. Fenomenologia é o estudo daquilo que se mostra, o fenômeno. A fenomenologia não é uma ciência exata, uma ciência eidética dedutiva, ela será rigorosa sim, mas não exata; por acontecer pela descrição e não dedução, seus objetos são os fenômenos, são os vividos da consciência, os atos e os correlatos dessa consciência (OLIVEIRA, 2013, p.137)

<sup>93</sup> De qualquer forma, há que se reconhecer que a matriz teórica do hegelianismo foi o criticismo kantiano, e foi do desenvolvimento dos pressupostos kantianos que Hegel chegou a compor, obviamente acrescentadas as nuances que o distinguem de Kant, sua imperiosa concepção filosófica. Se Hegel foi capaz de construir a partir do racionalismo kantiano um racionalismo diferenciado, isto não significa que Kant não representou um pensamento de grande relevo para a modernidade; pode ser dito, um verdadeiro marco intelectual da modernidade. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.494)

<sup>94</sup> “Entre dois racionalistas, como Kant e Hegel, por exemplo, há uma diferença substancial, que consiste num salto no sentido da concreção dialética, onde empiria (ser) e razão (dever-ser) se unem de modo indiferenciável.” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.394)

o ser-outro e a relação assim é negativa, o outro é para ele, mas como excluído.” (HEGEL, 1989, p.20). Complementarmente, a ideia de ser-para-si, volta-se para a determinação e para a individualidade, isto é, o ser em si voltado para si. Trata-se da negatividade voltada para si. Ou seja: “A individualidade, como negatividade relativa a si mesma indiferenciada, tem uma determinação como ser determinado.” (HEGEL, 1989, p.29)

A razão hegeliana tem conotação ampla, haja vista que, abarca elementos conscientes e não conscientes. Entre aqueles que não são conscientes, tem-se a oração, certas presunções e até mesmo certos discursos.

Há grande preocupação hegeliana sobre a razão, que deve ser profundamente estudada, em seus diversos componentes, um dos quais a consciência. Assim, para o entendimento da razão é válido identificar o que a permeia, cotejando os seus componentes.

A razão traz consigo elementos que não são necessariamente conscientes, carregando aspectos do pensamento, que não são puramente conscientes ou precisamente conscientes.

Segundo Hegel<sup>95</sup>, o negativo se dá no universal, a partir do envolvimento da diferença, podendo o particular se contradizer ao universal.

O negativo deve ser compreendido em um horizonte quantitativo<sup>96</sup>, a partir do ser-para-si, que é pensado individualmente, como também da distinção só de si mesmo, sem a promoção de confrontações perante terceiros. Nesses termos, conforme Hegel<sup>97</sup>, a construção do negativo se dá por meio da relação com o outro, da qual insurge a proposição da

---

<sup>95</sup> O negativo desta potência é, perante o universal, a relação da liberdade, ou o negativo, enquanto ele se constitui positivamente e se põe na diferença contra o universal, portanto, em relação ao mesmo, e não a carência e o envolvimento da diferença; nesta última perspectiva não desenvolvida, as potências precedentes seriam o negativo da diferença (...) O negativo entra aqui em consideração só enquanto contradiz o universal como tal, e enquanto uma singularidade o nega e dele abstrai, não na medida em que a singularidade aniquila verdadeiramente a sua forma – pois aí o negativo põe o universal como verdadeiramente ideal (HEGEL, 1991, p. 32)

<sup>96</sup> O ser-para-si é 1. a distinção, mas só de si mesmo, ou a relação não com outro, mas consigo. 2. Mas, enquanto a distinção engloba em si o ser-outro e a relação assim é negativa, o outro é para ele, mas como excluído. O que é para-si é o um numérico. Ele é simples, refere-se unicamente a si, e o outro está dele excluído. O seu ser-outro é a pluralidade. (HEGEL, 1989, p.20)

<sup>97</sup> A grandeza qualitativa, como determinação simples, é antes de mais grandeza específica, mas, como autodeterminação que se distingue, é uma especificação de grandezas que são ao mesmo tempo grandezas determinadas umas perante as outras e têm entre si uma relação qualitativa, ou cujo quociente é o seu número proporcional e está em relação respetivamente como qualitativo. Visto que as grandezas não só se ab-rogam aqui como infinitas, mas se põe o seu próprio ser ab-rogado como sua lei qualitativa, é esta então a sua verdadeira e atual infinidade. (HEGEL, 1989, p.22)

diversidade indiferente, que inadmite<sup>98</sup> duas coisas iguais. Por isso, há uma quantitatividade no negativo, afinal o ser-para-si é um, individualmente concebido, embora nesta consciência única possa ser identificado o ponto-de-partida para a construção negativa. A conclusão quantitativa não é outra senão o ser-para-si, a idealidade, a individualidade; por outro lado, o ser em negatificação com o outro é pluralidade. Assim, quantitativamente, o ser se encontrará e se repelirá no outro:

A quantidade tem em si a negatividade do um só como ab-rogada ou, porque na autoigualdade do ser-para-si, o ser-outro não é imediatamente um outro, enquanto um limite externo, ou como um limite, que não é limite algum. A quantidade com este limite indiferente é quantum. (HEGEL, 1989, p.21)

A negatividade também é vista qualitativamente: como ser, composto de grandezas infinitas, intersubjetivamente ao outro - também composto por grandezas infinitas. Afinal, o negativo se dá pela observância de grandezas, que revelam consonâncias e dissonâncias dentro da infinitude.

A intersubjetividade, ao lado da obrigacionalidade, também é percebida por Orlando Gomes (2012), como marca da funcionalização, isto é, a propriedade se insere num contexto social:

O trato intersubjetivo e obrigacionalizado dos direitos reais limitados conduz à funcionalização do bem, ante o contexto social em que se insere, viabilizando sua compreensão no sistema jurídico pátrio, como fator de otimização de princípios esquecidos nessa seara, tal qual o da função social (GOMES, 2012, p.27)

O exercício de precisão da consciência é essencial para promover conceituações. E, via de consequência, promover conceituações jurídicas, tais como o conceito de função social da propriedade e o conceito de posse. Em tom enfático, para se atingir a consciência de si, necessária será a contraposição ao outro. Assim, as confrontações identificarão diferenças, todavia, a consciência de si depende da consciência do outro, numa rede<sup>99</sup>. Neste sentido:

---

<sup>98</sup> “A proposição da diversidade indiferente põe a diferença indeterminada em geral e exprime que não há duas coisas que sejam completamente iguais entre si.” (HEGEL, 1989, p.24)

<sup>99</sup> A ideia de rede também está presente em Husserl, em decorrência da promoção de correlações e nexos, nos seguintes moldes: Assim, a tarefa da Fenomenologia seria a de rastrear todas as formas do dar-se e todas as correlações, e isto dentro do âmbito da própria evidência pura do dar-se em si mesmo (Selbstgegebenheit), exercendo, sobre todas elas, a análise esclarecedora da própria estrutura dos fenômenos da consciência. No caso, a análise fenomenológica procura abarcar não apenas os atos da consciência dos objetos, como também os seus nexos e correlatos, e isto segundo uma compreensão unívoca da estrutura do fenômeno. Nesta medida, o “fenômeno”, enquanto “dar-se em si mesmo”, é algo incontestável. Entretanto, no dar-se não está inclusa a

Para a consciência-de-si, portanto, o ser-outro é como um ser, ou como momento diferente; mas para ela é também a unidade de si mesma com essa diferença, como segundo momento diferente. Com aquele primeiro momento, a consciência-de-si é como consciência e para ela é mantida toda a extensão do mundo sensível; mas ao mesmo tempo, só como referida ao segundo momento (HEGEL, p. 136, 2007)

E prossegue: “Para nós, ou em si, o objeto que para a consciência-de-si é o negativo, retornou sobre si mesmo, do seu lado; como de outro lado, a consciência também (fez o mesmo).”(HEGEL, p.137, 2007)

José Henrique Santos (2007) auxilia os estudiosos de Hegel a compreender a ideia de negativo e a formação conceitual, a partir da sensibilidade de que as contradições se darão infinitamente. Em verdade, o negativo traz à baila uma rede<sup>100</sup> de contradições e confrontações, num processo dialético de robusta longevidade. Aliás, estas confrontações se convergem ao processo de contradições e de oposições, sem as quais jamais será atingida unidade. Assim, o ser é para outro ser, assumindo caráter de exterioridade<sup>101</sup>, e para outros seres, na rede<sup>102</sup> negativa, o que forma um horizonte de negatividades múltiplas<sup>103</sup>, com atrações e repulsões, num senso de unidade:

A razão é o poder de unificar que governa o jogo de forças e e faz dos opostos um só termo, o homônimo, que se repele de si na contradição infinita. Ao romper o limite da finitude, a razão descobriu que o ser é a contradição infinita. Ao romper o limite da finitude, a razão descobriu que o ser é a contradição em si ou a inversão absoluta de tornar-se outro. Os extremos opostos estão recolhidos no Um, cujo conceito é a unidade negativa. Mas isso vale também para o processo inverso, pelo qual o Ser, o Um-Múltiplo, se multiplica e se torna infinitamente outro, como Spinoza havia advertido, sem sair de si: ele transporta o Si para o Outro, quer dizer, ele é Si sendo Outro. O Silogismo do objeto cumpriu as seguintes etapas: (a) o objeto sensível mostrou-se coisa de muitas propriedades; b) o em-si da coisa se externou como força contraditória; c) esta exibiu um força infinita; falta o mais difícil; d) a concepção do absoluto em seu vir-a-ser.(SANTOS, p. 181, 2007)

---

“análise esclarecedora” que a fenomenologia toma como tarefa. Em outras palavras, isto significa que a simples percepção consciente de um dado fenômeno não pressupõe a análise dos seus “atos” e “correlatos”, suas “complexões” e os seus “nexos” (discordantes ou concordantes), suas “teleologias” e “configurações”. (GALEFFI, 2000, p.24)

<sup>100</sup> “Surge assim o processo até ao infinito, ou a má infinidade.” (HEGEL, 1989, p.22)

<sup>101</sup> “A força é a autopoisição do seu ser determinado como qualidade determinada. Segundo o aspeto em que o ser determinado é ainda ser-para-outro ou exterioridade (...) (HEGEL, 1989, p.25)

<sup>102</sup> “Ao pôr-se tanto um devir como outro, a sua verdade é o repouso, o qual tanto é o ser-fora-de-si do um ou o seu pôr-se como multiplicidade, discreção, quanto a relação igual a si mesma dos muitos, ou a sua continuidade, a pura quantidade.” (HEGEL, 1989, p.21)

<sup>103</sup> “Os muitos são cada qual o mesmo. Por isso, são um. Mas o um é igualmente a multiplicidade. Com efeito, o seu excluir é a posição do seu contrário, ou ele põe-se assim como multiplicidade. Aquele devir é a atração, este a repulsão.” (HEGEL, 1989, p.21)

O entendimento de unidade auxilia a compreensão do todo, que é composto pelas partes, por sua vez refletidas no todo<sup>104</sup>. Sendo certo que a parte só é, “enquanto postas pelo todo.” (HEGEL, 1989, p.25). Assim, a ideia de alteridade revela a impossibilidade de exteriormente se ignorar o outro, numa universalidade.

A consciência tem momentos distintos, transparentes. E a consciência de si, é eticamente de reconhecimento, em face de uma conotação fora do outro. Vale dizer, individualiza-se algo, conceitua-se algo, a partir da negação de outro algo. Trata-se, portanto, de uma construção dialética<sup>105</sup>, a partir da identificação de opostos, marcando a confrontação tese *versus* antítese, diversa da visão de Karl Marx, que assumiu notas mais ideológicas e políticas, segundo Bittar e Almeida (2021).

Segundo Antônio Cota Marçal (2011), o negativo se aplica também na relação<sup>106</sup> entre indivíduo *versus* Estado, afinal a interação e a intersubjetividade se dá entre indivíduos, bem como entre Estado *versus* indivíduos. Neste sentido, o senso de liberdade não é negado por Hegel, como o exercício da propriedade privada, apesar da influência limitadora do Estado, que deve ser objeto racional de conformação. Aliás, o Estado não pode ser visto como fim em

---

<sup>104</sup> A essência como fundamento do seu ser determinado, sem o qual a própria essência não é, é antes de mais todo e partes. O todo é o pôr das suas partes e, inversamente, consiste nelas. Os dois lados constituem um só e o mesmo. O todo é igual às partes só como igual ao seu conjunto, ou seja, ao todo, e as partes são iguais ao todo enquanto dividido, isto é, como partes; ou os dois aspectos são indiferentemente um perante o outro, e a atividade do todo, como forma, tem a matéria como condição. (HEGEL, 1989, p.25)

<sup>105</sup> A concreção dialética está presente no pensamento hegeliano de modo a marcá-lo por meio do elemento histórico, pois, para Hegel, a realização do espírito se dá na história, preocupação que está ausente da reflexão kantiana. Outro dado que enfatiza a diferença anteriormente assinalada é que, do seio do hegelianismo, surgiu a doutrina de Karl Marx e sua dialética materialista da história. Isso não quer dizer que sejam doutrinas idênticas, pois o marxismo tomou rumo ainda mais social, ideológico e político, identificando na práxis os usos transformadores da política, notabilizando-se, em meio a convulsões sociais, num materialismo econômico; a dialética, no entanto, é um ponto de unidade do marxismo com o hegelianismo.

De qualquer forma, aí está presente a ideia da dialética como forma de superação dos opostos pela síntese. Quando se afirma algo (tese), o contrário está pressuposto no que vem afirmado (antítese), e da contraposição entre a afirmação e a contraposição surge a síntese.<sup>5</sup> Assim ocorre com relação ao que se diz, com relação aos fatos históricos, com relação às revoluções sociais, com relação aos movimentos intelectuais etc. de modo que tudo se pode explicar na base dinâmica desta dialética. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.394)

<sup>106</sup> Autonomia da vontade, integração e autoconstituição dos indivíduos livres, bem como a conformação racional do Estado e sua efetivação são processos históricos de permanente interação e aprendizagem, que possibilitam a autorrealização do cidadão e o aperfeiçoamento das instituições estatais. O atual estágio da pesquisa confirma que a filosofia hegeliana do direito acerca dos direitos individuais e mesmo suas teses relativas à concepção do Estado, cuja preservação pode levar à restrição de direitos em casos excepcionais, eram compatíveis com o iluminismo e o Liberalismo então vigentes. Evidencia também que Hegel não foi liberal ao sustentar que o Estado, enquanto manifestação do espírito, tem a si mesmo como fim e não os interesses dos cidadãos, ou quando excluiu que a vontade geral possa resultar do consenso entre cidadãos iguais, ou ainda quando imunizou o príncipe contra o controle pela comunidade dos cidadãos. (MARÇAL, 2011, p. 213)

si mesmo, ao revés, ele é a manifestação do espírito. Em verdade, as interações podem ser contributivas para o aprimoramento de instituições presentes nele.

Precisar a consciência é constatar o negativo, é o reconhecimento do outro. Em suma, algo só é algo por não ser outra coisa. Assim, a minha existência só tem sentido intersubjetivamente, isto é, voltando-me para o outro. Por exemplo, a propriedade privada tem sentido a partir da observância de outras propriedades privadas, num contexto de sociedade.

A precisão conceitual se dá também por intermédio da efetividade, pela observância na prática de cada um dos elementos. Exemplo: Algo não é outro algo, pelo fato de a consciência negar outro “algo”.

A construção do conceito de efetividade em Hegel (2007) se dá maduramente, por meio de intersubjetividades que ocorrem na prática, isto é, entre sujeitos ou determinados objetos de investigação. Em proposição construtiva complementar, em Husserl (2010), também é verificável a relevância da subjetividade observada no agir, através da atividade, a partir da compreensão do próprio conceito de consciência<sup>107</sup>. Neste viés, a compreensão da consciência valora a ideia de transcendência<sup>108</sup>, de exteriorização, através de um relacionamento com o mundo, de um ego<sup>109</sup> transcendental<sup>110</sup>, que é fundamento de todas as significações, como promoções de críticas às experiências primeiras. Em outros termos, não há como construir e precisar consciências sem entender o relacionamento entre pessoas e as intersubjetividades, gerando confrontações responsáveis pela inclinação à perspectiva do

---

<sup>107</sup> É preciso ainda dizer que em Husserl a consciência constitui atividade. A consciência intencional sai de si, ela é transcendente. A intencionalidade permite a corrente da consciência e a inclusão do objeto na própria consciência, na medida em que é próprio do ser dela a relação com o mundo, o estar fora de si porque todo objeto a chama e suscita. A consciência aparece assim como atividade, como espontaneidade, como domínio sobre o objeto. A consciência, portanto, se faz pessoal e ativa e mesmo os fenômenos psíquicos são postos pelo próprio eu, o que permite certa transcendência mesmo na imanência. (TOMÉ, 2010, p.18)

<sup>108</sup> Transcendente seria tudo aquilo que “ultrapassa” a subjetividade, tudo aquilo que é “exterior ao sujeito”. (GALEFFI, 2000, p.22)

<sup>109</sup> Pela redução o ego tem-se como responsável pelo sentido dos fenômenos, fonte das significações (OLIVEIRA, 2013, p. 140)

<sup>110</sup> Aquele que medita, retém apenas em si mesmo o ego puro das suas cogitationes, pois só ele existe depois de se ter colocado em suspensão a existência do mundo. Descartes, segundo Husserl, reinventa uma nova forma de fazer filosofia que sai dos trilhos do passado, indo de um objetivismo ingênuo para o subjetivismo transcendental. O caminho do ego transcendental é o modo a fundar as ciências de uma forma radical que Husserl percorrerá, afirmando que se deve, de qualquer modo, fazer uma crítica à experiência primeira que temos do mundo, o qual se apresenta como já apodíctico, de modo necessário e incondicional. (OLIVEIRA, 2012, p.137)

reconhecimento<sup>111</sup>. Neste mesmo sentido, há que se perceber que a identidade do eu se dá em um complexo relacional social, conforme Husserl, citado por Missaggia:

(...)como esse indivíduo “solitário”, capaz de indicar a existência do mundo exterior, passa a ser capaz de comunicar o conteúdo de suas apreensões do mundo externo? Esse problema, propriamente expressional, coloca duas dificuldades enormes para a fenomenologia: primeiro, como é possível um “Eu” afirmar a própria identidade diante de uma multiplicidade de conteúdos expressivos? Segundo, como a questão da constituição de uma unidade psicológica que podemos chamar de “Eu” é possível uma vez que admitimos que o conteúdo expressional do que é dito é resultado de uma complexa estrutura social (MISSAGGIA, 2016, p.9)

A consciência traz as já apontadas variáveis, em uma unidade. Esta unidade traduz a reunião de “em si”, de outras efetividades, outras convergências à natureza originária, que é o “o em si” e não o “para si”.

Para Hegel (2007) a consciência, portanto, só encontrará efetividade com a consciência de si, que também é para o outro. Portanto, a efetividade ocorre a partir do agir, transmitindo um resultado e um fim.

A efetividade é intimamente ligada ao agir, segundo Hegel (2007), o que converge ao em si, transmitindo uma natureza originária, bem como uma unidade e uma determinidade. Trata-se da unidade sobre um objeto que traz consigo sua determinidade. Em outros termos, a consciência aponta o seu em si, que se contrapõe a outros em sis, ante a negatividade e oposição.

A determinidade também assume feição interna<sup>112</sup>, no sentido de identificar diversidades em si mesmo.

Dentro da perspectiva do negativo, o conceito de mudança<sup>113</sup> também é importante, pois o processo negativo pode se dar interna e externamente, ou seja, o ser é estranho ao outro ser, como é o ser-outro.

---

<sup>111</sup> Em Husserl é possível identificar a confrontação de egos subjetivos, através de exteriorizações: A significação do mundo não é dada apenas por um ego subjetivo, mas por de uma pluralidade de egos, visto que o mundo é intencionado por vários egos, fazendo surgir uma relação intersubjetiva, pela qual a significação é dada por uma comunidade, é histórica. (OLIVEIRA, 2013, p.140)

<sup>112</sup> “Enquanto a mudança é a negação do negativo, que o algo tem em si, nasceu o ser-para-si. Ou a determinidade, enquanto diversidade interna, que o algo tem em si mesmo, é a relação do algo na sua distinção só consigo mesmo, ou é para si.” (HEGEL, 1989, p.20)

O agir busca o ser, pois a consciência determinará o comportamento que será exteriorizado, transmitindo como consequência a efetividade, porém ele pode ser contraposto<sup>114</sup> ao ser.

Ainda segundo Hegel (2007), em relação ao agir, nota-se o antagonismo entre o bem e o mal, em que na individualidade e determinação do bem o universal já está tendencialmente presente, devido à oposição entre eles. Assim, no agir haverá a preponderância do bem ou do mal. Todavia, na consciência, ao haver a predominância do bem, por exemplo, presente estará a negatória do mal.

O agir implica um meio e um fim, a partir da oposição<sup>115</sup> entre o querer e o implementar. Uma vez que na consciência há a presença de contradições, que vão além das oposições do ser (a coisa em si).

Na consciência se busca a individualização, que se refere a si, dos elementos. Neste sentido, na consciência é devido buscar a certeza e a verdade. Todavia, para se atingir a consciência de si será necessária à contraposição ao outro<sup>116</sup>; isto é, pode-se dizer que uma pessoa é, exatamente por não ser outra pessoa.

A individualização, ou seja, a consciência de si, só se obtém em razão do contrapor, por meio do negativo. Em busca da individualidade, que é livre e igual a si mesma, torna-se

<sup>113</sup> “A natureza, ou o ser determinado externo, pertence tanto ao algo quanto lhe é estranha, ou é o seu ser-outro, por conseguinte, é o seu não-ser. É deste modo a desigualdade consigo mesmo, mediante a qual se estabelece a mudança.” (HEGEL, 1989, p.20)

<sup>114</sup> Imagine-se que uma pessoa formule uma obra, uma realidade individual acerca da ética. Assim, pense-se que esta ideia interna formulada sobre ética seja Y. Nesta hipótese, especule-se que a norma preceitue que para ser ético é necessário o comportamento no sentido Z, paradoxal a ideia Y. Nesse exemplo, o agir está em contradição ao ser. Mas, a limitação do ser pode não limitar o agir e, assim, pode haver convergência entre o ser e o agir, a depender. Agir traz a necessidade da negatividade, a oposição, o que constrói a ideia de movimento, que é a mesma noção de movimento em relação ao conceito.

<sup>115</sup> Aliás, a substância viva é o ser, que na verdade é sujeito, ou - o que significa o mesmo - que é na verdade efetivo, mas só à medida que é o movimento do pôr-se-a-si-mesmo, ou a mediação consigo mesmo do tornarse-outro. Como sujeito, é a negatividade pura e simples, e justamente por isso é o fracionamento do simples ou a duplicação oponente, que é de novo a negação dessa diversidade indiferente e de seu oposto. Só essa igualdade reinstaurando-se, ou só a reflexão em si mesmo no seu ser-Outro, é que são o verdadeiro; e não uma unidade originária enquanto tal, ou uma unidade imediata enquanto tal. O verdadeiro é o vir-a-ser de si mesmo, o círculo que pressupõe seu fim como sua meta, que o tem como princípio, e que só é efetivo mediante sua atualização e seu fim. (HEGEL, 2008, § 18)

<sup>116</sup> A necessidade da contradição então exige que o que é dado com o segundo, i.e. com o Negativo, seja imediatamente negado – o contraditório não pode existir ou não pode ser verdadeiro. Mas agora com a negação no pensamento puro, como acabamos de explicar, o negado não é simplesmente excluído do espaço do lógico. A conclusão não é: “o contraditório não pode existir, então nunca existiu e temos de começar tudo de novo, num lugar inteiramente diferente.” A negação exigida pela contradição é efetuada no que é dado como negação determinada. Isto é, o próprio contraditório agora será negado de modo determinado, quer dizer, ele vai ser negado de maneira, que ele mesmo permaneça conservado no seu negativo (ibid.). (UTZ, 2005, p.177)

importante refletir sobre a efetividade, que está intimamente associada ao agir e transmite uma inclinação à natureza originária. No entanto, os atos exteriorizados, que traduzem o agir, perseguem a individualidade e podem transmitir o que está presente na consciência.

A essência e o fim em si e para si mesmo significam a certeza da própria realidade imediata. A essência, portanto, é a inclinação à realidade imediata, que não se confunde com a certeza sensível, que é dada pelos sentidos, como a primeira noção demonstrada assim que um dos sentidos é utilizado.

A essência valerá em si e para si, e daí se extrai o absoluto. Assim: “a essência e o seu ser determinado são assim a mesma coisa.” (HEGEL, 1989, p.25)

Para a promoção da unidade é necessário fazer uma união entre elementos típicos, comparáveis entre si. Exemplificadamente, confrontar a autonomia privada aplicável ao Direito Civil com o princípio da autonomia aplicável ao Direito Empresarial. Dessa forma, a partir das confrontações entre institutos diferentes haverá a unidade hegeliana.

A categoria em Hegel (2007) é gênero; isto é, uma união analítica entre elementos que têm convergências. Exemplificadamente, a obrigatoriedade<sup>117</sup> é posicionada na categoria dos princípios, razão pela qual é possível compará-la com outros tantos princípios, como a função social da propriedade.

Na consciência se tem a verdade, que é ligada ao fim, contraposta a outros em si. Dessa forma, para se atingir a verdade, é necessário individualizar elementos entre categorias, a partir do negativo.

Por meio do negativo, tem-se a unidade, que traduz um conteúdo. Dessa forma, quando se tem um conteúdo individualizado, a consciência em si e para si, surge a determinação.

Segundo Hegel (2007), em relação à materialidade, primeiramente há a certeza sensível, a partir dos sentidos. Por conseguinte, por meio do agir, tem-se a condução à efetividade e à natureza originária, que é o em si, o essente.

---

<sup>117</sup> Modernamente, a obrigatoriedade contratual encontra seus fundamentos na teoria Preceptiva, segundo o qual as obrigações oriundas dos contratos obrigam não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais. (FIÚZA, 2010, p. 35)

Importante é o elemento denominado “obra”, que significa a realidade que a consciência apresenta, que pode ser verdadeira, se preocupada com a oposição. E, a partir da qual, extrai-se o conceito, que é a ideia formulada e individualizada de um objeto mutável.

Obra, portanto, tem uma conotação interna e é realidade mostrada pela própria consciência. Apesar de ela promover a negatória, é contraposta ao universal, pois ele vai além da própria realidade individual promovida pela consciência, vai além da obra. O universal transmite a preocupação com vários em si, a razão em si e para o outro, a união de consciências em si.

O universal se preocupa com o agir, o que converge à certeza, na medida em que se trata de um em si contra outro em si. Por isso, a união de distintas obras poderá nortear o universal.

Cada membro do universal deve ser levado em conta, sob pena de não ser universal. Nessa feita, na eticidade do singular<sup>118</sup> não há nenhum ser que possa ser excluído, em razão da individualidade, universalidade e absolutismo. Neste horizonte de particularidades<sup>119</sup>, é possível identificar carências, necessidades, etc.

A partir da constatação da fenomenologia projetada para o reconhecimento, é possível a sensibilização e percepção de uma fragilidade. Por isso, é importante a atuação por parte dos mais distintos aparatos estatais, a fim de mitigar ou atenuar a identificada fragilidade.

---

<sup>118</sup> Esta eticidade enquanto espírito vivo, que aparece como um Briareu com miríades de olhos, braços e outros membros, dos quais cada um é um indivíduo absoluto, é um absolutamente universal e, em relação ao indivíduo, cada parte desta universalidade, cada membro que lhe pertence, surge como um objeto, como um fim. Cada membro é um ideal para o indivíduo enquanto tal ou como entra na sua consciência; mas entra na sua consciência» nada mais significa do que «é posto como indivíduo». Mas é também outra coisa, porquanto o indivíduo subsume em si a eticidade absoluta e esta aparece nele como sua individualidade. (HEGEL, 1991, p.66)

<sup>119</sup> Em sentido complementar: Em Hegel, a sociedade civil apresenta os homens particularizados em suas inter-relações, os quais mostram suas carências materiais, suas necessidades básicas, supridas pelo trabalho. Na sociedade civil, há a organização das corporações e da administração, em defesa dos interesses particulares, enquanto constituem interesse comum. Todavia, a competitividade dos indivíduos particulares pode ser um elemento destrutivo da teia social, havendo, então, a necessidade de restrição da liberdade individual – daí o surgimento do Estado, que impõe uma ordem não particular, ou seja, regras universais de conduta. (GUIRALDELLI JÚNIOR, 2011, p.105)

Será a busca pela individualização, a partir do reconhecimento do outro, que permeará a razão hegeliana consagrada na fenomenologia do espírito<sup>120</sup>, mais especialmente o que permeará a consciência.

Precisar a consciência é constatar o negativo, o reconhecimento do outro. Em suma<sup>121</sup>, a negação defende que algo só é algo por não ser outro algo. Por isto, a perspectiva da dialética hegeliana estabelece a necessidade de individualizações entres as duas esferas comparadas. Neste processo dialético, fruto do pensar<sup>122</sup>, há etapas epistemológicas, guiadas

---

<sup>120</sup> O espírito se desdobra em subjetivo e objetivo, conforme construído em outro momento na presente tese, que unificados formam o espírito absoluto. Assim, é a totalidade do mundo infinito. O espírito subjetivo se dá na forma da relação a si mesmo, por outro lado, o objetivo trata do mundo produzido e a produzir. Nesse viés, o desenvolvimento do espírito se dá a partir do movimentar em si e para si do espírito. Segundo Hegel (1995[c], p. 29, 1970[c], p. 32), o espírito em seu desenvolvimento (Entwicklung): I – É espírito subjetivo, na forma da relação a si mesmo – é-lhe dentro dele a totalidade ideal da ideia, isto é, o que seu conceito é, será para ele e este lhe é seu ser consigo, isso é, ser livre. II – É espírito objetivo, na forma da realidade enquanto um mundo produzido e a produzir a partir dele, no qual a liberdade é como necessidade presente. III – É o espírito absoluto no em-si e para-si existente e eterno produzir-se da unidade da objetividade do espírito e sua idealidade ou seu conceito, o espírito em sua absoluta verdade. Segundo Hegel (1995[c], p. 29, 1970[c], p. 32), o espírito em seu desenvolvimento (Entwicklung): I – É espírito subjetivo, na forma da relação a si mesmo – é-lhe dentro dele a totalidade ideal da ideia, isto é, o que seu conceito é, será para ele e este lhe é seu ser consigo, isso é, ser livre. II – É espírito objetivo, na forma da realidade enquanto um mundo produzido e a produzir a partir dele, no qual a liberdade é como necessidade presente. III – É o espírito absoluto no em-si e para-si existente e eterno produzir-se da unidade da objetividade do espírito e sua idealidade ou seu conceito, o espírito em sua absoluta verdade. O desenvolvimento do espírito é o processo de sua autoformação, ou seja, é o movimentar-se em-si e para-si do espírito. O espírito, em seu plano absoluto, é a unidade entre o espírito subjetivo e o espírito objetivo. Em outras palavras, o processo de desenvolvimento do espírito absoluto se dá levando consigo a unidade espírito subjetivo/espírito objetivo. Por ser o absoluto, o espírito é a totalidade do mundo no tempo infinito. Todavia, é constituído de momen-tos finitos, isso é, sua dimensão subjetiva e sua dimensão objetiva transformam-se – aparecem e fenecem – ao longo do infinito movimento do espírito absoluto em desenvolver-se a si mesmo. (SILVA, 2013, p.14)

<sup>121</sup> É verdade que a negação assimétrica pode ser retraçada na direção da relação negativa, que é simétrica: A não é B, exatamente como B não é A. Mas nessa mera relação negativa a determinação se perde. Se A ou B não são, de qualquer modo, substanciosas além da relação mútua, i. é, originariamente, não relativamente e com isso imediatamente substanciosas com vistas à relação, então só resta deles a própria relação relativa, pois nem é possível dizer o que sejam A ou B que estão nessa relação. Assim só resta a mera, abstrata relação negativa. Admitimos que ela é em si uma determinação, mas só uma determinação singular, improdutiva, não podendo ser assim o princípio de toda determinação. A negação originária, a negação determinada e determinante precisa ser assimétrica. Essa assimetria enseja a necessidade do imediato como imediato positivo – e não apenas como conceito negativo da mediação e negação. Mas se a imediatidade e o caráter inicial não são apenas uma exigência transcendental, que deve ser vinculada às nossas possibilidades subjetivas de conhecer e pensar, mas uma exigência da lógica da determinação, que afeta tudo, apenas por ser determinado, podemos compreender como a deficiência dessa imediatidade se localiza na própria coisa e não é apenas uma deficiência em relação ao nosso pensar. (UTZ, 2005, p.172)

<sup>122</sup> Isso funciona num processo dialético de negar, de acrescentar negações e com isso determinações ao seu pensamento inicial. É isso que vamos explicar a seguir. Mas é bom esclarecer já agora do que vai tratar-se, qual será a base ou o meio do método dialético: é o pensar, o pensar puro, nada senão o pensar. A dialética determina isso, que o pensar no seu ato realiza. O pensar pensa certas determinações e estruturas de determinações. Por isso essas determinações do pensar, enquanto já conhecidas historicamente, têm Cf. 21/35-37 (note-se a importância do método para superar esse tipo de lógica.) Este processo de fato tem também o aspecto de “descobrir”; mas não de descobrir alguma coisa dada, fora do pensar puro e antes dele – nem no sentido de determinações transcendentais do seu próprio ato. Trata-se exclusivamente de um descobrir algo no seu próprio ato atual, que ainda não estava pensado explicitamente. Assim e.g. o pensar “descobre”, que no ato de pensar “ser”, i.é., no ato de pensar nenhuma determinação, ele na verdade já pensa um pensamento determinado, um conceito bem

pela ideia de observância de categorias isoladas e abstrativas, que, por conseguinte, não de encontrar outras categorias, a serem cotejadas e contraditadas, com marcas de infinitude, posto que as categorias abstrativas não se manterão no *status* de isoladas no curso do processo dialético:

Precisamos ter em mente aqui uma peculiaridade da dialética hegeliana: há três momentos no desenvolvimento lógico ou no processo de autotematização do pensamento. O pensamento tenta captar a si mesmo em categorias isoladas (modo abstrativo do entendimento), mas sendo as categorias semanticamente dependentes de outras categorias, tentar captá-las isoladamente resulta em contradição (lado negativo da razão) e só a sua compreensão complementar é verdadeira (lado positivo da razão). Na rodada formal das modalidades não temos apenas a forma extrema de domínio da necessidade, mas a tentativa de captá-la como pura necessidade, necessidade sem contingência, e o que ocorre de fato é a reversão desta forma extrema de necessidade em uma forma extrema de contingência. Verdade, todo pensamento ou todo existente efetivo precisa ser idêntico a si mesmo, mas qualquer pensamento e qualquer existente cumpre esta exigência. Olhados por uma perspectiva, os pensamentos e existentes efetivos são apenas a iteração da mesma forma lógica da identidade (todos são idênticos a si mesmos), e tem sua necessidade própria (embora, dirá Hegel, meramente formal); olhados por outra perspectiva, estes potencialmente infinitos pensamentos e existentes que cumprem a demanda por autoidentidade são a manifestação da mais extrema contingência. (LUFT, 2017, p.133-134)

A ideia de individualização é importante para o entendimento da absolutez, que transmite movimento, isto é, o sujeito, composto por transições, deve compreender a si mesmo:

A absolutez consiste somente na capacidade de se refletir a si mesmo, de reconhecer cada passagem como “posição”(Gesetzsein), de viver cada transição não como uma dissipação, mas como um aprofundamento, cada *Aufhebung* como uma *Erhebung*, cada contradição como a base do ulterior movimento e não como um fracasso (BELLAN, p.42, 2009)

Este exercício de precisão da consciência é essencial para promover conceituações, inclusive jurídicas:

Para a consciência-de-si, portanto, o ser-Outro é como um ser, ou como momento diferente; mas para ela é também a unidade de si mesma com essa diferença, como segundo momento diferente. Com aquele primeiro momento, a consciência-de-si é como consciência e para ela é mantida toda a extensão do mundo sensível; mas ao mesmo tempo, só como referida ao segundo momento (HEGEL, p. 136, 2003)

---

definido: o conceito inequivocamente definido pela indeterminidade, pela ausência de qualquer conteúdo determinado. A própria indeterminidade é uma determinação. Isso será esclarecido mais adiante. Só quero deixar claro que, com o “refletir o que já está dado”, não entra nada de fora ou anteriormente dado no pensar puro, mas esse refletir se refere – e só pode referir-se – ao próprio pensar puro e ao que está dado com ele (...) (UTZ, 2005, p.169-170)

O idealismo hegeliano se dá conforme reflexões sobre o espírito, que é “ser de liberdade (...)” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p. 403). Neste idealismo, há que se distinguir o espírito objetivo do subjetivo, sendo certo que este consiste na alma, consciência e razão. Por outro lado, aquele diz respeito ao “direito, moralidade, costume.” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.403). Em uma correlação entre os espíritos, só haverá a manifestação do espírito absoluto se houver a constante evolução do espírito subjetivo:

A “filosofia do espírito” de Hegel aponta três fases no desenvolvimento da compreensão da história do mundo ou do caminho do Espírito, que é a própria evolução do Espírito: a do espírito subjetivo (fase inferior, que compreende a antropologia, a fenomenologia do espírito e a psicologia); a do espírito objetivo, que é o movimento da cultura (fase intermediária, que compreende o direito, a moralidade e a moralidade social); e a do espírito absoluto (fase superior, que abarca a arte, a religião revelada e a filosofia – o momento em que o Espírito faz sua tomada última de consciência). É no âmbito do espírito objetivo e, mais especificamente, no da moralidade social, que encontramos a tríade “família”, “sociedade civil” e “Estado”, sendo este o momento superior do espírito objetivo. (GHIRALDELLI JÚNIOR, 2011, p.105)

Assim, necessário se faz compreender que: “a manifestação do espírito como plenamente consciente de si e conhecedor de si.” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.403). Em outro plano, o Espírito Absoluto é “arte, religião, filosofia.” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.403)

Nestes moldes, o espírito se torna “um ser para si (autonomia humana) à medida que se liberta e se distingue do ser em si (natureza)” (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.403)

Acredita-se que o estudo a ser desenvolvido exigirá a insaciável perseguição aos fenômenos genéticos e essenciais da funcionalização, o que também provocará a flagrante busca por estudos transdisciplinares, sob pena de afastamento da pretensa capacidade reconstrutiva da solidariedade.

Trata-se de uma força sobre a qual o homem precisa se inclinar ao reconhecimento do outro. Esta visão altruísta merece ser maduramente construída a partir de uma visão de alteridade presente no negativo hegeliano. Em tom convergente, em Husserl, a alteridade compreende a percepção do outro, a partir de um discurso de unidade, voltado para mim e para o outro: “Husserl sustenta, primeiramente, que assim como apreendo o outro e a mim mesmo como uma unidade de corpo e espírito (Geist), também tomo o outro como uma subjetividade que me apreende do mesmo modo que eu a ela” (MISSAGGIA, 2016, p.40). Em tom complementar, o espírito: “é o universal, o ilimitado, a própria forma infinita mais íntima; acaba com tudo o que é restrito.” (HEGEL, 1995, p. 172)

A alteridade e o negativo são uníssonos e dizem respeito à oposição, de forma determinada pela autoconsciência, na qual a busca pela superação é o impulso. Em outros termos, a identidade do eu se contradiz a identidade do outro e esta contradição é a alteridade, que pode ser exteriorizada com ou sem impulso:

O sentimento da própria alteridade contradiz a sua identidade consigo mesma. A necessidade sentida de superar tal oposição é o impulso. A negação ou a alteridade expõe-se-lhe enquanto consciência, como uma coisa externa, dela diversa, mas que é determinada pela autoconsciência.” (HEGEL, p.149, 1989)

A fenomenologia hegeliana conduz para a concepção de que os elementos devem ser precisados sob a égide do negativo, para fins de conceituação, bem como materialização normativa, reflexamente.

Hegel, segundo Marçal (2011)<sup>123</sup>, em apreço à perspectiva existencialista defende que a realidade é ligada ao espírito, sendo certo que a natureza consiste numa etapa do desenvolvimento dele. Portanto, reflete sobre o desenvolvimento da autoconsciência, por meio de análises históricas e dialéticas, num tom de totalidade orgânica. Por isso, os conflitos teóricos são dirimidos através de contradições e percepções negativas, reconciliando-se os opostos. Neste processo, haverá a autocompreensão da realidade social.

A função social da propriedade deve ser minuciosamente precisada e refletida, a partir de um olhar para o outro e de proposições que envolvam o pleno reconhecimento.

O reconhecimento do outro implica negar-se em alguma medida, tendo em vista o caminho interpretativo que se trilhou. Aliás, a compreensão da ideia de viver em sociedade traduz a impossibilidade de exercício de direitos ilimitados e de individualismos plenos.

O reconhecimento é a construção de um viés existencialista, capaz de abrandar as proposições patrimonialistas clássicas e tradicionais. A partir desta premissa, a defesa do existencialismo revela um ser interligado com outro ser, de forma exterior, frustrando perspectivas egoísticas, até mesmo o estar diz respeito ao ser-com o mundo. Senão vejamos, a partir de Galvani *apud* Heidegger:

---

<sup>123</sup> Diversamente da filosofia transcendental, Hegel reconstruiu o desenvolvimento da autoconsciência através de descrições e análises simultaneamente históricas e dialéticas da constituição da razão como totalidade orgânica. Conflitos teóricos e práticos se resolvem através da explicitação lógica de implicações e contradições e culminam na reconciliação de opostos: a autoafirmação se faz pelo reconhecimento dos opostos e as contradições são etapas de constituição, evolução e autocompreensão da realidade social e individual. Este processo foi pensado por Hegel como articulando normativamente, na medida em que, em razão da racionalidade e reciprocidade das ações inter-humanas, práticas, regras e instituições se constituem, se explicitam e se fundamentam, tanto entre os indivíduos como entre estes e o Estado. (MARÇAL, 2011, p. 212).

O ser-com [estar-com, coexistir] determina existencialmente o Dasein, mesmo quando um outro não é, de fato, dado ou percebido. Mesmo o estar só do Dasein é ser-com no mundo. Somente num ser-com e para um sercom é que o outro pode faltar. O estar-só é um modo deficiente de ser-com, e sua possibilidade é a prova disso. Por outro lado, o fato de se estar só não se elimina pelo fato de que um segundo exemplar de homem, ou ainda dez deles, estejam presentes “junto” a mim. O ser-com e a faticidade da convivência não se funda, por conseguinte, em um encontrar-se junto a vários “sujeitos”. Também o estar só “entre” muitos tampouco quer dizer, por sua parte, em relação com o ser desses muitos, que então eles somente estão-aí. Nesse estar “entre eles” eles co-existem; sua coexistência aparece no modo da indiferença e da estranheza. Faltar e “estar ausente” são modos da coexistência, e somente são possíveis porque o Dasein, em quanto é-com, permite que o Dasein dos outros compareça em seu mundo. Ser-com é uma determinação do próprio Dasein (...) (GALVANI *apud* HEIDEGGER, 2013, p. 24)

A compreensão da fenomenologia em Heidegger há de transitar a ideia do negativo, que instaura constantes processos existenciais de relacionamento no mundo exterior, cuja origem está atrelada a “nadificação do nada”

Convém que se compreenda o decisivo a partir destas duas afirmações: que a negação é um modo de comportamento que proporciona ao ser-aí um impacto que, por sua vez é desencadeado pela nadificação do nada e que a negação é sobretudo, um procedimento oriundo de tal comportamento nadificador (*nichtendes Verhalten*). O modo de comportamento nadificador como negação e a negação em si como exercício do entendimento, são completamente distinguíveis segundo o intérprete (ONATE, 2018, p.52)

A função social não é outra coisa senão a defesa do existencialismo<sup>124</sup>, das bases humanas e do reconhecimento do outro, na proporção em que a propriedade privada ofensiva ao outro é fator desestruturante deste bem.

Neste mesmo “mergulho” existencialista, emerge a preocupação da justiça cristã, a partir da fé, que é capaz de convergir a pessoa aos preceitos cristãos. Trata-se da preponderância da visão cristã, centrada em Jesus Cristo, em detrimento de inclinações carnis. Dessa forma, esta construção é defensora de valores como humildade, redenção e conversões. Trata-se de um negativo hierarquizado, marcado pelo reconhecimento da soberania de Deus. Neste vetor:

O Cristo reclama o que é mais caro à pessoa, ou seja, o desprendimento de si mesmo, ou mesmo de sua própria honra pessoal, oferecendo-se ao ofensor a outra face, quando a ofensa atingir uma delas, o que quer dizer renúncia de si, pois toda

---

<sup>124</sup> Em Heidegger, há a busca pela compreensão fenomenológica, a partir do ser-aí, traduzido como a problematização e questionamento do ser, que se relaciona com o mundo, dotado de complexidades. Neste estudo, o existencialismo se dá pela compreensão da finitude existencial e a razão da existência do ser. Trata-se, portanto, de uma perseguição ontológica do ser, caracterizando forte estudo existencialista. De forma literal: “Como um ente deste ser, a presença (ser-aí, o Dasein) se entrega à responsabilidade de assumir seu próprio ser” (HEIDEGGER, 2007, p. 85) Assim, o mundo é o ambiente no qual o ser se apresenta.

injustiça não será solvida na revolta, na reação, na vingança, na devolução do mal, mas sim no perdão, no esquecimento das faltas alheias, na humildade, e, sobretudo, no julgamento de Deus sobre o ofensor. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.238)

A funcionalização não se presta ao sublime “desprendimento de si mesmo”. O fato é que a fenomenologia, atrelada ao instituto em tela, implica o reconhecimento do outro, de modo relativo e individual, bem como público. Nesta percepção sensível, projetada para o plano terreno, diverso da divindade<sup>125</sup>, há aparente negação do homem, sem gerar desprendimento de si mesmo. O negativo aqui presente, fenomenologicamente, dá-se no campo externo, sensível e social.

Não obstante, o cristianismo também aplica o negativo em relacionamentos entre pares imperfeitos<sup>126</sup>, este intersubjetivismo também é o orientado pelos preceitos cristãos. Nessa visão, a negação entre pares se dá por conta da inclinação à Cristo, diversamente de uma curvatura à homens. Em outras palavras, o reconhecimento do outro, inclusive no aprendizado, dá-se por conta das visões cristológicas. Por isso, o cristianismo, que consiste na centralização e convergência à Jesus Cristo, o próprio Deus, anuncia a verdade, como forma de ensinar a própria autonegação, com renúncias corpóreas, dando a outra face<sup>127</sup>. Assim, se no Cristianismo é possível trabalhar o negativo, há que se compreender que nesta vertente há a busca pelo combate do egoísmo e maldade, típico do homem, buscando-se a semelhança à Cristo. Segundo Bittar e Almeida:

Negá-lo é negar todo o princípio sobre o qual se estrutura o pensamento cristão. Mais que isso, é negar toda prática cristã (altruísmo). E isso, pois, se a interiorização, interiorização que espiritualiza o fiel em Deus, é importante para o cristão, mais importante ainda é o esforço em direção ao próximo, ou seja, a exteriorização de atitudes cristãs que vem acompanhada da intenção do bem-fazer. A atenção pelo outro, e, portanto, pela exteriorização da conduta, tem que ser ressaltada, e isso à medida que é considerada fator de crescimento da alma no exercício da virtude. E tal virtude recolhe no meio ambiente e nas experiências os exemplos e modos positivos e negativos de ser, de se conduzir, de praticar ações, de agir em meio a outros... e deve extrair dessa prática de vida o seguinte ensinamento: aprender com os outros (...) (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.238)

Ainda em tom existencialista, Rodrigo da Cunha Pereira atrela a alteridade à dignidade da pessoa humana, e, assim, contribui para a compreensão do processo de humanização.

<sup>125</sup> O homem é frágil perante Deus, e, mesmo assim, julga, atenta contra o outro, discrimina, exerce a maledicência... E isso está em flagrante contradição, pois o que menos sabe (homem) julga severa e erroneamente, enquanto aquele que mais sabe (Deus) julga com justiça, mas com perdão; a justiça divina tem tal peculiaridade: trata-se de uma justiça infalível (...) (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.238)

<sup>126</sup> Num mundo onde todos são imperfeitos, quem será juiz das ações de quem? Quem poderá ser severo na avaliação do comportamento de outrem se não é severo o bastante para com o próprio comportamento, para com as próprias atitudes? A calma, a benevolência, a paciência não inspiram comportamentos de tolerância, em vez de comportamentos de rejeição, discriminação, insulto, julgamento? (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.238)

<sup>127</sup> “Eu, porém, vos digo que não resistais ao mau; mas, se qualquer te bater na face direita, oferece-lhe também a outra” (Mateus 5:39)

Literalmente, o autor diz: “um princípio ético que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado, é um macroprincípio sob o qual irradiam outros princípios e valores essenciais como a liberdade, a autonomia privada, cidadania, igualdade, alteridade e solidariedade.” (PEREIRA, 2006, p.94)

Em complementação ao pensamento exposto, o reconhecimento tem conotação internacional. Neste sentido está a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua a defesa da dignidade da pessoa humana, além de valorar o reconhecimento e a solidariedade. (HRYNIEWICZ; SAUWEN, 2008).

Lima (2003), invocando o pensamento de Diniz, sobre o reconhecimento, em interface com a solidariedade negativa, analisa que: “o princípio do solidarismo representa o reconhecimento da função social da propriedade e dos negócios jurídicos, a fim de conciliar as exigências da coletividade com as exigências do particular.” (LIMA, 2003, p. 255)

A função social é o todo, é a valoração da sociedade, de seus componentes, a sua não violação. Como destinatários deste todo há as partes, que se diferenciam dele. Assim, o descumprimento da função social significa atingir o todo e, por reflexo, as partes.

Este princípio há de ser compreendido fenomenologicamente, posto ser fruto de exteriorizações comportamentais perante uma esfera coletiva. Dessa forma, as condutas humanas serão chocadas e deverão ser confrontadas, em busca da alteridade.

Some-se que a função social pode ser enxergada sob o prisma individual ou público, segundo Gonçalves (2020). De certo modo, não obstante o pertencimento a dimensões<sup>128</sup> diversas, a função social individual, por mais que a expressão denote um paradoxo, valoriza o negativo, na medida em que os sujeitos contratantes precisam do reconhecimento recíproco, evitando-se injustiças, desequilíbrios e abismos contratuais. Em similar teor, a função social pública, parte da necessidade de reconhecimento e não vilipêndio à coletividade.

A função social é a unidade, composta por seres. Por isso, o descumprimento dela, sob o ponto-de-vista fenomenológico, é exteriorizado pela violação da parte. Trata-se de uma visão atrelada ao bem comum, num senso profundo de coletividade.

Axiologizar a função social, tratando-a como o todo e os seres como partes, conforme exposto no trabalho, conduz-nos à ideia de que a função social comporta em seu núcleo a dignidade da pessoa humana e, reflexamente, a humanização. É perceptível, portanto, que a

---

<sup>128</sup> É possível afirmar que o atendimento à função social pode ser focado sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses próprios, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato. Nessa medida, a função social do contrato somente estará cumprida quando a sua finalidade – distribuição de riquezas – for atingida de forma justa, ou seja, quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social. (GONÇALVES, 2020, p.28)

fenomenologia, ao projetar o reconhecimento do outro, numa perspectiva horizontal, é convergente aos vieses da humanização e solidariedade.

Em certa medida, a concreção fenomenológica voltada para o negativo, legitima a obtenção e o exercício de direitos, inclusive patrimoniais. Porém, este exercício não deve ser visto sob a égide egoística e individual. Em outros termos, o exercício de direitos patrimoniais deve se dar a partir da observância do outro.

Portanto, os estudos axiológicos realizados nesta tese acolhem o existencialismo e contribuem para um olhar humanista, similarmente ao discurso da função social.

### 7.1 Brevidades sobre outras reflexões

Husserl se dedicou aos estudos fenomenológicos<sup>129</sup>, impulsionado por fatores históricos, entre os quais o contexto social e econômico da Alemanha, sobretudo em virtude da I Guerra Mundial, que colocou em xeque visões otimistas, valorando-se a filosofia, a partir de problematizações e busca por respostas em relação aos mais distintos ambientes do saber, inclusive questionando visões positivistas.

Este item da tese não se presta a aprofundar quaisquer pensamentos fenomenológicos, porém, busca contribuições para a compreensão da fenomenologia, sob a égide negativa e humanista. Por isso, em caráter propedêutico, Husserl, entende que a fenomenologia é responsável por valorar o subjetivismo<sup>130</sup>, ao invés de defesas de teses positivistas, comumente vistas como fortemente sólidas.

Ademais, como exposto no item anterior, a consciência deve ser interpretada de forma transcendente, isto é, a compreensão da consciência se dá por meio da atividade (construindo a subjetividade empírica, através de experiências, vivências<sup>131</sup> e de confrontações<sup>132</sup> entre o eu

---

<sup>129</sup> O contexto histórico que fomentou o pensamento de Husserl se caracteriza por dois acontecimentos, quais sejam, a situação política e econômica da Alemanha e a guerra de 1914. E, por outro, um acontecimento sócio-cultural, isto é, a fé incondicional no cientificismo e na psicologia, cuja pretensão era constituir o fundamento teórico de todas as ciências, colocando em questão o valor da filosofia. (TOMÉ, 2010, p.14)

<sup>130</sup> Para Husserl, a intencionalidade não consiste numa característica meramente psicológica do eu, mas outrossim, ela é ontologicamente constitutiva da subjetividade, porque o próprio ser da consciência. Lévinas observa que a originalidade de Husserl foi ter percebido que a relação com o objeto não é alguma coisa que se intercala entre a consciência e o objeto, mas que a relação com o objeto é a própria consciência. (TOMÉ, 2010, p.18)

<sup>131</sup> Como afirma Husserl, no estágio inicial da consideração sobre o conhecimento, o estágio da ingenuidade, tudo se passa em uma captação direta das coisas e dos nexos. Aqui a evidência confunde-se com o simples ver, o olhar do espírito desprovido de essência, em todos os casos um só e o mesmo e em si indiferenciado: o ver divisa simplesmente as coisas; as coisas simplesmente existem e, no intuir verdadeiramente evidente, existem na consciência, e o ver centra-se simplesmente nelas. No caso, tratar-se-ia de uma captação direta, em que o pegar

puro e o transcendental<sup>133</sup>) e da exteriorização, tendo em vista o relacionamento entre pessoas, dentro de um contexto de sociedade, sendo certo também que a intencionalidade é o que funda a consciência.

A fenomenologia de Husserl é de essência. Nela há que se identificar os processos redutivos, sendo certo que o primeiro deles se refere às realidades fáticas e o outro é de cunho essencial. Em verdade, estas vias são amparadas no exterior, de forma transcendente.

A fenomenologia husserliana não se instaura, em qualquer nível ou aspecto pontual, enquanto ciência de fatos (Tatsachenwissenschaft), mas só enquanto ciência de essências (Wesenswissenschaft). O trânsito necessário entre as duas dimensões científicas requer a efetuação de dois tipos básicos de processos redutivos: um eidético, que se encaminha das diversas generalidades fáticas ou empíricas às generalidades essenciais em sentido lato, mantendo-se ambas no âmbito mundano ou de realidade genérica; outro transcendental, que vai das generalidades essenciais em sentido lato às generalidades essenciais em sentido estrito, sendo estas completamente desvinculadas de qualquer âmbito mundano real. Concepção enfatizada por Husserl, mediante o registro em itálico: “...os fenômenos da fenomenologia transcendental caracterizar-se-ão como irrealis (irreal).” (Husserl, 1976, p. 6). O binômio real/ideal fato/essência e real (Real)/não-real (Nich-Reales), redundando numa profunda reformulação do conceito de realidade (Realität), da qual decorrerá uma decisiva diferenciação entre ser real e ser individual ou simplesmente temporal. Encadeamentos discriminatórios que conduzem o filósofo a asseverar de maneira peremptória “...que todas as 'vivências' transcendentalmente purificadas são irrealidades (Irrealitäten) postas fora de toda inclusão no 'mundo efetivo' ('wirkliche Welt').” (Husserl, 1976, p.7). Cumpridas tais reduções, acede-se à consciência transcendental ou pura, e pode-se descrever suas várias estruturas constitutivas e autoconstitutivas, bem como seus correlatos essenciais e seus métodos operacionais. Detecta-se já neste esboço programático de Ideias I a relevância dos conceitos de irrealidade (que o desenrolar do livro ligará ao de ficcionalidade) e de temporalidade. (ONATE, 2019, p.19)

Segundo Husserl, citado por Bittar e Almeida (2021), a construção da alteridade, decorre de sua etimologia, atrelada ao *alter-ego*, através da dependência do exterior. Assim, a autoconsciência decorre da coexistência e da copresença, motivo pelo qual a compreensão existencial depende de uma construção transcendente, a partir do reconhecimento, o que

---

ou apontar para algo significa uma ação sobre algo que já se encontra “aí”, já está evidentemente dado. Assim, toda diferença “está”, pois, nas próprias coisas, segundo suas diferentes ipseidades (identidades). (GALEFFI, 2000, p.22)

<sup>132</sup> Sujeito e objeto não são mera uma relação entre duas realidades independentes, mas dois polos significativos da intenção da consciência. Perceber é intencional, é tornar significativo. (OLIVEIRA, 2013, p. 140)

<sup>133</sup> O passo seguinte é colocar entre parênteses o mundo (fazer o que Husserl chama de *epoché*) como dado imediato e considerá-lo como puro pólo atrativo, objeto intencional da consciência. Colocar “entre parentes” não será só relativo ao mundo, mas também ao eu empírico, a subjetividade em relação às experiências. Suspender a tese de mundo empírico e da subjetividade empírica resulta num Eu puro um Eu transcendental pura função de conhecimento da espécie humana e num mundo que é puro foco intencional da consciência. Husserl chama essa dupla suspensão de redução eidética e de redução fenomenológica. (OLIVEIRA, 2013, p.140)

instaura múltiplas dependências<sup>134</sup>, como na segurança, cooperação e duração. Assim, o existencialismo decorre de relacionamentos em sociedade, fruto de interações, que se refletem no próprio Direito. A alteridade, portanto, é caracterizada pela projeção<sup>135</sup> do sujeito-para-si, marcando a individualidade, e do sujeito-para-o-outro.

Ainda num viés propedêutico, para fins de valoração da perspectiva altruísta, cabível é invocar o pensamento de Nogueira e Stigert (2016), inspirados em Lévinas, que valoram a necessidade no plano ético, mas, também dogmaticamente, de reconhecimento, de oitiva, de valoração do outro:

A ética é um sempre estar disposto àquele que vem. À escuta dele, disposto ao inimigo, disposto para ele, tendo-o já perdoado antes e depois e mesmo que ele não tenha pedido perdão. A hipérbole do perdão foi um chamado silencioso a Derrida (...) Por esta trilha ouvir os dizeres de Lévinas é entender que antes de “ser”, de falar, fazer e acontecer, o humano está para o outro. É ele, em sua dimensão de apelo constante, de um apelo em lágrimas, em folhas caídas, em ramos secos, que mostra a possibilidade de minha existência. Aqui, adubar uma árvore é a acolhida para a qual o humano me chama. Me obriga, e como dissemos, o local de possibilidade da própria experiência do existir (...) Derrida que a justiça é um impossível, imaginar por vezes em locais inóspitos de alteridade, também é tarefa complicada (NOGUEIRA; STIGERT, 2016, p.20-21)

Segundo Bittar e Almeida (2021), a fenomenologia, em horizontes democráticos, impulsiona o entendimento de que a alteridade é o reconhecimento e a identificaçãodiferenças<sup>136</sup>, por isso, a compreensão das diferenças do outro permite o

<sup>134</sup> A alteridade, então, aparece como alter-ego husserliano, em que o estar presente do outro é uma projeção de si na objetividade do exterior. A autoconsciência faculta o acesso do sujeito à copresença, à coexistência, à coparticipação, e isso quer dizer ao codever, ao copoder, ao codireito... Se esse indivíduo existe em condições iguais, deve existir aquele outro indivíduo. Daí, surgem necessi dades coexistenciais: (1) de segurança em face dos outros; (2) de cooperação com os outros; (3) de duração entre os outros. A sequência é o surgimento de institutos como propriedade, posse, seguridade, polícia..., bem como das regras de convivências, das normas, das leis (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.496)

<sup>135</sup> O que se pode dizer é que os instrumentos, os mecanismos, as fórmulas e as instituições jurídicas constituem projeções-de-si, projeções de um sujeito de si-para-consigo e projeções de um sujeito inserido em relações em que comunga espaços, prazeres, dores, esperanças, desafios... com a alteridade (direitos de grupos, comunidades, coletividades, categorias). O existencialismo é a um só tempo filosofia do sujeito-para-si (indivíduo) e do sujeito-para-o-outro (coletividade). Assim, um sujeito que, em seu existir, percebe-se em situação de consumo, porque consome e depende de consumir, torna-se a uma só vez credor (do pro duto, do serviço) e devedor (retribuição pelo produto ou serviço) de outro. A alteridade que se constrói em torno do consumo faz com que se identifiquem entre si diversos sujeitos numa mesma condição (de consumo), o que autoriza a construção do conceito abstrato do consumidor como sujeito-abstrato (qual quer sujeito) e categoria social (em oposição ao empresário). (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.497)

<sup>136</sup> Fica claro que a melhor forma de respeito à condição humana é a garantia do reconhecimento da diferença e da reserva de lugar para a existência, o reconhecimento e a prática do outro. Não existe alteridade sem diversidade (diversidade étnica, cultural, ideológica, estética...), e esta é uma conclusão que nos convida a praticar uma visão de mundo descentrada, único caminho para o trânsito intersubjetivo. A diluição do olhar autocentrado é um dos efeitos do processo de aproximação do justo, do belo e da diversidade. (BITTAR;ALMEIDA, 2021, p.812)

conhecimento de si. Neste contexto, a democracia consiste na admissibilidade de convivências<sup>137</sup> plurais.

O processo de reconhecimento do outro, portanto, pode se dar de distintas formas e condutas. O fato é que a fenomenologia é transcendência, enxergar o ambiente além de si mesmo, através de condutas sensíveis. De modo meramente exemplificativo, uma das formas de percepção da alteridade se pauta pela identificação das necessidades do outro:

O que esconde a face do elemento que está voltada para mim não é uma ‘qualquer coisa’, susceptível de se revelar, mas uma profundidade sempre nova da ausência, existência sem existente, impessoal por excelência. Esta maneira de existir sem se revelar, fora do ser e do mundo, deve chamar-se mítica (LÉVINAS, 1980, p. 126-127).

O descumprimento da função social é a promoção da agressão ao outro, num pensar coletivo, o que é, no horizonte fenomenológico, fator de violação da alteridade<sup>138</sup>. Assim, há que se verificar, em sede conclusiva, que a normativa brasileira é defensora da funcionalização, embora seja necessário promover releituras.

Habermas também é contributivo para o processo de compreensão do outro, conforme o qual: “identidade do Eu só se pode constituir através do exercício de papéis sociais, isto é, na complementariedade de expectativas de comportamento com base no reconhecimento recíproco” (HABERMAS, 1985, p.20).

De todo modo, a fenomenologia aqui perseguida, a partir dos elementos que se confrontam, busca alcançar a essência<sup>139</sup>, ou melhor, a fenomenologia é o método<sup>140</sup> ou o percurso da crítica do conhecimento universal das essências.

---

<sup>137</sup> O espírito democrático se identifica com o pluralismo de linguagens humanas, como o espírito livre está disposto a compreender a música da alteridade, a identidade do outro. Intenta-se produzir e justificar os fundamentos de uma democracia qualitativa, pluralista, tolerante e voltada para a realização dos ideais e valores contidos nos direitos humanos, em sua complementaridade intergeracional. (BITTAR;ALMEIDA, 2021, p.820)

<sup>138</sup> O conceito de alteridade, tal como emerge primeiro na Lógica do Ser e após na Lógica da Essência e do Conceito, deveria ser visto ou, ao menos, poderia ser proposto como figura de auto-diferenciação da subjetividade, que torna possível pensar esta última como uma subjetividade não mais centrada cartesianamente sobre si mesma, mas aberta ao outro e, por isso mesmo, descentrada. (BELLAN, 2009, p. 41)

<sup>139</sup> Portanto, a tarefa da Fenomenologia Transcendental é a de elucidar e rastrear gradualmente todos os possíveis dados da consciência, segundo as suas modalidades e possíveis modificações de comportamento. Trata-se da construção de uma ciência das essências, construção edificada “passo a passo”; uma ciência das essências capaz de “descrever” a estrutura dos fenômenos da consciência (GALEFFI, 2000, p.24)

<sup>140</sup> Desde o início, a pergunta pela fenomenologia guia os nossos passos, enfatizando a necessidade de um procedimento de rigor para a apresentação da questão. Um tal procedimento diz respeito à própria fenomenologia compreendida como método da crítica do conhecimento universal das essências, segundo Edmund Husserl (1859-1938), método que é a própria ciência da essência do conhecimento, ou doutrina universal das essências. (Husserl, 1990: 22) Segundo essa breve definição, a fenomenologia é um método, o que significa dizer que ela é o “caminho” da crítica do conhecimento universal das essências. Assim, para Husserl, a fenomenologia é o “caminho” (método) que tem por “meta” a constituição da ciência da essência do conhecimento ou doutrina universal das essências. (GALEFFI, 2010, p.14)

A visão fenomenológica defendida nesta tese, inclina-nos à perspectiva de que a materialização da alteridade consiste no genuíno reconhecimento.

Isso posto, as bases da função social previstas no ordenamento pátrio carregam consigo semblantes altruístas. Assim, em nome da alteridade e proporcionalidade, na perspectiva realista, é necessário promover interpretações marcadas pela proporcionalidade, que levem em consideração os valores e interesses envolvidos do proprietário e da sociedade, tendo como norte a função social da propriedade.

## 8. FUNÇÃO SOCIAL

### 8.1 História e precisão da função social da propriedade

A história e o desenvolvimento da função social terminam por se confundir com a história da propriedade privada. Nesse ponto, as histórias da propriedade privada e da função social da propriedade se entrelaçam em alguns momentos, apresentando sentidos paradoxais; isto é, na medida em que a propriedade privada perde a sua força quirritária, enquanto a função social ganha força.

Fachin (1988) esclarece que em períodos mais remotos da história, a propriedade privada significava a exacerbação do individualismo; além disso, era marcada pela inviolabilidade e pelo absolutismo. Nesse sentido, entende-se que nesse período não havia a intervenção estatal, uma vez que prosperava o caráter perpétuo e absoluto sobre a propriedade privada.

A precisão da gênese da função social da propriedade é controvertida<sup>141</sup>, segundo Gonçalves (2021). Porém, para a identificação da origem, emergem personagens como Augusto Comte e León Duguit.

O embrião da discussão, um tanto incipiente e inferencial, sobre função social pode também ser encontrado no Direito Grego, justamente na antiguidade, a partir da compreensão da coletividade. Ora, no período pré-socrático, a justiça era compreendida como aquela oriunda dos deuses, sacralizando uma cultura mitológica<sup>142</sup> politeísta, além de seletiva, na medida em que tão somente alguns da sociedade tinham acesso à justiça e à propriedade. Tratava-se de uma cultura egoística e aristocrata.

Por conseguinte, a guinada paradigmática do período Pré-Socrático para o Sofista, consiste no senso de justiça racional e persuasiva, que prevalecia sobre a divina, inserindo o

---

<sup>141</sup> O princípio da função social da propriedade tem controvertida origem. Teria sido, segundo alguns, formulado por Augusto Comte e postulado por León Duguit, no começo do aludido século. Em virtude da influência que a sua obra exerceu nos autores latinos, Duguit é considerado o precursor da ideia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário deve comportar-se e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como um funcionário. (GONÇALVES, 2021, p.89)

<sup>142</sup> Há, portanto, a partir da poesia de Homero, que se divisa o quanto a imagem da justiça não está associada às condições sócio-históricas do próprio povo grego. Há que se divisar, sobretudo, que a mitologia reflete a condição histórica do povo grego, e, nesta medida, entender que qualquer reflexão que queira entender o sentido de justiça dos gregos deve partir por compreender a diferenciação entre diké e thémis em sua significação mitológica, esta que é o traço da narrativa homérica (a condição humana como espelho dos desejos, discórdias, amores, incestos, joguetes e traições entre os deuses) (...) (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.101)

homem no centro do saber, segundo Bittar e Almeida (2021)<sup>143</sup>. O fato é que os sofistas defendiam que a justiça era construída pelos próprios homens, não obstante os seus vícios e paixões. Tal discurso experimentou sensível amadurecimento, a partir de Sócrates, responsável por defender o discurso da coletividade, do bem comum<sup>144</sup>; o que inclusive é perceptível na construção de sua poética defesa apresentada em seu julgamento. Em outros dizeres, a única possibilidade de se pensar a função social, se dá a partir da adequada compreensão da coletividade<sup>145</sup>. Aliás, de forma cristalina, a profunda contribuição de Sócrates se dá por conta de seu discurso de justiça, amparado em virtudes<sup>146</sup> e a promoção do bem, o que contribui para a compreensão de alteridade, no campo negativo.

Na construção do altruísmo Aristóteles<sup>147</sup> também é contributivo, entendendo a justiça conforme as virtudes e a amizade, dentro de um contexto social. Numa visão coletiva, a Lei é

---

<sup>143</sup> Eis aí o mérito da sofística, qual seja: principiar a fase na qual o homem é colocado no centro das atenções, com todas as suas ambiguidades e contraditórias posturas (psicológicas, morais, sociais, políticas, jurídicas...). Há quem não reconheça à sofística nenhuma importância filosófica, ou mesmo não lhe confira nenhuma expressividade no contexto em que veio à lume, visão esta que obscurece a realidade dos fatos. É esse o contexto de florescimento do movimento sofístico, muito mais ligado que está, portanto, à discussão de interesses comunitários, a discursos e elocuições públicas, à manifestação e à deliberação em audiências políticas, ao convencimento dos pares, ao alcance da notoriedade no espaço da praça pública, à demonstração pelo raciocínio dos ardis do homem em interação social. A Grécia teve de aguardar momento político, econômico, social e cultural em que esses caracteres pudessem encontrar o eco que suscitasse a formação de especialistas na arte do discurso. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.121)

<sup>144</sup> A abnegação pela causa da educação das almas, bem como pelo bem da cidade, representou, como testemunho de vida, senão o maior, ao menos um dos maiores exemplos históricos de autoconfiança e de certeza do que dizia: condenado a beber cicuta pelo tribunal ateniense, não se furtou à sentença e curvou-se ante o desvario decisório dos homens de seu tempo. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.133)

<sup>145</sup> Isso porque Sócrates vislumbra nas leis um conjunto de preceitos de obediência incontornável, não obstante possam estas serem justas ou injustas. O direito, pois, aparece como um instrumento humano de coesão social, que visa à realização do Bem Comum, consistente no desenvolvimento integral de todas as potencialidades humanas, alcançável por meio do cultivo das virtudes. Em seu conceito, que nos foi transmitido pelos diálogos platônicos de primeira geração, as leis da cidade são inderrogáveis pelo arbítrio da vontade humana. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.138)

<sup>146</sup> Seu método maiêutico, baseado na ironia e no diálogo, possui como finalidade a parturição de ideias, e como inspiração a parturição da vida, uma vez que Fenareta, sua mãe, era parteira. Isso porque todo erro é fruto da ignorância, e toda virtude é conhecimento; efetuar a parturição das ideias é tarefa primordial do filósofo, a fim de despertar nas almas o conhecimento. Daí a importância de reconhecer que a maior luta humana deve ser pela educação (paideia), e que a maior das virtudes (areté) é a de saber que nada se sabe. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.132)

<sup>147</sup> Esse é o tipo próprio de justiça aplicável para a vida política, organização comunitária organizada pelos ditames emanados pelo legislador. Aqui não reside parte da virtude, mas toda a virtude, pois o respeito à lei corresponde ao respeito de todos. Em certo sentido, confunde-se até com o próprio sentido da virtude integral. Em essência, porém, difere a justiça total (dikaion nomimón) da virtude total (dikaiosýne). Esta é um bem alótrio (oti pròs éterón estin), porém apenas uma disposição de espírito, enquanto aquela envolve não somente o animus subjetivo humano, mas também, e sobretudo, os importes relacionais para com o outro, ou seja, a alteridade. Na produção de efeitos em meio ao convívio social, justiça e virtude são idênticas, uma vez que o conteúdo de toda legislação é o agir num sentido que corresponde à conduta que representa o meio-termo (não matar, não furtar, não ferir, não lesar, não injuriar... são aplicações de um único princípio que é o *neminem laedere*). Não obstante serem materialmente coincidentes, uma distinção em essência deve ser feita: diz-se que um homem é justo ao agir na legalidade; diz-se que um homem é virtuoso quando, por disposição de caráter, orienta-se segundo esses mesmos vetores, mesmo sem a necessária presença da lei ou conhecimento da mesma. (BITTAR; ALMEIDA, 2021, p.166)

construída com o propósito de viabilizar o convívio de todos; portanto, o respeito às Leis é contributivo para a compreensão da coletividade.

César Fiúza (2006) acrescenta que o Código de Hamurabi foi importante na história da função social. É certo que o referido código não previa explicitamente a função social, mas continha um interessante mecanismo que tinha como razão a limitação em face do proprietário, o que é um auxílio para se compreender a evolução da função social da propriedade. Trata-se do artigo 40, que preceituava que um mercador poderia vender o seu imóvel, porém, deveria assumir determinado serviço inerente ao bem vendido.

O caráter limitador também era percebido no Direito Romano, tendo em vista a necessidade de compreensão do indivíduo em relação à sociedade. Assim, no Direito Romano há alguns lampejos limitadores, porém, não há a solidez necessária para se cravar o discurso da função social:

Com a elevação do espírito de socialização, de modo a elevar o entendimento do espaço de cada pessoa na sociedade, assim como seus direitos e deveres, ainda em Roma já foi possível se verificar distinta apreciação ao instituto, com a propriedade recebendo certas restrições que não mais a formalizavam como uma ordem de poder indubitável. (GUILHERME, 2015, p.129)

Arnaldo Rizzardo (2016) analisa a Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, que também merece apreço historicamente. Pois esse dispositivo, de cunho religioso, regulava que o proprietário deveria bem aproveitar o seu patrimônio. Por esse bom aproveitamento, extrai-se o caráter social desejado pelo Papa Leão XIII<sup>148</sup>.

Segundo Gonçalves (2021), em termos históricos, destaca-se o Papa<sup>149</sup> Pio XI, em razão da Encíclica do Quadragésimo ano, que tratou da propriedade, posicionando-a de forma funcionalizada, tendo em vista o bem comum.

Outro personagem histórico a ser destacado, segundo Darcy Bessone (1988) é Tomás de Aquino, no período da Idade Média, em razão de sua reação anti-individualista, em contraposição a Adam Smith. Neste sentido, Rulli Neto (2011) defende a visão precursora deste filósofo, segundo o qual os bens têm destino comum, tendo em vista os parâmetros de justiça, além disto, a propriedade concerne ao direito natural:

<sup>148</sup> A contribuição mais aguda da Igreja se dá com a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, com o debate no sentido dos afazeres daquela com o envolvimento coletivo. É a contribuição de São Tomás de Aquino ao pregar, resumidamente, em relação ao que se refere ao uso, o homem não deve possuir as coisas exteriores como próprias, mas como comuns, de maneira que facilmente as comunique nas necessidades dos outros (GUILHERME, 2015, p.130)

<sup>149</sup> Gradativamente, porém, essa concepção egoística e individualista foi-se modificando, passando a ser enfocado com mais frequência o aspecto da função social da propriedade, a partir da Encíclica do Quadragésimo Ano, na qual Pio XI sustenta a necessidade de o Estado reconhecer a propriedade e defendê-la, porém em função do bem comum. (GONÇALVES, 2021, p.8)

Os primeiros textos a falarem de função social são atribuídos a São Tomás de Aquino, ao afirmar que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum que o homem deve respeitar. O santo entendia que a propriedade, em primeiro lugar, é direito natural, ou seja, é a faculdade de ter bens necessários ao homem. Segue o santo explicando que, depois de apropriada, isso se torna direito das gentes. Ainda que apropriada por alguém, a propriedade privada deveria ser usada de maneira a gerar justiça social. O homem, para se alimentar, carece da propriedade, porque precisa plantar e se alimentar. A sociedade justa somente é aquela que garante o essencial para sobrevivência de todos, ainda que alguns tenham mais que outros. São Tomás via a propriedade como bem de produção e sua finalidade, se não especulativa, destinava-se a bem comum, portanto, tinha sua função social (RULLI NETTO, 2011, p.180)

A propriedade privada tinha caráter egoístico, perceptível dogmaticamente, o que tornava dificultosa a inserção de uma função social mais contundente no direito brasileiro, até o Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Luiz Edson Fachin (1988), desta vez invocando Larenz, afirma que a *Lex Maxima* da República Federativa alemã, previa o exercício da propriedade, levando-se em conta a coletividade, num tom de solidariedade.

A Alemanha posiciona, segundo Fachin (1998), a função social como princípio jurídico. Neste horizonte, segundo Elisabete Maniglia (2005), a Constituição do México de 1917 surgiu como substancial na construção do conceito de função social. Afinal, neste diploma há a primazia de uma racional perspectiva social, aplicável inclusive à posse e à propriedade.

O caráter egoísta é visto na fala de Nelson Rosenvald e Farías (2007), conforme os quais a intervenção estatal acontecia subsidiariamente, quando houvesse a aferição de culpa. Em suas palavras:

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. No receituário liberal define-se o direito subjetivo como o poder concedido pelo ordenamento ao indivíduo para a satisfação de seu interesse próprio. Ou seja, a realização de qualquer atividade econômica apenas encontrava limites em uma conduta culposa que eventualmente causasse danos a terceiros. Afora tais situações extremas, exaltava-se a conduta egoística de contratantes e proprietários (...) (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p. 189)

Orlando Gomes (2003), ao discutir sobre as particularidades sociais nos anos iniciais do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), revela um contexto tormentoso, em virtude da I Guerra Mundial e de um sistema ainda colonial prevalecente no Brasil:

O quadro econômico e social em que se processa a obra dos codificadores, de 1899 a 1916, deve ser traçado em suas linhas gerais, para a melhor compreensão do sentido da codificação, melhor aferição do seu valor, e melhor fixação das suas coordenadas. A esse tempo não se iniciará o processo de transformação da economia brasileira,

que a guerra mundial de 14 viria desencadear. A estrutura agrária mantinha no país o sistema colonial, que reduzia a sua vida econômica ao binômio da exportação de matérias-primas e gêneros alimentares e da importação de artigos fabricados (...). Predominavam os interesses dos fazendeiros e dos comerciantes (...) (GOMES, 2003, p.25)

Nos anos finais do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), dispositivos constitucionais e infraconstitucionais já se faziam presentes no sentido de valorar a função social da propriedade. Assim, apenas nos últimos anos de existência dessa Lei, a propriedade em seu caráter absoluto sofreu um enfraquecimento.

A função social precisa ser enxergada a partir da perspectiva do “ser<sup>150</sup>”. Em outros termos, para que a função social se sinta juridicamente agasalhada é imprescindível que não se veja a propriedade a partir do “ter”. Por isso, a mudança de panorama só se dá a partir da mitigação do referido caráter absoluto, conforme Shereiber (2016), tendo em vista a inserção de valores sociais no instituto propriedade. Neste mesmo caminho hermenêutico, a função social só se torna aclarada através do olhar coletivo sobre a propriedade privada, o que se dá no Código Civil de 2002, diferentemente do Código Civil de 1916:

A nota civilista do direito de propriedade, todavia, não pode ser olvidada para o bom entendimento dogmático do instituto jurídico em apreço. Com efeito, segundo o Direito Civil, “o direito de propriedade tem como conteúdo o direito de usar, gozar e dispor do bem (art. 524 do Código Civil de 1916 – art. 1.228 do CC/2002). Assim, admite-se que a legislação continue a explicitar o conteúdo desse direito. Contudo, tais noções passam a sofrer a interpretação conforme à Constituição, ou seja, esse conteúdo legal há de ser compreendido à luz do impositivo constitucional de que a propriedade cumpra sua função social”. É precisamente por meio do instituto da função social que a Constituição Brasileira de 1988 realiza a harmonização do direito individual da propriedade privada com seu caráter coletivo. Isso fica claro quando notamos que “a imposição do cumprimento da função social da propriedade introduziu uma nota na propriedade que pode não coincidir com o interesse de seu proprietário, mas que é dada pela própria ordem jurídica, e, assim, deve ser obedecida. É que se trata de fundamento para o reconhecimento e garantia do direito de propriedade em sua plenitude. (TAVARES, 2013, p.67)

Luciano de Souza Godoy (1999) aponta que graças à perda do caráter absoluto da propriedade privada a função social ganha corpo. De forma literal o autor defende que:

---

<sup>150</sup> Diante desse quadro constitucional, não pode haver dúvida de que proceder a uma releitura do direito civil à luz da Constituição é tarefa que implica necessariamente em uma “despatrimonialização” dos seus institutos tradicionais. Com o termo “despatrimonialização” não se projeta “a expulsão” ou “a redução quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial”, porque, em primeiro lugar, “o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável”. Além disso, a Constituição brasileira, como se viu, não repeliu a livre iniciativa, nem repugnou a propriedade privada. O que fez foi atrelar o exercício dessas situações jurídicas à realização de valores sociais. A mudança é, portanto, qualitativa. Trata-se não de asfixiar a aspiração econômica, nem de lhe impor meros limites externos ou excepcionais, mas sim de lhe atribuir uma nova justificativa, uma nova razão legitimadora, que não pode ser vista como premissa dada, mas que deve ser encarada como uma nova função para a atividade econômica concretamente desenvolvida na realidade social. (SHEREIBER, 2016, p.23)

A propriedade privada, como um direito individual e funcionalizado, isto é, que tem presente uma função social, apresenta um conceito não absoluto de propriedade-pela função social que lhe é inerente. Essa fórmula é adotada em grande parte dos países, como o conceito de propriedade juridicamente correto. Para usar uma expressão metafórica muito feliz, diz-se que o direito de propriedade é o corpo e a função social é a alma, elementos inseparáveis, mas distintos, que se mantêm vivos enquanto ligados. O direito de propriedade é garantido pela ordem jurídica: todavia, deve ser exercido à luz da função social que lhe é inerente. (GODOY, 1999, p.31)

Elisabete Maniglia (2005) destaca que a primeira Constituição que positivou a matéria foi a de 1934, de modo incipiente, uma vez que preceituava no artigo 113 que o direito de propriedade devia ser exercido sem vilipendiar o interesse social. Ademais, na referida Constituição<sup>151</sup>, conforme Silvio de Salvo Venosa, houve a instauração de nova espécie da usucapião, amparando-se na função social. Importa esclarecer, que as Constituições anteriores<sup>152</sup> a de 1937 trouxeram previsões de garantia da propriedade, sob o olhar individualista, em que pese a existência de previsões isoladas e excepcionais sobre o discurso do interesse público intervir na propriedade.

A Constituição subsequente, a de 1937, não tem sólidos alicerces que tratam da matéria. Por outro lado, a Constituição Federal de 1946 faz alusão à função social, ao preceituar a desapropriação por interesse punitivo.

Orlando Gomes (2004) afirma a existência de um aumento da fortificação do interesse público, que passa a ser predominante. Por isso, as restrições à propriedade privada passam a ser mais presentes. Gomes afirma também que “a função da propriedade tornou-se social” (GOMES, 2004, p.125).

Caio Mário da Silva Pereira (2005), invocando Savatier, cita a existência de autores que problematizam tão fortemente sobre a intervenção estatal na propriedade privada, que chegam a suscitar que se está diante de um processo de publicização da propriedade privada.

---

<sup>151</sup> “A Constituição de 1934 criou nova modalidade de usucapião, baseada na ideia da função social da propriedade.” (VENOSA, 2020, p. 235)

<sup>152</sup> Na história das constituições brasileiras, o direito à propriedade foi plenamente garantido nos termos do inciso XXII do art. 179 da Carta de 25 de março de 1824, que seguiu claramente influenciada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ficou de logo ressalvada a possibilidade do interesse público justificar a exceção ao direito assegurado, mediante indenização cometida ao proprietário. Na vigência da Carta de 1824, foi editada a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, designada por Lei de Terras, que dispunha sobre as terras devolutas no Império e as propriedades sesmarias, estabelecendo precipuamente a forma de aquisição das terras públicas e as restrições incidentes sobre as mesmas. Pela Lei de Terras foi estendido aos estrangeiros o direito de aquisição desses bens, a fim de favorecer a colonização do território. O Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1854 determinou a execução da referida lei, apresentando no bojo do texto a composição e a competência da Repartição Geral das Terras Públicas. Dentre as atribuições deste órgão, estavam as atividades de organização, registros, medições, informações e fiscalizações das aquisições de terras de devolutas e sesmarias. Referidas normas serão objeto de exame mais detalhadamente no estudo etiológico das normatizações registrares imobiliárias (UCHÔA, 2016, p.106-107)

Maniglia (2005) ainda trata das Constituições Federais de 1967 (BRASIL, 1967) e de 1969 (BRASIL, 1969), ao dizer que a função social estava presente ao falar do pagamento da desapropriação para imóveis rurais.

Antes de analisar o caráter preponderante no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), invocam-se alguns preceitos trazidos pelo legislador constituinte, que versam sobre a função social. O primeiro consiste no artigo 186, que dispõe:

Art.186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos 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 trabalhadores. (BRASIL, 1988)

É buscando maior completude que se invoca mais um preceito de ordem constitucional, que versa explicitamente sobre a função social da propriedade, qual seja, o artigo 182, em seu parágrafo 2º, presente no capítulo II, apresentado sob o título “Política Urbana”:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes

2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.(BRASIL, 1988)

Este dispositivo é analisado por André Ramos Tavares (2013), que enaltece a relevância do plano diretor<sup>153</sup> para a função social, que é valorado constitucionalmente<sup>154</sup>, de modo a perseguir a racionalização do uso do solo urbano:

---

<sup>153</sup> As Leis municipais são decisivas para a implementação da função social do propriedade no âmbito urbano: Ao plano diretor, contudo, não caberia a responsabilidade de disciplinar integralmente a aplicação do PEUC, do IPTU progressivo no tempo e da desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Isso porque, conforme previsto no EC, seu conteúdo mínimo seria tão somente a delimitação das áreas passíveis de incidência desses instrumentos. O Conselho das Cidades, por meio da Resolução nº 34, de 1º de julho de 2005, orienta uma ampliação desse conteúdo mínimo, recomendando que o plano diretor deva também: a) determinar critérios para a caracterização de imóveis não edificadas, subutilizados e não utilizados; e b) definir o prazo para notificação dos proprietários dos imóveis (Art. 3º). Além do plano diretor, tanto a Constituição quanto o Estatuto da Cidade tratam da necessidade de uma lei municipal específica com atribuição de efetivamente determinar a obrigação, na medida em que disciplinaria em detalhes as condições e os procedimentos para sua implementação. Nesse ponto, cumpre ressaltar que há casos em que o próprio plano diretor antecipa os procedimentos de aplicação do PEUC, dispensando, desse modo, a existência de uma lei 23 que verse sobre esses pormenores. Aqui, a questão que se apresenta é: nesses casos, haveria vício formal 24 na aplicação do PEUC pela inexistência de lei específica? Se o plano diretor estabelecesse tão somente diretrizes gerais, não sendo dotado de concretude, a resposta ao questionamento não poderia ser outra senão afirmativa. Isso porque o disciplinamento legal dos instrumentos não seria suficiente, dependendo de outras normas para lhe conferir aplicabilidade. Essa concepção, no entanto, revela-se incompatível com a atual noção de plano diretor conferida pelo ordenamento jurídico

A Constituição Brasileira de 1988 “passou a exigir uma racionalização do uso do solo urbano, impondo-a no contexto da função social da propriedade urbana. Concretizam essa exigência algumas normas constitucionais (arts. 182 e 183), a lei ordinária federal sobre funções sociais da cidade – diretrizes gerais de política urbana (denominado Estatuto da Cidade) – e o plano diretor municipal. Cumpre sua função social a propriedade urbana quando satisfaz as exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor (§ 2.º do art. 182 da CF) (TAVARES, 2013, p.69)

Elisabete Maniglia (2005) estuda o tema nos termos seguintes:

Percebe-se que o esforço da lei em dizer simultaneamente a todos os itens dispostos no artigo 186 e em colocar e definir nos incisos do artigo 9º da Lei número 8.629 como deve se fazer para atingir o cumprimento deste propósito, na prática, desprezam-se estes argumentos à luz do cumprimento da produtividade. Fala-se muito em meio ambiente e em direitos sociais nos discursos acadêmicos e mesmo políticos mas, estes, no momento vital de serem exigidos, são levados a bancarrota sendo preferencialmente preteridos pelo elemento econômico da produtividade. (MANIGLIA, 2004, p. 37)

Conforme o artigo 182 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), é obrigatório o respeito aos parâmetros normativos municipais para a concretização da função social da propriedade. Neste sentido, em valoração à função social:

O legislador constituinte condicionou o direito do proprietário ao atendimento aos múltiplos interesses da coletividade em geral. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores, são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária. Assim, o uso da propriedade está condicionado ao atendimento dos anseios sociais referentes às políticas de desenvolvimento urbano e rural. (THOMÉ, 2017, p.64)

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) optou por transmitir a competência para os municípios, no sentido de elaborar parâmetros ao plano diretor. Trata-se de dispositivo subjetivo, conforme as especificidades sociais e econômicas de cada município, portanto,

---

brasileiro. As alterações introduzidas na Lei Federal nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que disciplina o parcelamento do solo urbano, ampliaram as atribuições do plano diretor, que passou a ter como objeto a definição de índices urbanísticos relativos a dimensões de lotes (Art. 2º, §4º), definição das zonas urbanas, de expansão urbana e de urbanização específica (Art. 3º) e até mesmo a previsão da densidade de ocupação admitida em cada zona (Art. 4º, inciso I). O EC, por sua vez, atribuiu ao plano diretor o papel de dispor sobre diversos instrumentos, como o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, a transferência do direito de construir e as operações urbanas consorciadas (Art. 42). Por essa razão, o plano diretor passa a ser dotado de maior concretude, adentrando na disciplina de institutos jurídicos e urbanísticos. Na sistemática do EC, quanto maior o grau de aplicabilidade imediata do plano diretor, mais eficaz será o planejamento urbano do município. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.40)

<sup>154</sup> É nesse sentido que, ao obedecer ao conteúdo do art. 182 da Carta Magna, o legislador local poderá estabelecer por meio do Plano Diretor regras de uso e ocupação do solo, não se olvidando dos demais conteúdos disciplinados pelo direito ambiental constitucional e principalmente dos superiores critérios constitucionais que distinguiram claramente o espaço territorial urbano (arts. 182 e 183 da CF) do espaço territorial rural (arts. 184 a 191 da CF), conforme tivemos oportunidade de comentar anteriormente. (FIORILLO; FERREIRA, 2019, p.208)

dinâmico. Desse modo, o discurso da função social não é estanque, na medida em que pode ser impactado constantemente, conforme as experiências locais, por exemplo.

O Plano Diretor tem previsão no Estatuto da Cidade, a Lei 10.257 do ano de 2001 (BRASIL, 2001), que prevê parâmetros gerais aplicáveis ao território nacional, todavia, as peculiaridades de cada município estarão presentes nas leis orgânicas, planos diretores e outros dispositivos.

O Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001) prevê bases, por meio das quais se alcança a função social da propriedade. Dessa forma, a compreensão da função social passa pela compreensão urbanística, contida no referido Estatuto e plano diretor, por exemplo, que também devem ser responsáveis pela defesa humanista, decisiva na funcionalização:

Além disso, pode-se mesmo dizer que o constituinte inovou de forma significativa, ao funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais. No que tange à propriedade urbana, por exemplo, o cumprimento da função social se condiciona à observância das exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. A regra corrobora os princípios gerais da tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, a demonstrar a preocupação do legislador constituinte com os dramáticos conflitos sociais. (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, p.93, 2020)

A Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) e o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), trazem uma pedra de toque entre a função social da propriedade, as restrições ambientais, a dignidade da pessoa humana, entre outras variáveis.

O legislador, em relação ao conceito de função social da propriedade, não foi exaustivo. Ao contrário, anuiu com a subjetividade, ao passo em que também foi atribuída competência, em certa medida, ao legislador municipal, no sentido de poder traçar elementos estruturantes da função social.

De modo singular, conforme foi desenvolvido nesta tese, o Código Civil de 2002, nos termos do artigo 1228, parágrafo primeiro, a partir do qual há o especial prestígio ao meio ambiente. Porém, de modo reflexo, há a defesa da dignidade da pessoa humana e de seus desdobramentos:

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

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, 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. (BRASIL, 2002)

A defesa de que a função social é um discurso socialista<sup>155</sup> ou de origem socialista não procede, conforme Gomes (2012), pois o constitucionalismo aqui estudado, em distintas épocas, exibiu-nos que, apesar do regime capitalista preponderante, a função social está presente e convivente com esse regime, isto é, a defesa capitalista não significa a negatória da função social.

Taísa Maria Macena de Lima (2003) analisa que a função social pode ser interpretada como um conjunto de limites que são impostos, os quais têm o propósito de comprimir certas atuações individuais. Nesta mesma perspectiva limitadora estão Caio Mário da Silva Pereira e Carlos Roberto Gonçalves<sup>156</sup>, segundo os quais a essência da função social é limitar a autonomia da vontade.

De acordo com Orlando Gomes (2004), a função social da propriedade, como hoje se concebe, paira sobre tríplice aspecto, quais sejam: “1. Privação de determinadas faculdades; 2. a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; 3. A obrigação de exercer certos direitos elementares de domínio.” (GOMES, 2004, p. 125)

Na visão de Sílvio de Salvo Venosa (2003), a função social da propriedade gera uma tensão entre os interesses da coletividade e os individuais. Nesse sentido, a função social não significa ignorar ou eliminar os interesses individuais do proprietário, porém, não pode haver prejudicialidade à coletividade, isto é, do socialmente admitido:

(...)mormente dos imóveis, possa servir exclusivamente para gáudio e gozo do proprietário. A propriedade deve, é claro, servir a finalidade básica no interesse do dono, mas sua utilização não pode nunca se afastar do útil, conveniente e socialmente admitido para a coletividade. Assim, não bastassem as limitações impostas pelo direito de vizinhança, pelas normas administrativas, há princípios gerais a serem observados, ainda que não constem expressamente como direito positivo, embora o texto do artigo se referia expressamente a “lei especial”. À medida que o ser humano vai ocupando todo o espaço disponível no plane, é primordial que o uso seja feito de molde a preservar a vida digna e possível às gerações futuras. Desse modo, a decantação da função social da propriedade requer do ordenamento princípios limitadores da atuação do proprietário. (VENOSA, 2003, p.194)

---

<sup>155</sup> Qualquer que tenha sido, no campo dessas influências, o impulso para a cristalização jurídica da ideia de função social, sua sobrevivência e difusão nos regimes pluralistas do pós-guerra explicam a sua força e a sua “finalidade racional”. Essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma função social não tem, entretanto, inspi- ração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os socialistoides levianos ou contrabandistas de ideias. Muito pelo contrário. Se não chega a ser uma mentira convencional (...) (GOMES, 2012, p.121)

<sup>156</sup> Segundo Caio Mário, a função social do contrato serve precipuamente para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório. Tal princípio desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da auto-nomia da vontade. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros, que não são propriamente partes do contrato, pos-sam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. (GONÇALVES *apud* PEREIRA, 2020, p.27)

A intervenção racional estatal auxilia a construção conceitual da função social, a partir da supremacia dos interesses sociais, a reação anti-individualista, segundo Fachin (1988), que são as bases da função social. Nesse sentido:

A função social da propriedade, “como expressão da prioridade constitucional aos valores da solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, torna-se elemento interno do domínio”, de tal maneira que a propriedade só é merecedora de tutela quando cumpre sua função social, isto é, realiza interesses sociais e coletivos em uma ótica inspirada pelo solidarismo e permeada por valores existenciais (DOS SANTOS; MENDES, 2016, p.107)

Assim, Dos Santos e Mendes (2016), inspirados em Gustavo Tepedino, entendem que a função social da propriedade deve ser compreendida de modo a salvaguardar os parâmetros do existencialismo, dignidade da pessoa humana e solidariedade:

## 8.2 Constitucionalização e humanização

A Supremacia Constitucional consiste na necessidade de se interpretar todo o ordenamento jurídico em estrita consonância com o texto constitucional. Nesta seara, se um ramo infraconstitucional contrariar o texto constitucional, haverá a configuração de inconstitucionalidade, que gerará a nulidade normativa. Portanto, o texto constitucional é organizado e preparado para evitar tais vicissitudes.

A Constitucionalização do Direito é defendida com destaque no Direito Civil, além de certo “pioneirismo<sup>157</sup>”. A partir deste viés, o Direito Civil exalta humanismo.

A Supremacia é o critério nevrálgico da hermenêutica, a partir da compreensão da hierarquia presente no ordenamento e no sistema jurídico. Trata-se da percepção da unidade interpretativa.

A análise jurídica passa pela percepção de uma norma fundamental, de origem, por intermédio da qual se derivam as demais normas infraconstitucionais. Neste viés unitário e

---

<sup>157</sup> Não foi por outra razão que todo o debate em torno da chamada “constitucionalização” teve início nas trincheiras do direito civil e, ao menos no Brasil, foram os civilistas que defenderam com pioneirismo a aplicação direta das normas constitucionais às relações privadas. Pela própria matéria com que lidam (relações entre particulares), os civilistas foram logo forçados a trazer para o terreno dos fatos as normas constitucionais, fazendo-as incidir diretamente sobre os casos concretos. Tal aplicação direta, sobre a qual ainda controvertem os publicistas, consiste em um dos três principais fundamentos da metodologia civil constitucional, que se passa a examinar(...) (SHEREIBER; 2016, p.8);

axiológico, é necessário interpretar o Direito Civil, de modo abrangente,<sup>158</sup> para além da dogmática, por meio de perspectivas filosóficas e históricas:

O direito civil constitucional representa, em larga medida, um novo modo de interpretar o direito civil. A “reinserção” do direito civil em um ordenamento jurídico unitário, irradiado da Constituição, exige que os seus institutos sejam repensados a partir do texto constitucional e dos novos valores ali consagrados. “A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)”. Tamanho redirecionamento exige uma teoria da interpretação jurídica que, diferentemente da tradicional, não se limite a uma operação formalista, por meio da fria subsunção da situação fática à norma que a descreve de modo mais minucioso, mas que se mostre comprometida com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso concreto, em uma busca permanente pela máxima realização dos seus valores fundamentais. “É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil”. (SHEREIBER, 2016, p.13)

Determinante é conceber também que o Supremo Tribunal Federal possui como competência a promoção do controle concentrado. Especificamente sobre o STF, percebemos, à luz da Lei 9.868/99, a competência para o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, em suas feições genéricas e por omissão, assim como a ação Declaratória de Constitucionalidade. Além, claro, conforme a Lei 9.882/99, julgar a arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

José Afonso da Silva (2006) elucida que o controle de constitucionalidade sob a égide jurisdicional, comporta o viés difuso ou concentrado. André Puccinelli (2013) arrola tipos classificatórios que versam sobre o controle de constitucionalidade, tais como o controle difuso, que é exercido por todo o Poder Judiciário.

O artigo 97 da Constituição Federal de 1988, que versa sobre a reserva de plenário, prevê que a inconstitucionalidade de lei e o ato normativo do poder público só poderá ser declarada inconstitucional pelos Tribunais, pela manifestação de maioria absoluta de seus membros. Ademais, o controle ainda pode ser classificado como concreto ou abstrato, a depender individualidade ou abrangência dos interessados.

---

<sup>158</sup> Em outras palavras: o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, como pretendia a escola da exegese com seu exacerbado positivismo, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões, como propõem a escola do direito livre e o direito alternativo. Reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores constitucionais. É certo que a transposição desses valores, enunciados em termos genéricos, ao caso concreto exigirá uma compreensão histórico-social e até mesmo cultural, que é, por definição, relativa, mas que, sendo necessariamente motivada, será passível de controle, discussão e revisão em perspectiva técnica, com base em um parâmetro mais seguro (os valores consagrados no texto constitucional) que o mero sentimento de justiça ou concepção de mundo de cada intérprete. (SHEREIBER; 2016, p.13)

O controle pode também ser repressivo ou preventivo (destaque para a Comissão de Constituição, Justiça – CCJ, no controle preventivo, por intermédio do Poder Legislativo), a depender do momento de exercício do controle, se antes ou após a promulgação da norma.

Para provocar o Supremo Tribunal Federal em relação ao controle concentrado, legitimados<sup>159</sup> são aqueles universais e específicos. Tais legitimados estão preceituados no artigo 103 da Constituição Federal, vejamos:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988)

A pós-modernidade agasalha a humanização como núcleo. Assim, este norte civilista se dá em razão do reconhecimento de que a melhor interpretação deverá sempre prestigiar três grandes núcleos, conforme Lôbo (2003):

O primeiro, a Constitucionalização, segundo a qual todas as interpretações deverão primar por um viés global, sistêmico, que permita a compreensão do Direito como um todo, valorando-se o princípio da Supremacia Constitucional. Nesse preciso sentido:

A eficácia irradiante, nesse sentido, enseja a “humanização” da ordem jurídica, ao exigir que todas as suas normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do direito com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional. (SARMENTO, 2004, p. 155)

---

<sup>159</sup> Devem provar a pertinência temática, de forma a demonstrar que ação ajuizada tem uma feição específica em relação ao Estado ou aos interesses da classe. Nesse rol, notadamente podemos citar a Assembleia Legislativa, governador do Estado, Entidades de Representação de Classe em âmbito nacional e Confederação Sindical)

O segundo, a Humanização, que exige a exaltação da dignidade da pessoa humana, preceituada no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. Conforme Luiz Edson Fachin (2008) é necessário dar novo significado ao patrimônio, através da exaltação da dignidade da pessoa humana. Por isso, em razão dela, conseguimos atingir o paradigma da repersonalização, que exalta a dignidade como o principal componente do patrimônio de uma pessoa humana. Dessa forma, a centralidade da dignidade da pessoa humana é o princípio capaz de irradiar a defesa de corolários existenciais, o que solidifica a vertente da humanização e despatrimonialização, ante a defesa de valores sociais<sup>160</sup>, num sentido constitucional, hierarquizando-se favoravelmente os valores existenciais sobre os patrimoniais. Neste sentido:

Em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, opera-se a funcionalização das situações patrimoniais às situações existenciais, “a realizar, assim, o processo de inclusão social, com a ascensão à realidade normativa de interesses coletivos e de renovadas situações jurídicas existenciais desprovidas de titularidades patrimoniais, tuteladas independentemente (ou mesmo em detrimento) destas”. Como leciona Gustavo Tepedino, trata-se de tomada de posição do legislador constituinte ao delinear a tábua axiológica definidora do sistema, subordinando-se a proteção da atividade econômica privada ao atendimento dos valores consagrados no texto constitucional (DOS SANTOS; MENDES. 2016, p.98)

O terceiro, a Descodificação, que consiste na percepção de que a cultura jurídica não é de criar constantemente novos Códigos; ao contrário, a tendência dogmática não é outra senão a criação de microssistemas, compostos por princípios específicos, tais como: O Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto da Cidade.

Os três parâmetros iniciais da pós-modernidade exigem a releitura do Direito, a partir da sensibilidade do discurso e da projeção da centralidade da humanidade. Neste aspecto, a função social da propriedade não deve ser vista egoisticamente, pelo contrário, de modo

---

<sup>160</sup> A funcionalização das estruturas econômicas em sentido social é extraída do próprio projeto constitucional, o qual estabelece uma hierarquia de valores no ordenamento que influencia a individuação dos fins de quaisquer estruturas. Nesse sentido, as situações patrimoniais não podem deixar de ter uma função socialmente relevante e, sobretudo, não podem deixar de se realizar em conformidade aos valores da pessoa humana. A finalidade social imposta pela norma constitucional, contudo, não consiste em um limite externo, mas um limite interno que constitui o fundamento positivo para a individuação do conteúdo a ser atribuído tanto à atividade econômica quanto à propriedade. A função social integra o próprio conteúdo destas estruturas jurídicas, já que que consiste na sua justificação social: se não exercer função social não será merecedora de tutela pelo ordenamento jurídico. (DE CASTRO; SOUSA, 2016, p.175)

altruísta, valorando-se a coletividade<sup>161</sup> e a dignidade da pessoa humana. Assim, a propriedade privada quirritária, pensada classicamente, como direito fundamental individual, não é capaz de se despertar para a alteridade decisiva no processo de (re) construção da função social.

A função social evoluída é direito fundamental, como exposto neste trabalho, imprescindível para ordem econômica, assim como a inviolabilidade da propriedade. Porém, há que se compreender a prevalência da função social sobre a propriedade privada, devido à necessidade da compreensão de que se a propriedade privada for exercida na contramão da função social, haverá a implicação de consequências. Neste raciocínio:

A Constituição Federal de 1988, na esteira de tal evolução legislativa, atinge barreiras seculares erguidas pelo direito civil em torno do conceito de propriedade, e consagra a função social não apenas como alicerce da ordem econômica (**CR, art. 170, II e III**), a exemplo de sua predecessora, mas como direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso XXIII – ao lado, portanto, da cláusula pétreia relativa à garantia fundamental de proteção da propriedade **privada, prevista no inciso XXII**. Paralelamente, são inseridos, no texto constitucional, dispositivos que conferem conteúdo específico à função social da propriedade. (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, p.91, 2020)

A humanização consiste na tutela da dignidade da pessoa humana nas relações privadas: “Ao tratar expressamente sobre as normas de cunho privado, a Constituição da República impôs um abalo na estrutura das instituições de Direito Privado, até então individualista e patrimonialista, abrindo espaço para a humanização do direito (VIEGAS; POLI, 2015)

A humanização, a partir de um autêntico movimento progressivo de defesa da dignidade da pessoa humana, é a busca da (re) construção das relações privadas e dos institutos. Neste sentido, a função social, a partir de uma perspectiva altruísta, apropria-se do movimento de humanização, na medida em que reconhecer o outro é materializar, de alguma forma, a dignidade da pessoa humana.

## 8.2.1 Visão Constitucional e a exaltação ambiental

---

<sup>161</sup> Nada obstante, a propriedade pode desempenhar papel ainda mais proveitoso em prol da coletividade, não apenas cumprir os deveres, ônus e obrigações impostos pelas normas constitucional e ordinária, haja vista que a “compreensão funcional do direito à propriedade impõe a promoção de interesses socialmente relevantes”. Por esta razão que Pietro Perlingieri afirma que “o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento”. A função de tipo promocional é a que leva mais benefícios à coletividade, pois realiza interesses sociais em saúde, segurança, moradia, enfim, ao bem-estar social. (DOS SANTOS; MENDES, 2016, p.110)

Nos termos do artigo 186 da Constituição Federal de 1988, a função social da propriedade<sup>162</sup> tem três corolários, quais sejam: uso racional, respeito às disposições trabalhistas e ao meio ambiente.

Celso Fiorillo (2007) defende que o bem jurídico meio ambiente tem natureza híbrida, em razão de seu posicionamento na órbita jurídica, pois este bem jurídico transita pela esfera pública e privada. Por isso, o meio ambiente é público e privado concomitantemente. Edis Milaré (2005), complementarmente, analisa o meio ambiente como um direito difuso, cujos interesses estão atrelados à sociedade.

O bem jurídico meio ambiente nem sempre teve o tratamento que hoje lhe é peculiar. Entretanto, a sua presença explícita em distintos âmbitos da sociedade, notadamente biológico, mostrou que vazios protetivos não bastariam, sob pena de comprometer a raça humana.

Essa preocupação pode ser verificada em uma série de conferências internacionais, tal como a Conferência das Nações Unidas que versa ostensivamente sobre o ambiente, no ano de 1972, ocorrida em Estocolmo. Neste mesmo patamar, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992.

O Tratado de Ramsar merece guarida, pois a sua intenção é no sentido de demonstrar a preocupação internacional com o meio ambiente e as suas conseqüentes implicações nos ordenamentos jurídicos. Além disso, some-se o Tratado de Johannesburg, na África do Sul em 2002, além de outros tratados.

Antes de ingressar em uma análise constitucional, opta-se por tentar brevemente localizar a geração a que melhor se amolda o bem jurídico meio ambiente, uma vez que compreender a classificação contribuirá para o entendimento do meio ambiente como impactante para a sociedade:

a doutrina mais moderna vem se referindo a uma nova categoria de direitos-chamados direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade

---

<sup>162</sup> A despeito das previsões constitucionais sobre a função social da propriedade, há quem confronte a função social da propriedade urbana *versus* da cidade: para garantir o bem-estar da população, a política urbana deve ser direcionada tanto ao desenvolvimento das funções sociais da cidade quanto das funções sociais da propriedade urbana. São coisas diversas. Enquanto nas funções sociais da cidade devem ser desenvolvidos os setores que resultam de demandas primárias e secundárias da coletividade, a função social da propriedade urbana reflete a adequação da propriedade à ordem urbanística estabelecida no plano diretor. É importante registrar, no que tange ao direito de propriedade, que sua função social substitui vetusta noção de direito absoluto e rende ensejo à formação de regras de Direito Urbanístico, de modo a se obterem normas impositivas que atuem com vistas à ordenação dos espaços habitáveis. O tratamento jurídico do direito de propriedade têm incidência e contornos específicos, com atuação no âmbito individual e coletivo, o que não ocorre com as funções sociais da cidade, em relação às quais, sem abdicar do indivíduo, há que se prevalecer o interesse geral da coletividade. (CARVALHO FILHO, 2005, p.15)

coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, e que não se afeiçoam à dicotomia (público ou privado) do Direito tradicional, como são exemplos o Direito do Ambiente (...) (MILARÉ, 2005, p.2005)

Os autores Édís Milaré e Maximilianus Führer (2005) posicionam o direito do ambiente como de terceira geração; isto é, não comportam nem os direitos de primeira geração<sup>163</sup>, notadamente os direitos civis e políticos, e nem tampouco os direitos de segunda geração, nitidamente os direitos econômicos, sociais e culturais.

José Adércio Sampaio Leite, Nardy e World (2003), em equânime sentido, creem ser o meio ambiente um direito de terceira geração:

O direito a integridade do meio ambiente-típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mais num sentido verdadeiramente abrangente, a própria coletividade social. (...) Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (LEITE;WORLD;NARDY, 2003, p.08)

Ainda com o fito de identificar a geração a que pertence o meio ambiente, cite-se a manifestação do Supremo Tribunal sobre a questão:

O direito à integridade do meio ambiente- típico direito de terceira geração- constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social(...)(STF, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, 1995)

Em uma análise constitucional, o meio ambiente se encontra em posição de destaque, conforme se absorve do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Por meio deste suporte, constata-se que o ambiente é impactante para a sociedade, visto que toda a propriedade e posse que agrida o meio ambiente não cumpre a função social. O artigo 225 prevê:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

---

<sup>163</sup> não há nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, ou seja, que não parta da ideia que primeiro vem à liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e só depois o poder do governo que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades.” (BOBBIO, 2004. p. 110)

O artigo 225 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) é o suporte fático central do meio ambiente, cuja razão legislativa diz respeito às restrições ambientais, em consonância com a função social.

Em complementação ao artigo 225, há o artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que prevê a proteção do meio ambiente como central para a ordem econômica:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.(BRASIL, 1988)

O meio ambiente, portanto, é bem jurídico central, ante a sua primordialidade para as atuais e futuras gerações, um valor jurídico estruturante para a manutenção existencial humana.

O meio ambiente afeta a integridade dos demais bens jurídicos. Em outras palavras, é um valor, um centro protetivo que transita pelos demais bens. Trata-se de um direito de posicionamento privilegiado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Celso Antônio Fiorillo (2007), defende a visão antropocêntrica do Direito Ambiental, em decorrência de seu posicionamento central:

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como fundamento destinado a interpretar todo o sistema constitucional, adotou visão (necessariamente com reflexos em toda a legislação infraconstitucional- nela incluída toda a legislação ambiental) explicitamente antropocêntrica, atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no País( arts.1º, I, e 5º da Carta Magna) uma posição de centralidade em relação ao nosso sistema de direito positivo.(FIORILLO, 2007, p.16-17)

E prossegue:

De acordo com esta visão, temos que o direito ao meio ambiente é voltado para a satisfação das necessidades humanas. Todavia, aludido fato. De forma alguma,

impede que ele proteja a vida em todas as suas formas, conforme determina o art.3º da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), cujo conceito de meio ambiente foi, a nosso ver, inteiramente recepcionado.(FIORILLO, 2007, p.17)

Os artigos 182 e 183 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), são o comando para a construção da Lei 10.257 de 2001 (BRASIL, 2001), que em seu artigo 2º prevê o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade privada:

Art.2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I-Garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.(BRASIL, 2001)

Ainda no mesmo artigo, em seu inciso IV, o foco é a proteção ao meio ambiente:

IV- planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos ao meio ambiente. (BRASIL, 2001)

Já no inciso VI, o objetivo é a ordenação do uso do solo, a partir da defesa do meio ambiente: “VI- ordenação e controle do uso do solo de forma a evitar: g) a poluição e a degradação ambiental.” (BRASIL, 2001)

O inciso VIII do artigo 2º da Lei 10.257 de 2001 (BRASIL, 2001) também é construído no sentido de proteger o meio ambiente e a promoção da função social: “VIII- adoção de padrões de produção e de consumo de bens e serviços e de expansão urbana e compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência.” (BRASIL, 2001)

Esses dispositivos valoram a função social, a partir de restrições ambientais, motivo pelo qual, ela é transcendental, pois ultrapassa as barreiras do individualismo e egocentrismo, tendo em vista o equilíbrio e a equitatividade:

O que se verifica, em suma, é que a função social da propriedade é um princípio que irradia os valores mais equânimes quanto à distribuição do espaço a ser ocupado na modalidade que lhe couber, no caso, seja quanto produção ou a moradia. A função social atende ao preceito de defesa do bem comum e da vivência coletiva, ultrapassando estereótipos meramente individuais e egoísticos. Finalmente, a função social da propriedade transcende um estilo que formatou a civilização clássica e que emoldurou a vida pós-revoluções burguesas, chegando a um atual sistema que sustenta ditames imbuídos de uma finalidade amplamente social, fazendo com que as tentativas de uso com iniciativa apenas pessoal sejam cerceadas. (GUILHERME, 2015, p.139)

O artigo segundo da Lei 10.257 de 2001, em seu inciso XII prevê a: “proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico.” (BRASIL, 2001)

José Adércio Sampaio (2003) ainda invoca outros princípios, que têm o propósito de defender as restrições ambientais; por exemplo, o princípio do patrimônio comum da humanidade, cuja origem diz respeito às negociações para a elaboração da Convenção da Organização das Nações Unidas, atrelada ao Direito do Mar.

O patrimônio comum da humanidade visa a defesa dos recursos ambientais, em favor dos Estados, afinal todos precisam desses recursos. Dessa forma, esse princípio revela o cosmopolitismo ambiental, em razão de sua importância transnacional e universal.

As restrições ambientais em relação à propriedade privada surgem de distintas formas. Por exemplo, segundo Roxana Cardoso Borges (2005), as propriedades privadas consideradas de área de proteção ambiental ou de refúgio da vida silvestre. Nessa mesma linha, podemos citar: área de relevante interesse ecológico, a imposição de zoneamento, licenciamento, criação de reservas biológicas e extrativistas.

O artigo 225, parágrafo quarto, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê a proteção nos seguintes termos:

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (BRASIL, 1988)

As restrições ambientais devem existir em consonância com a função social. Por isso, o limite das restrições ambientais é a precisão conceitual da função social, que consiste no sentido existencial das restrições ambientais. Conforme Perlingieri (2007): “Limite é o instrumento com o qual o interesse público ou privado circunscreve o direito, sacrificando a sua extensão e determinando o seu conteúdo concreto.(...)” (PERLINGIERI, 2007, p.231)

Pensar a função social da propriedade, a partir das restrições ambientais, exige uma releitura, nos seguintes moldes:

A proteção do meio ambiente, quando visa a bens ambientais que estão sob domínio de alguém, pode afetar diretamente o direito de propriedade. A problemática entre o direito de propriedade e a proteção do meio ambiente tem reflexos na esfera patrimonial, econômica, de cunho eminentemente privado, embora a propriedade pública também se submeta às normas ambientais. (BORGES, 2005, p.271)

Em similar sentido está Benjamin (1997), que interliga a função social da propriedade às restrições ambientais, tendo em vista a ECO 92:

De fato, direito de propriedade e meio ambiente, são institutos interligados, como que faces de uma mesma moeda; nesse sentido, não seria incorreto dizer-se que o Direito Ambiental é fruto de uma amálgama do Direito das Coisas com o Direito Público. Com isso queremos mostrar que qualquer tutela do meio ambiente implica sempre interferência (não necessariamente intervenção, como abaixo veremos) no direito de propriedade(...) (BENJAMIN, p.14, 1997)

Nessa visão, os demais bens jurídicos dependem do meio ambiente. Uma vez que: não há vida, integridade física, intelectual, patrimônio, se não houver a preservação do meio ambiente, que é decisivo para a função social da propriedade.

O descumprimento da função social implicará a mitigação da proteção ao proprietário, isto é, a propriedade poderá ser perdida, por violação ao meio ambiente:

Diante da funcionalização, o proprietário tem o direito de propriedade tutelado enquanto conferir utilização adequada de modo que, apenas em caráter excepcional, se justifique a intervenção estatal na propriedade que, desprovida de função individual, por não se destinar às necessidades da pessoa e da família, comprometa interesses coletivos, a exemplo da ordenação do espaço urbano e da preservação do meio ambiente. Cabe ainda conotar que a função social da propriedade urbana pressupõe implicitamente o cumprimento de uma função ambiental, que deverá ser exigida tanto da sociedade civil como da Administração Pública, objetivando-se o bem estar coletivo e o desenvolvimento sustentável. (UCHÔA, 2016, p.121)

Portanto, alinhando-se o discurso existencialista ao antropocentrismo ambiental que aqui se consolidou, se houver a agressão ao meio ambiente por parte do proprietário, em atenção às particularidades do caso concreto, poderá haver a privação da propriedade, sem a observância da gradação preceituada no artigo 182, parágrafo quarto, do texto constitucional. Neste sentido, por exemplo, o Imposto Predial Territorial Urbano pode ser utilizado para fins de sustentabilidade ambiental: “o IPTU progressivo no tempo seja considerado um tributo com fins ambientalmente sustentáveis, sendo apto à realização do desenvolvimento sustentável urbano.” (DUARTE NETO; MENEZES; MENEZES, 2021, p.211)

Afinal, o descumprimento da função social significa a violação reflexa da dignidade da pessoa humana. Além disso, os parâmetros de sucessividade contidos nesse dispositivo normativo podem não soar suficientemente proporcionais, a depender do caso concreto .

### **8.3 Caráter limitador**

Este caráter será detidamente analisado no capítulo 9 desta tese, em decorrência do fato de que a limitação imposta ao proprietário se dá em razão da mitigação do princípio da autonomia da vontade, bem como em virtude da superação do caráter quiritário da propriedade e a sua correspondente relativização. Neste cenário, o ordenamento jurídico brasileiro, em atenção à funcionalização e humanização, estabelece uma série de consequências em razão da violação da função social:

(...)o disposto no artigo 5º, incisos XX e XXI, que garantem o direito de propriedade, mas que também estabelecem o cumprimento da função social desta, tanto como limitador do direito privado à propriedade, como uma garantia fundamental à função social. Este princípio-garantia orienta à política urbana e serve de substrato material à garantia da função social da cidade. (DUARTE NETO; MENEZES; MENEZES, 2021, p.211)

Portanto, o proprietário tem o poder-dever, conforme foi analisado sistematicamente nesta tese como um todo.

#### **8.4 Caráter Estruturante**

O caráter estruturante revela que a ausência de cumprimento da função social descaracterizará a propriedade; em outros termos, ela é núcleo cogente da própria configuração da propriedade. Aliás, este caráter cogente é preceituado no Código Civil de 2002, nos termos do artigo 2035, parágrafo único, a partir do qual a função social dos contratos e da propriedade são imperativos de quaisquer contratos e têm *status* de ordem pública. Nestes termos: “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” (BRASIL, 2002)

Segundo Perlingieri (1999), as influências econômicas e sociais são decisivas para a compreensão do Direito, de modo a gerar um tom realista e compatível:

Quanto mais o dado normativo souber se adequar à realidade social, tanto mais a realidade se apresentará de forma homogênea e unitária. Isso, talvez, não aconteça jamais, por causa da contínua evolução do direito em relação à sociedade. É preciso, de todo modo, ter consciência e escolher, pelo menos como linha de tendência, a contínua, constante adequação da realidade social e econômica-política à realidade jurídica e vice-versa. (PERLINGIERI, 1999, p. 31)

A princípio, a função social é construção jurídica promovida em razão da percepção da sociedade. Ora, a racionalidade desperta o intérprete para a premissa de que todos os direitos,

inclusive fundamentais, são limitados, motivo pelo qual este instituto se choca com a propriedade e revela a legitimidade interventiva estatal.

A exaltação do solidarismo e a elevação da função social a patamares existencialistas são os átrios da função estruturante da propriedade, compreendida como direito subjetivo e poder, que precisa sofrer limitações, por conta de interesses<sup>164</sup> sociais e coletivos. Por isso, a função social estruturante está atrelada à essência, “como é<sup>165</sup>”

Eros Grau (2008) defende a tese de que a função social é elemento integrador da propriedade: “o princípio da função social da propriedade, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade.” (GRAU, 2008, p.247). E complementa: “de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade”. (GRAU, 2008, p.247)

Humberto Theodoro Júnior (2014) contribui para a compreensão do condão estruturante, ao exaltar a função social, na medida em que o exercício da propriedade de forma egoística, e, reflexamente, na contramão dos ideais da funcionalização, é antijurídico e abusivo. Em outras palavras, o exercício egoístico deve ser elidido, ao ponto de impactar e colocar em xeque a propriedade:

É, pois, abusivo e conseqüentemente ilícito, o exercício do direito de propriedade de modo incompatível com suas naturais finalidades tanto econômicas como sociais. O caráter absoluto e egoístico da primitiva concepção do domínio foi substituído por um enfoque jurídico que o insere no contexto social onde se sobressai a exigência do seu uso para o bem comum (THEODORO JÚNIOR, 2014, p.111)

Em verdade, sobre todos os bens jurídicos há incidência da função social, não importa a sua classificação:

Não há, portanto, bem jurídico que não desempenhe função social, ainda que se trate de bens que possam parecer insignificantes. Vale dizer: não somente os bens de

---

<sup>164</sup> propriedade que é função social, esclarece que, na primeira colocação, a propriedade permanece como uma situação subjetiva no interesse do titular, e que só ocasionalmente este é investido na função social, enquanto na outra perspectiva a propriedade é atribuída ao proprietário, não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou coletivo. Pondera, em seguida, que não é nítida a linha de demarcação entre a propriedade como direito subjetivo, isto é, como propriedade que tem função social e a propriedade como potestas atis, que é função social, mas que, no direito atual, os titulares de situações jurídicas subjetivas são, ao mesmo tempo, titulares de situações ativas e de situações passivas. A propriedade seria uma situação jurídica subjetiva com a natureza de um poder (potestá) que encerra deveres, obrigações e ônus. Nesse sentido, a propriedade é hoje uma função social quando exercida para certos fins. (GOMES, 2015, p.122)

<sup>165</sup> De modo semelhante, consoante Pietro Perlingieri, o fato jurídico e a relação jurídica (que é a ligação entre situações jurídicas subjetivas) devem ser analisados em seu perfil estrutural (como é) e funcional (para que serve). Todo fato juridicamente relevante possui uma função: essa é a síntese de seus efeitos essenciais – a função é constituída pela síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide – e, por isso, determina a estrutura, sendo possível que uma mesma função realize-se mediante estruturas diversas (...) (DOS SANTOS; MENDES. 2016, p.98)

produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo — modos de aquisição e de utilização. Mais ainda: até mesmo um “cono gelato”, no dizer de autorizada doutrina, não pode deixar de cumprir uma precisa função social. (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, p.97, 2020)

O sentimento de pertencimento à coletividade inclina o sujeito à tese de que não pode haver a condução da propriedade privada de modo egoístico. Diante desta percepção, resta saber de que modo o ordenamento jurídico reagirá, afinal, ante o discurso de soberania jurídica, cada Estado tem legitimidade para promulgar o seu próprio ordenamento jurídico, primando ou não pelo discurso de funcionalização. Nestes termos:

o estatuto proprietário se transforma, justificando-se que o legislador crie presunções que favoreçam a vinculação do aproveitamento dos bens pelos particulares ao efetivo cumprimento de sua função social. Esta deixa de ser elemento externo limitador da propriedade e passa a integrar seu conteúdo. Com efeito, as faculdades jurídicas do titular (poderes de uso, gozo, disposição e reivindicação da coisa) se alteram, e a propriedade passa a se fundamentar nos valores constitucionais, e não apenas no interesse econômico do proprietário. Dito diversamente, a propriedade encontra, atualmente, sua justificativa no texto constitucional, e é tutelada enquanto representar a concretização de valores existenciais e patrimoniais. Assim, o interesse privado deixa de ter caráter exclusivamente egoístico para vincular-se, necessariamente, a determinado valor constitucional. Nesse cenário, compreende-se que a perda, em favor do Estado, da propriedade que não cumpre sua função social decorre não de obsoleta supremacia do interesse público, identificado com a vontade da Administração Pública, mas no dever do Poder Público em recuperar e promover a funcionalização dos bens particulares aos interesses sociais dignos de tutela. (MONTEIRO FILHO; RENTERIA; TEPEDINO, 2020, p.192)

O caráter estruturante exige a inserção e integração da função como parte indispensável da propriedade. Neste sentido: “Assim a função social deve ser considerada como parte integrante do próprio conceito do direito de propriedade e não apenas como elemento externo que venha comprimir ou restringir sua função.”(CAMARGO, p. 57, 2004)

A visão estruturante é uma guinada paradigmática, que dialoga com a perspectiva limitadora. A ideia daquela vertente, mais amadurecida e protegida que a limitadora, é enxergar a função social como primordial, ao ponto de a propriedade ser inócua se não for funcionalizada ou desconfigurada, deixando a função social de ser elemento externo e migrando para o horizonte integrador, necessitado de uma roupagem concretamente existencialista, caracterizada como dever imposto aos particulares e ao Estado.

## 8.5 Outras modalidades de função social

### 8.5.1 Função social dos contratos

A função social dos contratos, diferentemente da função social da propriedade e da empresa, não está presente na Constituição Federal (BRASIL, 1988) e sim no Código Civil (BRASIL, 2002), que preceitua a funcionalização como norte hermenêutico.

Caio Mário da Silva Pereira (1998) analisa que a função social dos contratos surgiu com o passar do tempo, a partir de mudanças sociais. Diante disso, a função social reconhece que os contratos são socializados, isto é, ocorrem, de alguma forma, num contexto de sociedade. Nesse ponto, eles dinamizam a economia e impulsionam a sociedade, na medida em que são meios para viabilizar a circulação de mercadorias e serviços.

Houve modificação epistemológica, ante as mudanças nos panoramas hermenêuticos da ciência do Direito Civil. Afinal, não mais se lê um contrato em um caráter estritamente relativo às partes nele contempladas. Todo o contrato, segundo a função social, traz consigo uma transcendência, haja vista sua incidência parcial ou plena perante a coletividade.

Na visão de Carlos Roberto Gonçalves (2020) é nítida a interface profunda entre a função social dos contratos e da propriedade, a partir da visão dialética e da busca pelo bem comum, conforme inclusive o Conselho de Justiça Federal<sup>166</sup>.

Na concepção de Caio Mário da Silva Pereira (2003), a função social dos contratos, pode ser observada a partir da proposição de que o Código Civil de 2002 traz em seu arcabouço o regime da livre iniciativa, que é dominante na economia do país; assim como a liberdade de contratar. Nesta medida, os referidos corolários são defensores da ordem pública e da justiça comutativa.

Outro princípio ligado à função social dos contratos é a socialidade, nas palavras de Rosenvald e Chaves (2006). Segundo os quais, este princípio, que está associado ao bem comum e a solidariedade, consistiu em uma ambição de projeto de Miguel Reale. Trata-se da necessidade de cooperação, para a satisfação de interesses patrimoniais recíprocos, sem permitir o comprometimento da dignidade e da personalidade.

---

<sup>166</sup> A “Jornada de Direito Civil”, realizada em Brasília de 11 a 13 de setembro de 2002, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, do Superior Tribunal de Justiça, com acerto, baseando-se no princípio da conservação do contrato, amoldado às regras da função social do contrato e da boa-fé objetiva, proclamou: “A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas” (STJ 22). Significa dizer que o contrato é também instrumento de realização do bem comum. (GONÇALVES, 2020, p. 28)

Interpretar a função social é ponderar sobre o grau de intervenção do Estado e de autonomia privada. Ademais, a função social dos contratos está relacionada ao objetivo republicano de constituição de uma sociedade livre, justa, solidária.

A percepção da função social como agente limitador apresentou mudanças panorâmicas, em virtude da superveniência da Medida Provisória 881, convertida na Lei 13.784 de 2019, responsável por tutelar a liberdade econômica, a partir da revisão em *ultima ratio*, além de preceituar a intervenção mínima nas relações contratuais. Assim, com a superveniência das referidas Leis, a autonomia privada foi fortalecida:

A função social do contrato, inserida no dispositivo em apreço, foi uma inovação do atual diploma civil. Trata-se de “um princípio de justiça contratual, por meio do qual o juiz pode corrigir os efeitos produzidos entre as partes, em um primeiro momento, quando estes forem socialmente inaceitáveis por prejudicarem a coletividade ou por estarem em desacordo com valores fundamentais e, em um segundo momento, quando houver a produção de efeitos diversos daqueles esperados por uma das partes ao ter celebrado o contrato. Com a edição da MP 881 (convertida na mencionada Lei n. 13.874/2019), a liberdade de contratar continua sendo limitada pela função do contrato, mas esta, por sua vez, passa a ser limitada pela liberdade de contratar no exercício da atividade econômica, em especial pela tal ‘Declaração de Direitos de Liberdade Econômica’, o que pode caracterizar petição de princípio. Lendo atentamente tais afirmações, duas delas estariam relacionadas à função social do contrato: são aquelas dos incisos V e VIII do artigo 3º da MP 881, em que se estabelecem, respectivamente, a presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica – traduzindo-se: na celebração dos contratos –, preservando a ‘autonomia de sua vontade’, exceto em caso de disposição expressa em contrário, e a preservação da livre estipulação das partes no contratos empresariais (...) (GONÇALVES, 2020, p.31-32)

Desse modo, para aperfeiçoar a função social há que se pensar na função do contrato para a sociedade e para as partes. Percebe-se que na primeira faceta existem efeitos indiretos e reflexos de cada um dos contratos perante a sociedade.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2003), a função social dos contratos não pode ser analisada em descompasso com o princípio da obrigatoriedade, pois há uma complementariedade entre ambos.

A função social da propriedade tem relação de complementariedade com a função social dos contratos e outros tantos; trata-se de uma imposição à liberdade: “Combinados aos demais princípios já examinados, o princípio da função social importa redefinir o alcance daqueles outros princípios da teoria clássica, constituindo-se em um condicionamento adicional imposto à liberdade contratual.” (NEGREIROS, 2006, p. 208)

Em concordância está Arnaldo Rizzardo (2010):

A função social do contrato decorre da doutrina que se opôs ao liberalismo decorrente da Revolução Industrial e que veio a ser adotada pela Constituição

Federal do Brasil em 1988, a partir do direito de propriedade (art. 170, inc. III), passando a se impor como diretriz das relações jurídicas. (RIZZARDO, 2010, p. 21)

A eficiência contratual é também elemento relevante para a função social e tem implicação direta em relação ao conceito de funcionalidade contratual. Nesse caso, os contratos necessitam ter utilidade para a sociedade, com a devida atenção à sua dinamicidade.

os contratos estão em um cenário de evolução em que novos fatores devem ser considerados no direito contratual, como a massificação, o mundo globalizado e as necessidades mínimas da pessoa. A função social da propriedade introduzida na Constituição Federal de 1988 e a função social do contrato introduzida no Código Civil não foram um sinal de ruptura, mas a positivação de um princípio já constante no ordenamento jurídico. Não há uma ruptura, mas a adoção de novos paradigmas ao longo do último século, o qual marcou a superação gradual do liberalismo – eis um dos pontos da evolução que coloca os direitos fundamentais da pessoa como relevantes e fora simplesmente do papel. (RULLI NETO, 2011, p.20)

Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2020), o descumprimento da função social dos contratos, a depender da análise do caso concreto, poderá gerar os seguintes efeitos, aplicáveis até mesmo de ofício, que permearão os planos de existência, validade ou a condenação de cunho patrimonial, por meio das perdas e danos:

o juiz poderá preencher os claros do que significa essa “função social”, com valores jurídicos, sociais, econômicos e morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc (...) Com isso, ainda que, por exemplo, o autor de ação de revisão de contrato não haja pedido na petição inicial algo relativo à determinada cláusula geral, o juiz pode, de ofício, modificar cláusula de percentual de juros, caso entenda que deve assim agir para adequar o contrato à sua função social. Assim agindo, autorizado pela cláusula geral expressamente prevista na lei, o juiz poderá ajustar o contrato e dar-lhe a sua própria noção de equilíbrio, sem ser tachado de arbitrário” (GONÇALVES, 2020, p.30)

Constrói-se também o princípio da equivalência material como implicante à função social dos contratos. Tratar-se-ia de uma expressão do princípio da boa-fé objetiva, assim como da probidade. Trata-se de uma análise sobre o equilíbrio das prestações contratuais.

### **8.5.2 Função social da empresa**

A função social da empresa, assim como a função social da propriedade têm previsão constitucional, diferentemente da função social dos contratos, que tem previsão no Código Civil, nos termos do artigo 421 do vigente Código Civil. Assim, o legislador infraconstitucional não poderá criar quaisquer dispositivos que sejam antinômicos à função

social da empresa ou tampouco à função social da propriedade, dada a previsão constitucional.

A função social se estrutura a partir de elementos como a solidariedade, boa-fé e respeito à dignidade da pessoa humana e outros tantos elementos.

José Afonso da Silva (2006), em uma análise constitucional, analisa que a função social da empresa é atribuída em razão do artigo 170, bem como do artigo 160, em seu inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), pelo fato de a função social ser um pilar da ordem social e econômica.

Rodrigo Almeida Magalhães (2007) soma outros dispositivos, para demonstrar o quão trabalhada é a função social dogmaticamente. Nessa análise, é citado o artigo 5º, em seu inciso XXIII<sup>167</sup>, bem como o artigo 173<sup>168</sup>, em seu parágrafo primeiro, inciso I, além do artigo 182<sup>169</sup>, parágrafo segundo, e os artigos 184<sup>170</sup>, *caput*, e 185<sup>171</sup>, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Em análise infraconstitucional, Magalhães (2007) soma o artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002), o artigo 116<sup>172</sup>, parágrafo único da Lei 6.404/76, a Lei das

---

<sup>167</sup> “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.” (BRASIL, 1988)

<sup>168</sup> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

<sup>169</sup> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (BRASIL, 1988)

<sup>170</sup> 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. (BRASIL, 1988)

<sup>171</sup> Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

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. (BRASIL, 1988)

<sup>172</sup> Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Art. 116-A. O acionista controlador da companhia aberta e os acionistas, ou grupo de acionistas, que elegerem membro do conselho de administração ou membro do conselho fiscal, deverão informar imediatamente as modificações em sua posição acionária na companhia à Comissão de Valores Mobiliários e às Bolsas de Valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia

sociedades por ações, que visa impedir abusividade do exercício do poder de controle por parte do acionista controlador. E, por fim, o artigo 47<sup>173</sup> da Lei de falência e recuperação, a Lei 11.101 do ano de 2005, convergente ao discurso da preservação da empresa, tendo em vista, os múltiplos interesses atrelados à empresa, deixando a falência como a *ultima ratio*.

A Lei das Sociedades Anônimas, a Lei 6.404 (BRASIL, 1976), estabelece em face dos administradores e acionistas, vários deveres de eticidade, socialidade e probidade, tais como a lealdade e transparência.

A exigência de lisura, idoneidade aos seus sócios revela comprometimento social da empresa. Afinal, todos esses deveres buscam afastar e reprimir condutas individualistas, que são antitéticas à função social da empresa.

A respeito desses deveres, que são adjacentes à função social da empresa, analisa Osmar Brina (2005):

Dever de exercer o direito de voto no interesse da companhia, evitando o abuso do direito e o conflito de interesses (art. 115); 2. Realizar, nas condições previstas no estatuto ou no boletim de subscrição, as prestações correspondentes às ações subscritas ou adquiridas (art. 106) (LIMA, 2005, p. 225)

Brina (2005), interpretando a Lei 6.404 (BRASIL, 1976), analisa vários deveres dos administradores, o primeiro dos quais consiste na obediência, que significa: “respeito, acatamento, submissão à lei e ao estatuto social.” (LIMA, 2005, p.181)

Outro dever que também será contributivo para a função social da empresa é o do dever de diligência, que

significa cuidado ativo, zelo, aplicação, atividade, rapidez, presteza. O administrar da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios (art. 153). (LIMA, 2005, p. 181)

Segundo Osmar Brina (2005) o dever de lealdade é genérico, a partir do qual diversos outros princípios decorrem, como o dever informacional e o de votar a favor da companhia.

A função social deve ser vista como estímulo, sob o olhar da manutenção da atividade empresarial, produção de empregos, empreendimentos, isto é, deve ser vista sistematicamente:

---

estejam admitidos à negociação, nas condições e na forma determinadas pela Comissão de Valores Mobiliários. (BRASIL, 1976)

<sup>173</sup> Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005)

A função social ainda tem a importante consequência de assegurar a preservação e a manutenção da atividade empresarial como geradora de empregos, tributos e riquezas para a comunidade. Aliás, para muitos autores, o efeito principal da função social da empresa seria precisamente o atendimento deste objetivo. Por mais que se adote, neste trabalho, uma compreensão mais ampla da função social, não se questiona que o aspecto de manutenção estável e duradoura da atividade e da rentabilidade empresariais é fator imprescindível a ser considerado no interesse social, até por ser pressuposto do atendimento de todos os demais interesses que se projetam sobre a empresa. (NEGRÃO, 2019, p.98)

O professor Rodrigo Almeida Magalhães (2007) sustenta que o sentido da função social é a codificação de normas, que têm o propósito de inculcar a necessidade de agir em consonância com os interesses sociais:

Para a empresa, é atribuído o exercício de uma função sócia, que atende não só os interesses e a autonomia privada dos sócios, mas também da coletividade, atrelando a noção de função social à atividade econômica face a sua importância. (MAGALHÃES, 2007, p. 345)

Todavia, alerta o autor que função social não se confunde com filantropia, que é mais convidativa no tocante às fundações:

Entretanto, a função social não pode ignorar a função primeira da empresa que é o lucro. Não pode ser esta anulada a pretexto de cumprir uma atividade assistencial, filantrópica. A empresa, tem uma função social, não uma função de assistência social(...) A função social jamais poderá ocupar a função econômica da empresa. Empresa sem lucro não sobrevive, deixa de funcionar. (MAGALHÃES, 2007, p. 345)

Embora a função social da empresa parta de semelhantes pressupostos em relação à função social da propriedade, não há como negar que na primeira modalidade de função social a finalidade lucrativa é inafastável.

No mesmo ambiente de valoração social, inclusive reconhecendo o impacto social da empresa, está o Supremo Tribunal Federal:

Dentro deste conceito, voltado para a compreensão de que o âmbito coletivo deve também ser privilegiado, o conceito de função social da empresa compreende também os diversos benefícios que a atividade empresarial desempenha para a coletividade. Esta concepção positiva e que reconhece o valor social das empresas, inclusive, foi adotada em recente decisão do Supremo Tribunal Federal, demonstrando uma tendência interpretativa jurisprudencial a uma compreensão favorável ao reconhecimento do positivo papel que a atividade empresarial desempenha na sociedade brasileira. Aliás, como deve ter sido inferido dos capítulos anteriores, outro não poderia ser o entendimento do STF, guardião da Constituição, uma vez que o regime constitucional da empresa reconhece a importância da liberdade e atividade empresarial, prescrevendo-a e protegendo-a na vigente Lei Maior do País. (TAVARES, 2013, p.93)

Em similar sentido está Fábio Konder Comparato (1990), segundo o qual a função social é um poder-dever da empresa, cuja vocação é exigir que as funções empresariais sejam exercidas sem quaisquer nocividades aos interesses coletivos. Em sentido complementar, Carlos Roberto Gonçalves defende que a função social “impõe freios à atividade empresarial” (GONÇALVES, 2021, p.8)

A função social da empresa reconhece a necessidade de respeito à coletividade, porém, também entende que a finalidade lucrativa deve ser acolhida. Neste sentido está Ricardo Negrão, invocando Sztajn:

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimentos, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra de eficiência, metajurídica, dificilmente atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá. (NEGRÃO, 2019, p. 33)

A função social da empresa também tem íntima ligação com o contexto falimentar, em razão da valorização do princípio da preservação da empresa, tão marcante para a compreensão da recuperação judicial e extrajudicial. Neste universo, a Recuperação Judicial e extrajudicial são relevantes institutos que valoram os princípios da preservação e função social, além de diversos interesses, tais como: estatais, ante os tributos arrecadados; dos credores; da própria empresa insolvente, que tem a sua continuidade posta em xeque; dos trabalhadores, cuja manutenção do emprego está sob risco, em virtude da insolvência da empresa:

A preservação da empresa e, conseqüentemente, da função social da empresa, não é restrita ao empresário ou sociedade empresária, mas visa a proteção de toda a comunidade e do Estado que se beneficiam, direta ou indiretamente, com a atividade desenvolvida pela empresa. O art. 47 da LRE retrata, legalmente, o cerne da Função Social da Empresa e o instituto da Preservação da Empresa haja vista que busca a preservação da mesma frente aos envolvidos (comunidade, empresário, sociedade empresária, Estado e outros) e, assim, sejam preservados seus postos de trabalho, o recolhimento fiscal, garantindo investimentos em inovações tecnológicas, circulação de mercadorias e serviços e evolução das iniciativas empresariais (...) a empresa merece ser preservada pela função social que exerce.” (BRUSCATO, 2011, p. 514).

Portanto, o desafio da função social da empresa é harmonizar a função econômica à social, tendo em vista a alteridade e os diversos interesses envolvidos.

## 9. CONSEQUÊNCIAS ATINENTES AO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

### 9.1 Hipóteses

#### 9.1.1 Usucapião

A usucapião é instituto decisivo para o Direito das Coisas. Nesse sentido, é prudente hermeneuticamente a promoção de uma interface entre o instituto da usucapião e os direitos sociais; isto é, por meio dela é possível a materialização de direitos sociais, dependendo dos contornos do caso concreto.

O Direito das Coisas comumente é explicado através da usucapião; isto é, como regra, o detentor não faz jus à ela. Por outro lado, o possuidor só fará jus a usucapião se exercer posse qualificada sobre a coisa, comprovada através do manejo de competente ação petítória, que se exitosa destinará ao usucapiente o título para fins de registro da propriedade, no contexto imobiliário.

Paulo Nader (2016) objetivamente sustenta: “a usucapião é modalidade de aquisição originária da propriedade, móvel ou imóvel, e de outros direitos reais, mediante a posse mansa e pacífica, com *animus domini*, e durante determinado prazo fixado em lei.” (NADER, p.124, 2016)

##### 9.1.1.1 Espécies e pressupostos

O pressuposto subjetivo *animus domini* é decisivo para a compreensão da usucapião, nos termos do artigo 1238 e seguintes do Código Civil, não importando a sua espécie (extraordinária, ordinária, especial rural ou *pro labore*, especial urbana individual, especial urbana familiar, especial urbana coletiva, de silvícolas ou administrativa). Num sentido histórico, expõe Rizzardo:

No direito brasileiro, temos quatro espécies básicas de usucapião de imóveis. Duas são reguladas unicamente pelo Código Civil de 2002, e se encontravam no Código de 1916: o usucapião ordinário e o extraordinário. Uma terceira modalidade tem a origem no usucapião rural especial da Lei nº 6.969, de 1981 (que, na verdade, ainda subsiste, embora tenha perdido a utilidade), o qual substituiu o usucapião rural pro labore, permitido pelo art. 98 do Estatuto da Terra, embora não o tenha suprimido. É hoje complementado pelo art. 191 da Constituição Federal e consta regulado no Código Civil. (RIZZARDO, p.259, 2016)

A usucapião exige que a posse seja qualificada, não meramente simples, *ad interdicta*. Tal qualificação se dá em decorrência do *animus domini*, cumulado com o fato de a posse ser mansa, pacífica e ininterrupta, bem como em razão da necessidade de o usucapiente primar pelos pressupostos normativos, incluindo o lapso temporal para fins de prescrição aquisitiva:

O fundamento da usucapião está assentado, assim, no princípio da utilidade social, na conveniência de se dar segurança e estabilidade à propriedade, bem como de se consolidar as aquisições e facilitar a prova do domínio. Tal instituto, segundo consagrada doutrina, repousa na paz social e estabelece a firmeza da propriedade, libertando-a de reivindicações inescrutadas, corta pela raiz um grande número de pleitos, planta a paz e a tranquilidade na vida social: tem a aprovação dos séculos e o consenso unânime dos povos antigos e modernos (GONÇALVES, p.238, 2018)

Nos termos do Código Civil de 2002, destacadamente, a partir do artigo 1.238 do Código Civil são percebidas as modalidades iniciais de usucapião. A primeira das quais consiste na extraordinária, marcada pela presença do menor número de pressupostos, entre os quais o lapso temporal de 15 (quinze) anos, que pode ser reduzido para 10 (dez) anos se houver prova de que o imóvel é usado para fins de moradia habitual ou que foram produzidas obras relevantes sob a égide econômica ou social. Além disso, são exigidas as provas da qualificação, isto é, que a posse seja mansa, pacífica e ininterrupta, independentemente da boa-fé e justo título, além do *animus domini*, a intenção de dono.

Por outro lado, há a usucapião ordinária, preceituada no artigo 1242 do vigente Código Civil. Nesta modalidade a posse será qualificada quando houver a prova do elemento subjetivo *animus domini*, assim como ser mansa, pacífica e ininterrupta, como também o justo título e boa-fé. Neste caso, o prazo aquisitivo a ser provado é de 10 (dez) anos, passível de redução, desde que a posse tenha sido adquirida amparada em justo título cancelado ulteriormente, cumulado ao fato de ter havido, por parte do usucapiente, a utilização do imóvel para fins de moradia ou a realização de obras sociais ou econômicas.

As referidas modalidades são as mais basilares, contudo, existem outras cuja prescrição aquisitiva será de cinco anos e que haverá a exigência de que nenhum dos usucapientes pode ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião especial rural ou pró-labore tem previsão no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, que deverá respeitar o máximo da área permitida, isto é, o imóvel a ser usucapido não poderá sobejar o importe de cinquenta hectares. Além disso, o imóvel deve ser situado em zona rural e o usucapiente utilizar o imóvel para fins de moradia, além de tornar a terra produtiva em virtude de seu labor ou de sua família.

Em similar teor, há a usucapião especial urbana individual, nos termos do artigo 9º da Lei 10.257/2001, segundo a qual o usucapiente deverá provar a sua moradia no imóvel, além de o imóvel estar situado em zona urbana e não exceder o importe de duzentos e cinquenta metros quadrados. Em contíguo sentido a usucapião coletiva urbana, que exigirá que o imóvel (típico de núcleos urbanos informais) esteja situado em zona urbana, que haja uma multiplicidade de usucapientes e que a fração de cada possuidor não seja superior ao importe de duzentos e cinquenta metros quadrados. Esta modalidade coletiva sofreu recente mudança da Lei 13.465/17, capaz de alterar o conteúdo do artigo 10, da Lei 10.257/2001:

Os núcleos urbanos informais existentes sem oposição há mais de cinco anos e cuja área total dividida pelo número de possuidores seja inferior a duzentos e cinquenta metros quadrados por possuidor são suscetíveis de serem usucapidos coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 2001)

Por fim, a modalidade da usucapião especial urbana familiar, cuja metragem do imóvel urbano também não excederá<sup>174</sup> a duzentos e cinquenta metros quadrados. Esta modalidade exige que o imóvel a ser usucapido seja de propriedade de ambos os cônjuges envolvidos e que, em virtude do abandono de lar, o cônjuge remanescente (abandonado) tenha exercido posse exclusiva, por lapso temporal superior a dois anos.

Outras modalidades são relevantes, como as concernentes aos silvícolas, assim como a usucapião administrativa ou extrajudicial, a ser obtida perante o cartório competente, conforme os preceitos contidos na Lei 13.105/15.

Há que se somar também a legitimação da posse<sup>175</sup>, impactada pela Lei 13.467 de 2017, que poderá recair sobre imóveis privados, cujo fim é buscar a urbanização, com a devida formalização perante o Cartório de Registro de Imóveis competente.

---

<sup>174</sup> Enunciado 313: Quando a posse ocorre sobre área superior aos limites legais, não é possível a aquisição pela via da usucapião especial, ainda que o pedido restrinja a dimensão do que se quer usucapir.

<sup>175</sup> A Lei n. 11.977, de 7 de julho de 2009, que criou o programa “Minha Casa, Minha Vida” (PMCMV), destinado ao custeio de moradia à população de baixa renda, instituiu também a regularização fundiária, com as alterações introduzidas pela Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. Trata-se de um processo para transformar terra urbana em terra urbanizada, com infraestrutura e integração à cidade. A referida lei disciplina modalidade de usucapião administrativa, requerida e processada no Cartório de Registro de Imóveis, e não em juízo, prevendo a possibilidade de o Poder Público legitimar a posse de ocupantes de imóveis públicos ou particulares. Foi ela, no entanto, alterada pela Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017, que trata da questão dentro do Instituto da Regularização Fundiária Urbana (REURB). Dispõe, com efeito, o art. 25 da lei em apreço: “Art. 25. A legitimação de posse, instrumento exclusivo para fins de regularização fundiária, constitui ato do Poder Público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da REURB, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade, na forma desta Lei. § 1º A legitimação de posse poderá ser transferida por causa mortis ou por ato inter vivos. § 2º A legitimação de posse não se aplica aos imóveis urbanos situados em área de titularidade do Poder Público”. (GONÇALVES, 2021, p.102)

A usucapião de bens públicos é vedada, porém, é matéria merecedora de reflexão, conforme o caso concreto, à luz da função social da propriedade, que também deve ser observada pelo poder público. Isto porque, existem conjunturas nas quais a Administração Pública deve exercer seu poder público de forma a ajustar-se aos anseios e ao bem comum<sup>176</sup> da sociedade.

Nessa esteira, importa salientar que é dever da Administração Pública zelar pela constitucionalidade de políticas públicas e assegurar direitos sociais, além de proteger e promover os direitos transindividuais, tutelando coletivamente direitos individuais homogêneos indisponíveis, difusos e coletivos.

Sabe-se que as questões jurídicas do direito de propriedade no Brasil sempre foram tratadas com generalidade, como se fosse possível recortar os direitos individuais da supremacia do interesse público<sup>177</sup>. Essa mesma generalidade na aplicação das leis elevou as discrepâncias sociais, além de propiciar a ingerência do poder público sobre os interesses coletivos, dificultando inclusive o acesso à moradia digna pelas famílias de baixa renda. Assim, o instituto de usucapião de bens públicos deve ser pensado na medida, em consonância com os parâmetros da equidade e justiça social, com objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, ponderando-se o complexo universo da usucapião, a ausência de zelo fático do proprietário em relação à coisa, a ausência de tutela, aproveitamento do solo, ao ponto de permitir que outrem exerça a posse qualificada sobre o imóvel, são hipóteses que poderão gerar a perda da propriedade.

A usucapião para se deflagrar exige a materialização de considerável lapso temporal aquisitivo. Em outras palavras, se determinado proprietário não zelar pela função social não há que se falar na perda imediata da propriedade, o que caracteriza um cenário dogmático de aparente tolerância temporal do descumprimento da função social da propriedade.

Neste sentido, em tom de reiteração ao discurso empregado neste trabalho, a concentração capitalista é legítima constitucionalmente, contudo, o exercício do direito de propriedade não pode vilipendiar a função social.

---

<sup>176</sup> O juiz, ao proferir sentença, deve retratar a absorção do sentido social de sua realidade temporal e espacial e não expressar um sentimento individual de justiça, quando então estará substituindo o legislador, criando lei individual e egoística. Não pode o julgador substituir o Direito; tem o dever de ser seu intérprete. Nessa interpretação e integração de normas reside o papel criador do magistrado. (VENOSA, p.352, 2020)

<sup>177</sup> A teoria da colisão de direitos ou da prevalência do direito público sobre o privado exterioriza a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e, por fim a teoria da Função Social da Propriedade seria aquela na qual as coisas tem uma função a ser vinculada à coletividade o que aduz restrições, não ao direito, mas às prerrogativas do proprietário que é a que, para fins da presente pesquisa melhor coaduna-se posto somar o fundamento das demais teorias em um preceito constitucional. (PTSICA, 2016, p.45)

Há sensibilidade no discurso da usucapião sobre bens imóveis, além de flagrante interface com a função social, a partir do pressuposto da moradia<sup>178</sup>; que em todas estas

<sup>178</sup> Conforme Bretas e Fialho (2019) a moradia deve ser analisada com grande sensibilidade, senão vejamos:

A moradia é um direito fundamental e cabe ao Estado, juntamente com a sociedade, empreender esforços para que todos tenham acesso à habitação. A falta de moradia proporciona a exclusão social em vários sentidos. O indivíduo fica com sua identidade comprometida. Atomizado no meio social e excluído do acesso ao crédito, à educação e exposto a variadas mazelas sociais, como a criminalidade. “Ser itinerante”, muitos moradores de túneis, viadutos, pontes, praças e margens de avenidas. Mas, mesmo diante dessa vivência ultrajante, o indivíduo procura ocupar um espaço, onde possa guardar seus “pertences” e identificar-se. Muitos moradores de rua, a exemplo, os “meninos” da Avenida dos Andradas em Belo Horizonte, acomodaram-se naquele espaço, possuem animais domésticos, como cachorros, e vivem à espera de alimentos doados pela população, e ao abrigo do “nada”, sem, ainda, a mínima condição de educação e higiene. Vê-se, assim, como o indivíduo é gregário, mesmo despossuído de “tudo”! Vê-se, também, a abissal distância entre as situações de desamparo e o texto constitucional, pois o modelo de urbanização brasileiro é excludente e foi abordado pela Secretaria Nacional de Programas Urbanos:

O modelo de urbanização brasileiro produziu nas últimas décadas cidades caracterizadas pela fragmentação do espaço e pela exclusão social e territorial. O desordenamento do crescimento periférico associado à profunda desigualdade entre áreas pobres, desprovidas de toda a urbanidade, e áreas ricas, nas quais os equipamentos urbanos e infra-estruturas se concentram, aprofunda essas características, reforçando a injustiça social de nossas cidades e inviabilizando a cidade para todos.

Grande parcela das cidades brasileiras abriga algum tipo de assentamento precário, normalmente distante, sem acesso, desprovido de infra-estruturas e equipamentos mínimos. Na totalidade das grandes cidades essa é a realidade de milhares de brasileiros, entre eles os excluídos dos sistemas financeiros formais da habitação e do acesso à terra regularizada e urbanizada, brasileiros que acabam ocupando as chamadas áreas de risco, como encostas e locais inundáveis. Por outro lado, em muitas cidades, principalmente em suas áreas centrais, uma massa enorme de imóveis se encontra ociosa ou subutilizada, reforçando a exclusão e a criação de guetos – tanto de pobres que não dispõem de meios para se deslocar, quanto de ricos que temem os espaços públicos –, realidade que contribui para a violência, para a impossibilidade de surgimento da cidadania. (BRASIL, s.d.).

Assim, “a superação dos problemas ocasionados pela combinação entre urbanização intensiva, degradação ambiental, desigualdades socioeconômicas e exclusão socioespacial é o grande desafio da consolidação da democracia na gestão urbana.” (FERNANDES, 2001, p. 1). Nesse sentido, para regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi promulgada, em 10 de julho de 2001, a Lei nº 10.257, denominada Estatuto da Cidade.

Esta Lei tem o compromisso de desenvolver uma política urbana que inclua inúmeros brasileiros sem acesso à moradia, ou em condições indignas de habitação. Como um de seus instrumentos, possui o plano diretor, obrigatório para cidades com população acima de 20 mil habitantes, devendo ser estruturado com vistas ao atendimento da função social da propriedade, conforme art. 182 do texto constitucional. Assim, para atender o interesse social, o Estatuto estabelece:

Art. 1º [...]. Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. (BRASIL, 2001).

Portanto, no Estatuto da Cidade residem os parâmetros estabelecidos para o cumprimento da função social urbana, de forma a permitir o acesso à moradia e uma política urbana inclusiva e democrática.

O Governo também vem criando programas visando o acesso à moradia. Destaque para o Programa Minha Casa Minha Vida, criado através da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, que também dispõe sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

O programa prevê uma série de requisitos a serem preenchidos para o acesso à casa própria, priorizando, na seleção: as famílias desabrigadas ou que perderam seu único imóvel, ou ainda residentes em áreas de risco ou insalubres; com mulheres chefes de família; que possuam pessoas com deficiência; reserva de no mínimo 3% das unidades habitacionais para atendimento aos idosos e às famílias que tenham pessoas com deficiência. (BRASIL, 2009).

Em meio à falta de moradia, outro princípio comumente desrespeitado é o da solidariedade, conceituado por Moraes (2006, p. 48) “como o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.”. Lima (2003, p. 255), citando Diniz, quanto ao princípio do solidarismo social, sustenta: “o princípio do solidarismo representa o reconhecimento da função social da propriedade e dos negócios jurídicos, a fim de conciliar as exigências da coletividade com as exigências do particular.”.

modalidades é relevante, sejam nas usucapiões extraordinária e ordinária, conforme os artigos 1238, parágrafo único e 1.242, parágrafo único do Código Civil, para fins de redução da prescrição aquisitiva, sejam nas usucapiões especiais urbana individual, coletiva e rural, cuja moradia é indispensável.

O instituto nevrálgico para a defesa da usucapião de bens públicos consiste na moradia, ante o seu impacto constitucional e pertencimento ao discurso de patrimônio, conforme exposto no capítulo deste trabalho sobre o instituto “patrimônio”. Assim, em virtude de tamanha relevância, outra sorte não há senão propugnar a moradia como imprescindível para a justiça urbana ou rural, não obstante a complexidade da conceituação da expressão justiça, isto é, o local no qual o sujeito estabelece sua morada.

Sobre a dimensão desta temática, atrelando a possibilidade de usucapião aos bens públicos dominicais:

Alguns poucos autores, no entanto, sustentam ser possível usucapir bens públicos, ao fundamento de que tais bens devem cumprir sua função social, consagrada na Constituição Federal. Esta não isenta os referidos bens do dever de cumprir função social. Não é concebível, aduzem, que apenas os bens privados devam se dedicar ao interesse social, exonerando os bens públicos de tal mister. Assim, os bens dominicais, quando não tiverem uma destinação específica, poderão não efetivar o comando constitucional de cumprir sua função social. Seria o caso, por exemplo, de bem dessa espécie relegado ao abandono e que, por essa razão, serviu de moradia a determinada família ou conjunto de famílias, durante lapso de tempo suficiente para a aquisição da propriedade por usucapião, estando presentes os demais pressupostos legais. (GONÇALVES, 2021, p.106)

A moradia se encontra categoricamente com a função social, porém, com o devido zelo hermenêutico, isto é, se exercida individualmente ou limitadamente sobre determinado bem público dominical, estabelece a busca da individualização sobre o bem de interesse coletivo. Nesta hipótese, o melhor caminho seria a afetação ou a alienação, ao invés de legitimar a usucapião, de modo a não prejudicar a coletividade, que perderia o bem público para um grupo limitado de pessoas.

---

Considera-se que o princípio do solidarismo é desrespeitado, na medida em que o alteré marginalizado no contexto de formação das cidades e pelo enorme déficit habitacional existente. Como exemplo de elitização e de uma política urbana não inclusiva, destaca-se o pedido dos cidadãos com maior recurso financeiro que buscam na justiça o direito a uma legislação própria para os condomínios fechados. Eis a decisão:

O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a existência de repercussão geral em processo sobre a obrigatoriedade de plano diretor como instrumento de política de ordenamento urbano. [...] A decisão questionada foi tomada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011). No momento, cabe ainda ressaltar que, contrastando com a falta de moradia de milhares de indivíduos, existem inúmeros imóveis urbanos fechados, sendo alguns lotes vagos, improdutivos, causadores de danos ambientais, adquiridos com fins meramente especulativos, sem destinação ao uso a que se voltam. É o latifúndio rural “habitando” as cidades! Esses imóveis não cumprem função social alguma. Cabe ao Estado aplicar medidas sancionatórias, como a desapropriação, ao proprietário desidioso que não cumpre a função social.

Por outro lado, se estivermos diante de um bem público dominical ocupado por uma coletividade, haveria um confronto entre a coletividade de pessoas ocupantes *versus* o interesse coletivo sobre o bem público ocupado. Nesta conjectura, a coletividade seria prestigiada, bem como a função social; isto é, a inércia do Estado, cumulada com a desafetação do bem público, estampam o descumprimento da função social pelo próprio Estado e o reflexo cumprimento da função social pela coletividade, justificando-se excepcionalmente a usucapião sobre bens públicos, por meio do qual o altruísmo e o olhar negativo transmitem a necessidade de reconhecimento de uma coletividade desprovida de moradia, que passa a dar utilidade social e coletiva sobre um bem imóvel público não aproveitado pelo Estado. Este é o posicionamento a partir da proporcionalidade, apesar de os direitos reais sociais poderem representar um escape para turbulências sociais imobiliárias, tais como a concessão de uso especial e concessão de uso especial para fins de moradia, previstos na Lei 11.481 de 2007. Assim, na tensão entre interesses sociais e do proprietário, não é razoável a inércia e o descumprimento da função social pelo próprio Estado.

O fato é que tipicamente o êxito na ação de usucapião, logrado pelo usucapiente, exterioriza o descumprimento da função social, em alguma margem. Ora, em decorrência dos substanciais lapsos temporais aquisitivos, aquele proprietário que não vindica a posse, apesar do exercício da posse de outrem, e permite que o usucapiente preencha os prazos exigidos e demais requisitos, é inerte ao ponto de perder o direito real sobre coisa própria, o que demonstra que o usucapiente está a cumprir comissivamente a função social em grau legitimador e justificante, ao ponto de registrar o imóvel em seu próprio nome.

### **9.1.2 Sanções Administrativas**

Em sede de função social da propriedade é importante invocar a interpretação de que a ausência de pagamento de tributo pode significar a desfuncionalização. Para a compreensão desta visão, não haverá aprofundamento da natureza jurídica do tributo. Desse modo, o desígnio arrecadatário estatal consiste em obter aparatos para fins de materialização dos deveres estatais constitucionais. A partir desta visão coletiva, deixar de adimplir tributos é eivar o ente estatal, reflexamente a coletividade e a função social. A decisão foi assim proferida:

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 capítulo intitulado "Da Política Urbana", de cujo artigo 182, notadamente §§2º e 4º, se extrai a obrigatoriedade de observância do plano diretor pela iniciativa privada. Recurso Especial nº 27.039-3/SP, julgado em 8 de novembro de 1993, trecho extraído do voto do Min. Nilson Naves. O pedido autoral encontrou amparo, ainda, na Resolução nº 1.231/86, do Conselho Federal de Medicina, que, em seu artigo 1º, assegura a todo médico o direito de utilizar-se das instalações de qualquer hospital público ou privado, ainda que não faça parte do seu corpo clínico. O recorrente invocou, também, os artigos 20 e 25 do Código de Ética Médica, que tipificam o cerceamento de atividade profissional. O proprietário do hospital, por outro lado, sustentou que as aludidas normas administrativas violavam o seu direito de propriedade, consubstanciado no artigo 524 do Código Civil, que na condição de norma hierarquicamente superior deveria prevalecer. A decisão invocou a função social da propriedade (artigo 5º, XXIII, da Constituição da República), a fim de afastar a pretendida violação ao dispositivo do Código Civil. ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstância esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união. (SCHREIBER, 2000 , p. 13)

A multa<sup>179</sup> deve observar a dosimetria e a proporcionalidade, podendo atingir patamares severos; todavia, não se presta a promover a perda da propriedade. Nesses termos, num contexto condominial:

É lícito, pois, concluir com Rubens Carmo Elias Filhoque, “observada a função social da propriedade e a vedação ao abuso do direito, em situações excepcionais em que a aplicação das severas multas previstas nos arts. 1.336 e 1.337, do Código Civil, não forem suficientes para evitar condutas nocivas e antissociais pelo condômino recalcitrante, será cabível a propositura de ação judicial com a finalidade de afastamento do condômino do universo condominial, sendo, a priori, recomendável que a medida se limite a restringir o uso da propriedade, remanescendo ao condômino antissocial os atributos de fruir e dispor da propriedade. Em situações mais extremas, as medidas judiciais poderão envolver também a alienação compulsória da propriedade, mediante o procedimento de alienação judicial, na forma do art. 1.113, do Código de Processo Civil [de 1973; art. 730, CPC/2015], com observância aos arts. 126 do mesmo Codex [de 1973; art. 140, CPC/2015] e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”. (GONÇALVES, 2021, p. 161)

Portanto, as sanções administrativas são marcadas pela aplicação de multas<sup>180</sup> em face daquele que descumpra a função social. Em outro giro, ferir a coletividade, como regra, não desconfigurará a propriedade, apesar do contrapasso altruísta.

---

<sup>179</sup> Há diversos instrumentos que podem ser pensados: o Município, em conformidade com a Constituição Federal, o Código Civil e o Estatuto das Cidades - pode produzir diversas medidas para que o imóvel cumpra com sua função social como, a imposição de tributos, limitações, servidões, requisições, desapropriações, outorga onerosa do direito de construir, etc. (GONÇALVES, 2016, p.91)

<sup>180</sup> Publicação: 05 de julho de 2019

No caso analisado foi imposta multa por dano ambiental sob o fundamento da responsabilidade objetiva decorrente da propriedade da carga transportada por outrem, que efetivamente teve participação direta no acidente que causou a degradação ambiental. Ocorre que a jurisprudência desta Corte, em casos análogos, assentou que a responsabilidade administrativa ambiental é de natureza subjetiva. A aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e com demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano. A diferença entre os dois âmbitos (cível e administrativo) de punição e suas consequências fica

### 9.1.3 Imposto Predial Territorial Urbano progressivo

O tributo é toda prestação pecuniária (paga em dinheiro) que não constitua uma sanção (punição) por fato ilícito e compulsório (obrigatório). Esse conceito pode ser visto mais detidamente no artigo 3º: “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (BRASIL, 1966)

Imposto é uma das espécies de Tributo, sendo certo que, em nome do pacto federativo, os impostos serão divididos entre os entes federativos, conforme os critérios constitucionais. Ocorre que nesta divisão o Imposto Predial Territorial Urbano é imposto municipal<sup>181</sup>, cujo fato gerador diz respeito à posse ou a propriedade, a depender da Lei Ordinária que o instituiu.

De modo genérico o Imposto Predial Territorial Urbano está preceituado no artigo 156 da Constituição Federal de 1988:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. IV - (Revogado). § 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (BRASIL, 1988)

Por outro lado, a base do Imposto Predial Territorial Urbano progressivo, conforme o artigo 182, *caput*, da Constituição Federal tem o escopo de promover “o pleno

---

bem estampada da leitura do art. 14, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.938/1981. Em resumo: a aplicação e a execução das penas limitam-se aos transgressores; a reparação ambiental, de cunho civil, a seu turno, pode abranger todos os poluidores, a quem a própria legislação define como "a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, inc. V, do mesmo diploma normativo). Assim, o uso do vocábulo "transgressores" no *caput* do art. 14, comparado à utilização da palavra "poluidor" no § 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem (BRASIL, 2019)

<sup>181</sup> No caso específico do IPTU, diversas leis municipais, editadas em sua maioria antes de 1988, autorizavam os Municípios a empregar a progressividade com base na área e na localização dos imóveis tributados. Há aqui, na verdade, aspectos bastante distintos a demandarem tratamento e solução diferenciados: se a localização do imóvel não parece, a princípio, critério justificado para a cobrança do tributo progressivo, a sua área é, por outro lado, critério que se legitima em face mesmo das dificuldades de acomodação do contingente humano que se amontoa (...)SCHREIBER, 2000, p. 23-25)

desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.” (BRASIL, 1988). Assim, busca-se evitar “a deterioração das áreas urbanizadas, entre outros objetivos voltados ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.” (BORGES; MOLINARI, 2021,p.1). Nestes exatos moldes, é dever estatal , por meio de políticas públicas, tutelar a integridade dos habitantes e de valores humanos:

A função social da cidade é atender às necessidades básicas de seus habitantes e das gerações futuras, fornecendo qualidade de vida aos munícipes, possibilitando o desenvolvimento social e cultural de todos. Para tanto, são indispensáveis políticas públicas que visem à inclusão social, proporcionando moradia digna, educação de qualidade, acesso ao trabalho e ao lazer, com a participação popular. A cidade deve ofertar ao cidadão meios para ascensão cultural e social, de forma a gerar o desenvolvimento da humanidade, garantindo um futuro melhor tanto para o cidadão como às próximas gerações (THOMÉ, 2017, p.65)

O Imposto Predial Territorial Urbano progressivo é medida excepcional<sup>182</sup> que, por si só, não é suficiente para extinguir a propriedade em face do proprietário; contudo, pode ser a etapa antecedente para a promoção da perda da propriedade, em razão do descumprimento da função social, nos termos constitucionais.

Esta hipótese tem guarida no artigo 182 e 186 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ante a proteção da função social da propriedade, sem caráter punitivo, mas, de minorar os prejuízos causados pelo descumprimento deste princípio. Neste sentido:

A cobrança do IPTU progressivo com base na área do imóvel guarda, portanto, íntima relação com a função social da propriedade urbana, não representando instrumento de punição dos grandes proprietários, mas tão-somente forma razoável de repartição dos custos sociais. Com o tributo progressivo, assegura-se a propriedade privada sob extensas áreas urbanas, ao mesmo tempo em que se financia o atendimento aos valores existenciais das populações marginalizadas, tudo em plena consonância com os princípios da solidariedade social e da realização da dignidade humana. (SCHREIBER, 2000, p. 23-25)

O sustentáculo do Imposto Predial Territorial Urbano progressivo deve ser a defesa da função social da propriedade, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Ainda tratando de tema relativo à função social da propriedade, em matéria tocada pelo STF, interessante é olhar para jurisprudência anterior à Emenda Constitucional n. 29/2000. Portanto, tem-se: Esta Suprema Corte, ao declarar a inconstitucionalidade de dispositivos da legislação tributária do Município de São Paulo (normas análogas às que constituem objeto de apreciação no caso em análise), enfatizou que a única progressividade admitida pela Carta Federal, em tema de

---

<sup>182</sup> É certo que o IPTU progressivo deve ser instrumento de caráter excepcional e que sua incidência deve ficar limitada àquelas hipóteses em que se configura a finalidade de garantir o cumprimento da função social. Daí não se infere, entretanto, que deva ficar limitado aos casos de violação ao plano diretor. A observância das exigências de ordenação urbanística é critério objetivo dirigido à efetividade da função social. (SCHREIBER, 2000, p. 23-25)

IPTU, é aquela de caráter extrafiscal. Vocacionada a garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana, desde que estritamente observados os requisitos fixados pelo art. 156, § 1º e, também, art. 182, § 4º, II, ambos da Constituição da República. (...) Em uma palavra: a única progressividade constitucionalmente admitida em tema de IPTU reveste-se de índole extrafiscal, achando-se instrumentalmente vinculada à concretização da função social da propriedade. (GUILHERME, 2015, p.137)

Reforce-se que o Imposto Predial Territorial Urbano tem o viés precípua de extrafiscalidade e cumprimento da função social<sup>183</sup>:

(...) a progressividade das alíquotas do IPTU ganha a roupagem da extrafiscalidade e serve ao propósito de induzir os proprietários a dar o devido cumprimento à função social da propriedade, servindo não apenas ao seu titular, mas também ao bem comum.

Portanto, como veremos adiante, o IPTU progressivo é uma forma de intervenção do Estado na propriedade e, por restringir direitos, deve ser empregado à luz dos preceitos constitucionais e legais que o estatuem. (BORGES; MOLINARI, 2021, p.1)

O Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 2001, nos termos do artigo 8º<sup>184</sup>, preceitua que a incidência deste imposto se dará na hipótese de descumprimento do artigo 5º, que se refere à possibilidade de a “Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento<sup>185</sup>, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado<sup>186</sup>, subutilizado<sup>187</sup> ou não utilizado<sup>188</sup>.” (BRASIL, 2001). Neste sentido, o poder

<sup>183</sup> Conforme a Súmula 668 do Supremo Tribunal Federal “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.

<sup>184</sup> Este dispositivo está alinhado com o artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição da República Federativa do Brasil Ora, o Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), consiste em Lei Federal que disciplinou o instituto da desapropriação-sanção.

<sup>185</sup> O fundamento é a função social, que descumprida justifica medidas: “A obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios estabelecida pelo Poder Público aos proprietários de imóveis urbanos somente pode ser sustentada com base em uma concepção de direito de propriedade que esteja submetida a uma ordem pública, impondo-lhe o cumprimento de uma função social.” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.35)

<sup>186</sup> Leandro Ribeiro da Silva lamenta que o mencionado art. 182 da Constituição de 1988 esteja mais voltado ao solo urbano não edificado ou apenas parcialmente edificado, e aduz não estarem contempladas as hipóteses de propriedades construídas não utilizadas, exemplo das unidades residenciais mantidas desabitadas por conveniência dos proprietários. E reconhece que a função da propriedade urbana irradia maior alcance jurídico que a função social da propriedade rural, em face da prescrição de intervenção do poder público sobre o domínio privado mediante o emprego dos instrumentos de garantia da política urbana, pormenorizados no Estatuto da Cidade, que vão desde a fixação de imposto predial e territorial progressivo no tempo até a desapropriação de natureza sancionatória (UCHÔA, 2016, p.120)

<sup>187</sup> Em outros casos, os municípios estabeleceram o mesmo coeficiente mínimo para todo o seu território, independente da zona. Em São Bernardo do Campo, são considerados subutilizados os terrenos e glebas que não atingem o coeficiente de aproveitamento mínimo de 0,20. Em Itabira, subutilizado seria o imóvel com coeficiente de aproveitamento menor que 0,10, exceto as áreas de proteção ambiental. E, no caso de Mossoró, o coeficiente mínimo é de apenas 0,05, índice bastante reduzido. Além do coeficiente de aproveitamento mínimo, alguns municípios articularam também o critério do tamanho do imóvel. Optou-se por área mínima de 200m<sup>2</sup> (duzentos metros quadrados) em Santos; 450m<sup>2</sup> (quatrocentos e cinquenta metros quadrados) em João Pessoa; 500m<sup>2</sup> (quinhentos metros quadrados) em São Paulo; 1.000m<sup>2</sup> (mil metros quadrados) em Santo André e São Bernardo do Campo; e 2.000m<sup>2</sup> (dois mil metros quadrados) em Mossoró e Maringá. Como já discutido anteriormente, a previsão de uma área mínima deve guardar relação com o diagnóstico realizado por cada

público tem legitimidade, em proteção aos interesses públicos locais, de intervir na propriedade privada e exigir medidas necessárias para a convivência adequada entre a propriedade privada e o interesse público, em perseguição aos parâmetros de alteridade contidos na função social da propriedade. Assim, se houver a inércia do proprietário no sentido de não utilizar o imóvel, ferindo, de algum modo, a coletividade, por exemplo, poderá haver a incidência<sup>189</sup> do tributo em tela, após passar por etapa prévia<sup>190</sup>, conforme o texto constitucional. Esta Lei é contributiva para a compreensão da propriedade-dever e para:

Em vista disso, o PEUC tem a finalidade de fazer com que a propriedade privada submeta-se à ordem pública e à função social. Nesse sentido, a aplicação desse instrumento deve estar articulada a uma lógica de produção de cidades mais justas e ambientalmente menos predatórias. Portanto, o instrumento deve ser empregado para induzir o uso e a ocupação do solo visando a otimizar a infraestrutura instalada, ampliar as oportunidades de acesso à terra urbanizada e evitar o espraiamento das cidades. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.67)

De forma que, as medidas a serem aplicadas no caso concreto, não podem ser aleatórias, ao revés, encontrarão respaldo no próprio texto constitucional.

Esta medida é uma tentativa de harmonização entre os interesses sociais e individuais do proprietário; isto é, conforme a intenção legislativa, apesar de haver descumprimento da

município e estar coerente com a estratégia de ocupação do território e adensamento de determinadas áreas da cidade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.56)

<sup>188</sup> (...)imóveis precisam estar desocupados para que se configure a não utilização para fins de aplicação do PEUC. Adotou-se o prazo de 5 anos em Mossoró e Palmas; 3 anos em São Bernardo do Campo; 2 anos em Santo André e Maringá; e 1 ano em Santos e São Paulo (...)Um segundo fator que mereceu a atenção por parte de alguns municípios foi a especificação da não utilização como um fator que deve marcar a totalidade do imóvel ou se seria suficiente sua configuração em apenas parte dele. No caso de São Paulo, o Plano Diretor considera como não utilizado o imóvel com, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de sua área construída desocupada por mais de 1 (um) ano ininterrupto. Já em Itabira e Mossoró, esse percentual é de 80% (oitenta por cento) da área do imóvel. Ou seja, o simples fato de existir algum tipo de uso não afasta a possibilidade de notificação. Para isso, é preciso que o uso tome parte significativa do imóvel. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.56)

<sup>189</sup> a tributação progressiva do IPTU deve obedecer aos quatro requisitos consecutivos: (a) inserção prévia da área a ser tributada no Plano Diretor da Cidade (§4º), que só pode ser aprovado por 3/5 dos vereadores, após duas audiências públicas, não podendo sofrer mais de uma alteração anual (arts. 40, § 4º, 41, I, e 46 da LOMSP); (b) definição da função social de propriedade urbana exclusivamente pela lei que aprova o Plano Diretor,[1] impositivo para as cidades com mais de 20.000 habitantes (§§ 1º e 2º do art. 182); (c) concessão de prazo[2] para o proprietário construir ou lotear o imóvel incluído no Plano Diretor (§4º, I); (d) só depois de descumprida a obrigação de fazer é que surge a faculdade de o poder público lançar mão do IPTU progressivo,[3] porém, somente naquela modalidade temporal, [4] o que afasta a progressividade fundada no valor venal do imóvel ou na sua destinação como constava da equivocada legislação do Município de São Paulo.[5] (HARADA, 2014, p.1)

<sup>190</sup> o Estatuto não deu qualquer faculdade ao ente municipal quanto a aplicar ou não o IPTU progressivo no tempo. Ao contrário, a lei consignou, como vimos, que, não cumprida a obrigação de parcelar ou de edificar em cinco anos, o Município “procederá à aplicação do imposto” (art. 7o). Restou clara a obrigação, e não a opção do ente municipal. Ora, não faria sentido que o legislador, diante do descumprimento da obrigação, compelissem o Município a aplicar o IPTU progressivo no tempo e apenas lhe facultasse promover a desapropriação, quando para ambas as medidas há identidade quanto ao pressuposto (a omissão do proprietário em parcelar ou edificar) e ao objetivo (a observância da ordem urbanística e do plano diretor da cidade) (CARVALHO FILHO, 2013, p.139)

função social, ao invés de se privar da propriedade, aplica-se o imposto progressivo, como busca de retratação do proprietário<sup>191</sup>. Em outros termos, a dicção normativa é criar um cenário de gradação, ou seja, antes de se privar a propriedade aplica-se a progressão do tributo, compreendendo-se o descumprimento da função social<sup>192</sup> como a prejudicialidade da coletividade.

De forma específica, o tributo será majorado<sup>193</sup>, ao longo de cinco anos consecutivos, nos termos do artigo 7º, da Lei 10.257 (BRASIL, 2001), *caput*, de forma cautelosa: “o valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica (...) e não excederá a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento” (BRASIL, 2001)

A normatividade constitucional, em seu artigo 182, parágrafo quarto, explicita a perspectiva de gradação, ao empregar a expressão “sucessividade”, dando a ideia de ordem ou de sequência de medidas, de exaurimento de etapas prévias, antes de se privar a propriedade:

---

<sup>191</sup> A norma está longe de ter a clareza desejável. Para bem interpretá-la, é preciso distinguir o valor da alíquota (rectius: o valor resultante da aplicação da alíquota) de um lado, e seu fator percentual de outro. Este é um divisor ou percentual fixo, que integra partes iguais de um todo, como decorre do próprio significado do termo alíquota. O valor é a importância que provém da aplicação da alíquota. Assim, se a alíquota é de 10% e incide sobre uma base 100, o valor que resulta é 10. O que a lei pretendeu estabelecer foi que a alíquota do imposto, em cada ano, não seja maior que o dobro da que foi fixada no ano anterior, e que a alíquota máxima de aumento seja de 15%. Um exemplo ajuda a esclarecer a intenção legis. Sendo o imposto fixado, no primeiro ano, com a alíquota de 1%, a alíquota máxima para o segundo ano não poderá ser superior a 2%. No terceiro ano, a alíquota máxima será de 4%; no quarto, o máximo será a alíquota de 8%. No último ano, a alíquota máxima seria de 16%, mas como a norma estabelece como limite a alíquota de 15%, este seria o percentual máximo a ser aplicado.

Note-se, contudo, que o legislador estabeleceu limites anuais e geral para a alíquota. O Poder Público municipal, porém, não está obrigado a valer-se de tais limites. Faculta-se-lhe fixar alíquotas inferiores ao dobro da anterior (ex.: 1% no primeiro ano, 1,5% no segundo, 2% no terceiro, e assim por diante). Ser-lhe-á permitido também alcançar, ao final dos cinco anos, percentual geral inferior ao de 15% previsto na lei. A rígida observância dos limites é que vincula a administração municipal. Não há qualquer indício de confisco no percentual máximo de 15% estabelecido para o tributo. (CARVALHO FILHO, 2013, p.139)

<sup>192</sup> Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), o Município de São Paulo apresenta 290.317 domicílios vagos, a maioria localizada na região central da cidade. Contraditoriamente, São Paulo possui déficit habitacional de 474.34448 moradias e cerca de 548 mil domicílios localizados em assentamentos precários do tipo loteamento, favela ou cortiço. O programa Renova Centro, desenvolvido pela Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo (COHAB), objetiva produzir Habitação de Interesse Social (HIS) e Habitação de Mercado Popular (HMP) por meio de desapropriação e adaptação de imóveis (retrofit). A articulação desse tipo de programa com a aplicação do PEUC pode ampliar as possibilidades de destinação dos referidos imóveis para habitação social. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.72) Dessa forma, a identificação do cenário social e o número de casos insolúveis, apesar do IPTU progressivo, exigem a releitura das medidas, pois os longínquos anos de vacância de um imóvel, por exemplo, pode fazer com que o imóvel seja utilizado para finalidades diversas, prejudiciais à coletividade.

<sup>193</sup> Entretanto, nada impede a revisão do próprio valor do imóvel como base de incidência do imposto, aplicando-se a regra geral do art. 156, § 1º, I, da CF. Na verdade, inexistente vedação constitucional expressa para tanto. O único ponto, contudo, que nesse caso deve ser levado em conta reside na circunstância de que a elevação do valor do imóvel como base de incidência resulta da aplicação do IPTU de natureza fiscal, ao passo que a progressividade do imposto pelo aumento da alíquota importa na incidência do mesmo IPTU, mas com natureza extrafiscal e sancionatória em função de seus fins urbanísticos (CARVALHO FILHO, 2013, p.123)

4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

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

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais. (BRASIL, 2001)

Carvalho Filho (2013) analisa, após exaurida a etapa do Imposto Predial Territorial Urbano, que a desapropriação seria medida a ser promovida o mais breve possível, ponderando a ideia de equilíbrio entre interesses individuais e sociais:

(...) embora não esteja premido a desapropriar logo após o prazo de cinco anos de incidência do IPTU progressivo no tempo, está vinculado e, pois, obrigado a fazê-lo no mais breve período, evitando-se que a resistência do proprietário inadimplente se sobreponha ao interesse público em observar a ordem urbanística da cidade. Note-se que, para reforçar essa linha de argumentação, o Estatuto não deu qualquer faculdade ao ente municipal quanto a aplicar ou não o IPTU progressivo no tempo. (...) Restou clara a obrigação, e não a opção do ente municipal. Ora, não faria sentido que o legislador, diante do descumprimento da obrigação, compelsse o Município aplicar o IPTU progressivo no tempo e apenas lhe facultasse promover a desapropriação, quando para ambas as medidas há identidade quanto ao pressuposto (a omissão do proprietário em parcelar ou edificar) e ao objetivo (a observância da ordem urbanística e do plano diretor da cidade) (CARVALHO FILHO, 2013, p.139)

No mesmo espírito de compulsoriedade quanto à atuação do município, considerando factíveis e devidas as medidas previstas no artigo 182, parágrafo quarto, do diploma constitucional:

Superadas as complexidades, nos casos devidos, a aplicação do PEUC não deve ser considerada uma faculdade do Poder Público Municipal, apesar das expressões “é facultado” e “poderá determinar”, contidas no parágrafo 4º do artigo 182 da Constituição Federal e no caput do artigo 5º da Lei n. 10.257/2001 (BARCELOS, 2020, p.52)

Se houver descumprimento da função social da propriedade, no âmbito da política urbana, segue-se a ordem<sup>194</sup> de medidas cabíveis: parcelamento<sup>195</sup> ou edificação

<sup>194</sup> Conforme o Estatuto da Cidade, diante do descumprimento, haverá notificação em face do proprietário, para que haja o parcelamento, edificação ou a utilização do bem, isto é, a retratação em face do proprietário que descumpriu a função social. Diante disso, com amparo no parágrafo quarto, do artigo 5º, da Lei 10.257 de 2001, instaurar-se-á o lapso de um ano, para fins de protocolização perante o Município de projeto que vise a retratação, por conseguinte a aprovação do projeto, instaurar-se-á o prazo de dois anos para o início das obras. Nos termos do § 4º, do artigo 5º, do Estatuto da Cidade, o proprietário conta com um ano, a partir da data da notificação, para protocolizar perante o órgão municipal projeto que trate do atendimento às exigências feitas para o aproveitamento do imóvel. De forma literal: Art. 5º Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não

compulsórios, imposto predial progressivo, sobre o qual não pode haver anistia<sup>196</sup> ou isenção, e, em último caso<sup>197</sup>, a perda da propriedade, mesmo assim, assegurando<sup>198</sup> em face do proprietário o pagamento<sup>199</sup> de títulos da dívida pública. Ou seja, apesar do descumprimento da função social por longínquos anos e, reflexamente, à dignidade da pessoa humana, a perda da propriedade estará condicionada a destinação de indenização em favor do proprietário descumpridor, o que revela que a perda da propriedade se dá em *ultima ratio*, em atenção aparente dos interesses sociais. Trata-se de uma tutela do meio ambiente artificial, segundo Fiorillo e Ferreira (2019):

Daí a necessidade de se compreender o instituto da desapropriação prevista no art. 8.o necessariamente no âmbito do direito constitucional de propriedade balizado na Constituição em vigor em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial, ou seja, um direito de propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental, por força do direcionamento estabelecido pelo art. 2.o, parágrafo único, do Estatuto da Cidade. (FIORILLO; FERREIRA, 2019, p.167)

---

edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. § 1o Considera-se subutilizado o imóvel: I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente; II – (VETADO) § 2o O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis. § 3o A notificação far-se-á: I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração; II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I. § 4o Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a: I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente; II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento. Nota-se que, a depender da gravidade do caso concreto, a instauração destes prazos, pode ser desproporcional e inefetiva, na medida em que, por conseguinte a esta etapa, há o lapso temporal de cinco anos, para fins de incidência do Imposto Predial Territorial Urbano Progressivo. Isto é, conforme a normatividade pátria, quando há indicação da sanção de perda da propriedade, já houve o percurso de longínquo período de agressão à coletividade. Por isso, a padronização e a inafastabilidade da sucessividade das medidas pode, a depender das individualidades do caso, gerar um cenário de desequilíbrio em face da coletividade.

<sup>195</sup> O Artigo 7§ 2º: “Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar não esteja atendida em cinco anos, o Município manterá a cobrança pela alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida a prerrogativa prevista no art. 8o.”(BRASIL, 2001)

<sup>196</sup> O O artigo 7 § 3º É vedada a concessão de isenções ou de anistia relativas à tributação progressiva de que trata este artigo. (BRASIL, 2001)

<sup>197</sup> Por outro lado, se a obrigação urbanística deixar de ser cumprida no prazo de cinco anos, poderá o Município, em vez de manter a cobrança pela alíquota máxima, diligenciar no sentido de aplicar a sanção de maior gravidade na ordem sucessiva prevista na Constituição e no Estatuto – a desapropriação (CARVALHO FILHO, 2013, p.125)

<sup>198</sup> O Estatuto da Cidade determina que o cálculo da indenização deverá ter como ponto de partida o valor da base do IPTU – valor venal previsto na planta genérica de valores do município –, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas após a notificação pelo Poder Público na área onde o imóvel esteja localizado e não sendo computados expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios (Art. 8º, §2º). Há nítida diferença em relação às indenizações das demais modalidades de desapropriação, que buscam refletir o valor de mercado dos imóveis e consideram as expectativas de ganhos, os lucros cessantes e os juros compensatórios, conforme estabelece o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p.45)

<sup>199</sup> “O § 2o do art. 8o da Lei define o “valor real” da indenização: deverá refletir o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde este.” (TOSHIO, 2019, p.28)

Enxergar a possibilidade de indenização em favor do expropriado na hipótese de descumprimento da função social é sistematicamente o caminho estabelecido pelo texto constitucional:

a desapropriação do imóvel apontada no art. 8.o deverá ser analisada de acordo com interpretação sistemática da Constituição Federal na medida em que, mesmo com as ressalvas apontadas no art. 5.o, XXIV, da Carta Magna, a regra no procedimento constitucional da desapropriação estabelece fundamento claro em sintonia com nossa ordem econômica (art. 170 da CF), ou seja, o parâmetro constitucional, no que se vincula ao instituto da desapropriação, é o da prévia e justa indenização em dinheiro, (...) paradigma que melhor se compatibiliza com os objetivos do meio ambiente artificial determinados pelo Estatuto da Cidade, que fixa, como importante diretriz, a “justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização” (art. 2.o, IX, da Lei 10.257/2001). (FIORILLO; PACHECO, 2019, p.168)

Importa ainda frisar que o texto constitucional em seu artigo 182, parágrafo quarto e artigo 8º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), trouxeram aparente discricionariedade no sentido de, na hipótese de os cinco anos de progressão do imposto serem inócuos, haver a continuidade da incidência da progressão, ao invés da desapropriação. Nesta vertente, Carvalho Filho (2013) considera que a melhor medida nesta hipótese é a desapropriação, afinal os longínquos anos de progressão tributária são capazes de demonstrar o descumprimento da função em níveis suficientes para se privar a propriedade. Em verdade, prosseguir com tal imposto seria perpetuar ainda mais o cenário de agressão aos parâmetros de funcionalização. Assim raciociona:

o Estatuto deixou opção discricionária para o governo municipal: ou mantém a alíquota máxima após cinco anos, ou promove a desapropriação do imóvel. Em nosso entender, esta última é que deve ser a providência a ser adotada pelo governo municipal, a despeito da opção que o Estatuto lhe assegura. Manter apenas a cobrança do tributo após os cinco anos é o mesmo que manter o imóvel na situação ofensiva ao plano urbanístico da cidade, hipótese em que não estará ele desempenhando função social como impõe a Constituição. Ultimado o prazo sem que o proprietário proceda à adequação do imóvel ao plano diretor, deve o Município, sem perda de tempo, adotar as medidas necessárias à desapropriação. (CARVALHO FILHO, 2013, p.126)

Carvalho Filho (2013) reforça que a medida sancionatória de desapropriação pode ser um caminho para não se permitir que o Estado fique em posição de subserviência em relação ao proprietário. Em outros termos, em tom crítico a própria Lei, o autor traz um discurso de proporcionalidade, isto é, prorrogar o imposto ainda mais no tempo é desequilibrar em face da Administração Pública e, reflexamente, da coletividade. De forma literal:

Na verdade, não pode a ordem urbanística ficar à mercê da iniciativa do proprietário para o cumprimento de sua obrigação. Além do mais, é bem possível que ele prefira pagar o tributo na forma máxima permitida na lei a cumprir a imposição de parcelar ou edificar. E tal situação o Direito não poderia tolerar; nem o poderia também os projetos urbanísticos do plano diretor. (...)A razão é que o Estatuto instituiu duas etapas para o cumprimento integral da obrigação: sendo concluída a primeira, o proprietário passou à situação de adimplência com sua obrigação, e com isso a sanção representada pelo IPTU progressivo ficou superada. Se não cumpre a segunda etapa, não há como reiniciar o processo punitivo, aplicando-se alíquotas subseqüentes.(CARVALHO FILHO, 2013, p.126-127)

A ideia inclusive pode transitar, a depender de uma decisão de prorrogação tributária, até mesmo pela ilegalidade em razão da omissão estatal:

Não pode admitir-se, contudo, que a aplicação do tributo, sem que o proprietário tenha cumprido sua obrigação de parcelamento ou edificação, perdue ad infinitum, sem que o Município ajuíze a ação de desapropriação. A instauração do processo expropriatório é inarredável e a ele não pode renunciar o ente municipal. Considerar-se como opcional a propositura ou não da ação é o mesmo que admitir que o Município fique inerte diante do descumprimento das obrigações urbanísticas pelo proprietário recalcitrante e da ilegítima situação do imóvel consistente em seu desajuste com o plano diretor da cidade. Poder-se-ia mesmo afirmar a ocorrência de inconstitucionalidade por omissão da parte do Município, que, longe de apenas poder, tem o dever de adotar as medidas visando ao atendimento de sua política urbana. É o que a doutrina especializada denomina de poder-dever de agir. (CARVALHO FILHO, 2013, p.139)

A referida progressão deve ser observada, migrando-se de um discurso de perda de *ultima* para *prima ratio*, a depender do caso concreto e do nível de prejudicialidade à coletividade.

A destinação da indenização em favor do proprietário é parâmetro de equilíbrio entre os interesses envolvidos. Em suma, a indenização é contributiva para gerar justo meio, na medida em que, a depender da gravidade do caso concreto, a melhor medida pode ser a perda da propriedade, sem a necessidade infastável de exaurir etapas.

Este tributo progressivo se justifica por conta da tutela da função social, não atrelado estritamente ao plano diretor<sup>200</sup>, conforme Schreiber (2000), ante a incidência da majoração

---

<sup>200</sup> De forma literal, na contramão da visão sistemática de Schreiber (2000), preceitua o artigo 41 do Estatuto da Cidade sobre a imprescindibilidade do plano diretor, para a implementação das medidas previstas no parágrafo quarto do artigo 182, da Constituição Federal de 1988: “Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades: III – onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal.” (BRASIL, 2001). Por outro lado: a determinação do direito de propriedade urbana é fruto dos planos urbanísticos que definem a qualificação urbanística para cada parcela de terreno determinando-se o objetivo daquela propriedade. A faculdade de edificação do proprietário nos seus terrenos deriva dos planos e normas edilícias, presentes no Plano Diretor. Sendo presente no Plano Diretor o coeficiente mínimo e máximo da ocupação do solo urbano, “Quem estiver abaixo do mínimo, se enquadrará na hipótese da desapropriação sanção, e quem quiser utilizar acima desse coeficiente deverá pagar à prefeitura uma taxa denominada outorga onerosa”.(MALUF; MALUF, 2011, p.72)

dos valores tipicamente cobrados nele, em aparente tutela da função social da propriedade.

Neste sentido:

Portanto, o fato jurídico que autoriza a cobrança, em caráter progressivo, é a verificação do descumprimento de um dever relacionado aos proprietários de imóveis, qual seja, a não destinação do seu bem ao cumprimento da sua função social tal como delineada no plano diretor municipal. (BORGES; MOLINARI, 2021, p.1)

Portanto, em nome da proporcionalidade, exigir que o município se submeta e transite por todas as etapas previstas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal vigente, de forma sucessiva, é ignorar as particularidades e circunstâncias que os casos concretos podem apresentar. Em outras palavras, o referido rito constitucional nem sempre será o mais adequado para o caso, na medida em que segui-lo minuciosamente, a depender da gravidade, poderá implicar desequilíbrio em face da coletividade.

#### 9.1.4 Desapropriação

De início, é necessário compreender que a desapropriação consiste em uma das hipóteses de perda da propriedade, nos termos do artigo 1.275 do Código Civil de 2002, assim como a alienação, perecimento da coisa, renúncia da propriedade ou abandono.

A desapropriação revela ato de império do Estado, na medida em que o ele estabelece todo o seu poder, restando ao expropriado tão somente a admissibilidade. Deste modo, a desapropriação é temática típica do Direito Administrativo, capaz de enaltecer a supremacia do interesse público<sup>201</sup> sobre os interesses privados, que tipicamente estabelecerá indenização<sup>202</sup> justa em favor do expropriado:

Do ângulo material, a desapropriação é a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade, intervenção essa que conduz à sua transferência do patrimônio particular (como regra) para o estatal. Considerando-se o aspecto formal, a desapropriação é um processo, com base legal, através do qual se praticam atos e se exercem atividades visando à efetiva transferência do bem privado para o patrimônio do expropriante. Como forma coercitiva de transferência da propriedade, não deve a desapropriação, por isso mesmo, ser vista como fato corriqueiro e despropositado. Ao contrário, o grande fundamento da desapropriação consiste na prevalência do interesse público sobre o interesse privado quando estão em

---

<sup>201</sup> Bandeira de Mello (2002) conclui que interesse público nada mais é que “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade, entificada juridicamente no Estado”. (MELLO, 2002, p.75)

<sup>202</sup> A indenização, que é elemento conceitualmente constitutivo da desapropriação, no dizer qualificado de Hedemann, em qualquer caso deverá compreender o valor efetivo do bem expropriado, tendo em vista, além de outras circunstâncias, o preço de aquisição e interesse auferido pelo proprietário; situação do imóvel e seu estado de conservação e segurança; valor venal dos da mesma espécie nos últimos cinco anos; valorização ou depreciação de área remanescente (Decreto-lei nº 3.365, de 1941, art. 27). (PEREIRA, 2019, p.204)

colidência e se afiguram incompatíveis. Não basta, portanto, que o Estado tenha simplesmente a vontade de desapropriar; é preciso que demonstre qual o interesse público perseguido que sirva como justificativa para a desapropriação. Em conceito sucinto, pode-se dizer que desapropriação é o instituto pelo qual o Estado transfere para seu patrimônio a propriedade de terceiro em virtude de interesse público insubstituível. Como regra, a desapropriação incide sobre bens privados, mas eventualmente pode recair também sobre bens públicos. (CARVALHO FILHO, 2013, p.133)

A desapropriação revela a força<sup>203</sup> do Estado e o seu discurso de supremacia dos interesses públicos:

Desapropriação se define como o procedimento através do qual o Poder Público, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, compulsoriamente despoja alguém de um bem certo, normalmente adquirindo-o para si, em caráter originário, mediante indenização prévia, justa e pagável em dinheiro, salvo no caso de certos imóveis urbanos ou rurais, em que, por estarem em desacordo com a função social legalmente caracterizada para eles, a indenização far-se-á em títulos da dívida pública, resgatáveis em parcelas anuais e sucessivas, preservado seu valor real. (MELLO, 2010, p.865)

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o instituto desapropriação tem uma série de propósitos e espécies:

Segundo os preceitos constitucionais em vigor (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, XXIV), dá-se a desapropriação: a) por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social; b) para o fim de realizar a justiça social (arts. 182, § 4º, III, e 184), e, neste caso, ficará restrita às propriedades territoriais urbanas ou rurais que não estejam cumprindo sua função social, admitida aqui a indenização em títulos especiais da dívida pública. Por via, então, da desapropriação que assuma caráter específico e se subordine a preceituação própria a dar maior flexibilidade à ação governamental, leva-se a efeito a “reforma agrária”, como técnica de luta contra a exploração egoísta das terras, ou para a conversão das improdutivas em valores econômicos aptos a disseminar o bem-estar e a gerar riqueza coletiva. A propósito da reforma agrária, dispõe o art. 184 ser da competência da União a desapropriação de imóvel rural não cumpridor de sua função social, “mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação de valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (PEREIRA, 2019, p.204)

A desapropriação tem previsão constitucional e infraconstitucional, fragmentada em diversas espécies, como utilidade<sup>204</sup> e necessidade pública, por descumprimento da função

<sup>203</sup> A desapropriação é, pois, modo de intervenção do Estado na propriedade, e diante da primazia do interesse público, descabe ao demandado direito à reivindicação da coisa e a oposição ao procedimento, mas assiste o direito à compensação financeira pela propriedade perdida. Em linhas gerais, a desapropriação, por ser forma originária de aquisição da propriedade, enseja aquisição do bem desvinculado dos ônus que anteriormente sobre ele incidia, permitindo inclusive a abertura de nova matrícula imobiliária, com a descrição fornecida pelo expropriante, acaso o imóvel não esteja identificado no Registro Público imobiliário, excepcionando o princípio da continuidade registral. (UCHÔA, 2016, p.353)

<sup>204</sup> Conforme o art. 2º da Lei Geral das Desapropriações, a competência para desapropriação por utilidade pública (aí incluída a necessidade) é da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, pessoalmente ou por meio de delegados, autorizados por lei ou por contrato, consoante disposição do art. 3º. O art. 4º-A foi

social e para fins de reforma agrária, nos termos do artigo 184 da Constituição Federal de 1988. Neste sentido:

O art. 184 da vigente Constituição autoriza a desapropriação, por interesse social, e para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não esteja cumprindo a função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, que serão resgatáveis no prazo de até vinte anos. Mas, se o imóvel se encontra abandonado, eis que não verificáveis o uso e o gozo, e não realizável, portanto, a função social, a rigor não assiste uma indenização plena, porquanto não traz utilidades ou rendimentos ao proprietário. O preço não poderá ter em conta a capacidade produtiva, ou a vantagem subitamente suprimida, e sim o custo puro e simples da terra e das benfeitorias. Não se oferecem as qualidades ou a capacidade de renda do imóvel. (RIZZARDO, 2021, p.163)

A desapropriação típica implica a perda da propriedade privada, em *prima ratio*, independentemente de o expropriado ser cumpridor da função social, exatamente por conta do discurso de relativização da propriedade privada, cumulado com a tese de que o interesse social prevalece sobre os interesses particulares. Por outro lado, a desapropriação-sanção exige o descumprimento da função social por parte do proprietário. Em ambos os casos, a propriedade deve ser privada para que o Estado dê utilidade ao imóvel desapropriado.

No ordenamento jurídico brasileiro, entre as consequências oriundas do descumprimento da função social há a desapropriação, mediante o pagamento em títulos da dívida pública<sup>205</sup>. Fenômeno, aliás, que se coaduna com a função social em seu aspecto limitativo, pelo fato de que se o proprietário não cumprir os parâmetros funcionalizados, poderá perder a sua propriedade. Trata-se de desapropriação-sanção, isto é, “instrumento de política urbana, de caráter punitivo, executado através da transferência coercitiva do imóvel para o patrimônio municipal.” (CARVALHO FILHO, 2013, p.136). Assim, a possibilidade de

---

incluído pela Medida Provisória nº 700/2015 e prevê regras próprias para a desapropriação de imóvel ocupado por uma coletividade, com integrantes de baixa renda, para o que deverão ser adotadas providências no sentido de realocação das famílias, pagamento de indenização pelas benfeitorias e de compensação financeira para garantir que a família possa se estabelecer em outro local (UCHÔA, 2016, p.357). Ademais, a operação de desapropriação depende de previsão orçamentária e autorização do ente público federal para implementação das referidas sanções jurídicas, o que, até o presente momento, não ocorreu em razão de resoluções do Senado Federal. Em face da edição da Resolução nº 78, de 1º de julho de 1998, posteriormente revogada pela Resolução nº 43 de 21/12/2001 SF - Senado Federal, com a nova redação dada ao artigo 11 conferida pelo artigo 2º da Resolução nº 29 de 25/09/2009/SF – Senado Federal, publicada em 28/09/2009, 1058 os Municípios, assim como os Estados, a União e o Distrito Federal, somente poderão emitir títulos da dívida pública no montante necessário para o refinanciamento do principal, devidamente atualizado, referente às obrigações existentes. Assim sendo, tal resolução postergou a possibilidade da emissão de títulos da dívida pública, instrumento da indenização da desapropriação sancionatória, para depois de 31 de dezembro de 2020. (UCHÔA, 2016, p.369)

<sup>205</sup> (...) a desapropriação-sanção, que é aquela que destinada a punir o não cumprimento de obrigação ou ônus urbanístico imposto ao proprietário de terrenos urbanos. Seu nome deriva, assim, do fato de que a privação forçada da propriedade, devido ao descumprimento de deveres ou ônus urbanísticos, fundados na função social da propriedade urbana, comporta redução da justa indenização, como se previa na Lei Urbanística Espanhola, ou da substituição da indenização em dinheiro por indenização mediante títulos da dívida pública, como se estatui no art. 182, § 4º, III (SILVA, 2009, p.739)

desapropriação impõe uma limitação ao exercício da propriedade e à autonomia do proprietário. Nesta vertente, num tom sancionatório:

(...) desapropriação fundada no interesse social pressupõe indenização justa, prévia e em dinheiro. No §4º do art. 182 e no art. 184 foram previstas intervenções do estado sobre a propriedade, com natureza sancionatória: a desapropriação para fins de Reforma Urbana e a desapropriação para Reforma Agrária. Estas modalidades somente poderão ser aplicadas ao proprietário como sanção pelo não atendimento da função social da propriedade urbana ou rural. Nessas duas desapropriações sancionatórias o pagamento da indenização continua sendo devido ao expropriado, contudo nem é prévio nem se faz em dinheiro, mas com títulos da dívida pública, se urbano e da dívida agrária, se rural. (UCHÔA, 2016, p. 351)

O descumprimento da função social pode ser caracterizado pela não materialização da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, conforme os comandos municipais. Conforme analisado nesta tese, se houver o descumprimento da função social, ainda que em hipóteses diversas<sup>206</sup> das exemplificadas acima, é possível, de forma razoável, a defesa da

---

<sup>206</sup> A dimensão de hipóteses caracterizadoras do descumprimento da função social da propriedade, pode se dar em razão da prática de atos comissivos ou omissivos, na contramão do desenvolvimento urbano, nos termos do artigo 2º do Estatuto da Cidade (BRASIL, 2001), segundo o qual: Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres. (Incluído dada pela Lei nº 12.608, de 2012) VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias,

aplicabilidade das medidas previstas no artigo 182, parágrafo quarto do texto constitucional. Aliás, segundo Schreiber (2000), o descumprimento da função social, ainda que não relacionado ao plano diretor, poderá ensejar as medidas previstas no artigo 182, parágrafo quarto da Constituição Federal de 1988.

Importa afirmar que, nos termos do artigo 1.276 do Código Civil, se houver situação de abandono<sup>207</sup> poderá haver a perda da propriedade, por conta de ato de império estatal, o que demonstra substancial grau de relativização da propriedade, sem transitar pelas medidas sucessivas preceituadas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal. Porém, este dispositivo se refere às hipóteses genéricas, isto é, quaisquer práticas nocivas à coletividade podem gerar, no contexto urbano, a incidência deste dispositivo constitucional. Nestes termos, o abandono é hipótese gravosa em face da coletividade e autoriza a perda da propriedade, sem a fluência da gradação de medidas. Nos mesmos moldes, é possível identificar outras práticas

---

com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social. XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais. (Incluído pela Lei nº 12.836, de 2013) XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento. (Incluído pela Lei nº 13.116, de 2015) XIX – garantia de condições dignas de acessibilidade, utilização e conforto nas dependências internas das edificações urbanas, inclusive nas destinadas à moradia e ao serviço dos trabalhadores domésticos, observados requisitos mínimos de dimensionamento, ventilação, iluminação, ergonomia, privacidade e qualidade dos materiais empregados. (Incluído pela Lei nº 13.699, de 2018) (BRASIL, 2001). De modo que, as volumosas diretrizes de desenvolvimento urbano são atreladas aos particulares, que se não houver cumprimento poderá implicar consequências, até mesmo a perda da propriedade privada, a depender do caso concreto, sem a necessidade de observância da gradação preceituada, conforme se propõe nesta tese, ante o discurso existencialista e de equilíbrio da propriedade privada. Portanto, este dispositivo valora o zelo pelo patrimônio público, direitos transindividuais, interesse social, estrutura arquitetônica, meio ambiente e outros tantos.

<sup>207</sup> Importante observar a previsão sobre o procedimento de abandono, previsto no artigo 64 da Lei 13.465/2017: § 1º. A intenção referida no caput deste artigo será presumida quando o proprietário, cessados os atos de posse sobre o imóvel, não adimplir os ônus fiscais instituídos sobre a propriedade predial e territorial urbana, por cinco anos. § 2º. O procedimento de arrecadação de imóveis urbanos abandonados obedecerá ao disposto em ato do Poder Executivo municipal ou distrital e observará, no mínimo: I - abertura de processo administrativo para tratar da arrecadação; II - comprovação do tempo de abandono e de inadimplência fiscal; III - notificação ao titular do domínio para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação. § 3º. A ausência de manifestação do titular do domínio será interpretada como concordância com a arrecadação. § 4º. Respeitado o procedimento de arrecadação, o Município poderá realizar, diretamente ou por meio de terceiros, os investimentos necessários para que o imóvel urbano arrecadado atinja prontamente os objetivos sociais a que se destina. § 5º. Na hipótese de o proprietário reivindicar a posse do imóvel declarado abandonado, no transcorrer do triênio a que alude o art. 1.276 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), fica assegurado ao Poder Executivo municipal ou distrital o direito ao ressarcimento prévio, e em valor atualizado, de todas as despesas em que eventualmente houver incorrido, inclusive tributárias, em razão do exercício da posse provisória. (BRASIL, 2017). Complementarmente o destino da arrecadação poderão ser os seguintes: Art. 65. Os imóveis arrecadados pelos Municípios ou pelo Distrito Federal poderão ser destinados aos programas habitacionais, à prestação de serviços públicos, ao fomento da Reurb-S ou serão objeto de concessão de direito real de uso a entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais, educativos, esportivos ou outros, no interesse do Município ou do Distrito Federal. (BRASIL, 2017)

gravosas em face da coletividade, no âmbito urbano, a depender do caso concreto, capazes de atingir a saúde, dignidade, por exemplo, que também poderiam justificar a perda, sem necessariamente transitar pelas medidas sucessivas previstas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal vigente, segundo a proposta contida nesta tese. O dispositivo assim está preceituado:

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

(BRASIL, 2002)

O abandono se dará mediante a observância das circunstâncias, revelando a intenção da indiferença:

Quanto à perda da propriedade imóvel por abandono a previsão aparece em apenas um dispositivo da codificação, embora seja possível extrair daquele semelhante percurso. Deste modo, verificado o abandono, o qual se revela mediante atos jurídicos que indiquem a intenção, pelo proprietário, de não mais conservar o bem em seu patrimônio, o imóvel urbano poderá ser arrecadado como bem vago. Passados três anos o bem será incorporado ao patrimônio do Município ou Distrito Federal, a depender das circunscrições onde se encontra (art.1.276, Código Civil). Vale ressaltar a radical diminuição de prazo para este ato aquisitivo, o qual acontecia, segundo o Código Civil de 1.916, apenas dez anos depois da arrecadação como bem vago (art. 589, §2º). (BUCAR; PIRES, 2019, p.324)

No mesmo viés, inspirado em Denaldi, destacando a competência municipal:

Há também outra hipótese, a do abandono, que está previsto no artigo 1.276, parágrafo 2º, do Código Civil de 2002. No caso previsto pela lei civil, o imóvel poderá ser arrecadado pelo Município, se estiver em sua circunscrição, desde que respeitados alguns critérios, tais como, a cessação dos atos de posse e a inadimplência fiscal pelo prazo de três anos. Neste caso, a desapropriação em favor do Município não enseja qualquer tipo de indenização. (BARCELOS, 2020, p.55)

Outra hipótese justificadora de perda da propriedade, sem fluência de gradação, dá-se na hipótese de utilização do imóvel para fins de plantio de substâncias psicotrópicas ou utilização da mão-de-obra escrava, nos termos do artigo 243<sup>208</sup> da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Todavia, as hipóteses gravosas não se resumem ao abandono, plantio de substâncias psicotrópicas ou mão-de-obra escrava. Assim, há que se valorar as individualidades do caso. De maneira que, o diploma constitucional abarcou a perda da

---

<sup>208</sup> art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (BRASIL, 1988)

propriedade em *prima ratio*, por exemplo, na referida hipótese atrelada ao plantio de substâncias psicotrópicas, motivo pelo qual, em hipóteses similarmente gravosas, poder-se-ia, em atenção as individualidades concretas, defender a perda como primeira medida, o que não significa perda sem contraditório.

Trata-se de uma gradação, prevista no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, pois o imposto progressivo, que não se confunde com Imposto Predial Territorial Urbano progressivo normal<sup>209</sup>, antecede a perda, isto é, de início, ante o descumprimento, haverá a majoração do *quantum* tributário imposto ao sujeito passivo da relação jurídica em até cinco anos de cobrança, cujo resgate se dará em até dez anos, nos termos do artigo 8º da Lei 10.257 de 2001, segundo o qual:

Art. 8o Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1o Os títulos da dívida pública terão prévia aprovação pelo Senado Federal e serão resgatados no prazo de até dez anos, em prestações anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais de seis por cento ao ano.

§ 2o O valor real da indenização:

I – refletirá o valor da base de cálculo do IPTU, descontado o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação de que trata o § 2o do art. 5o desta Lei;

II – não computará expectativas de ganhos, lucros cessantes e juros compensatórios.

§ 3o Os títulos de que trata este artigo não terão poder liberatório para pagamento de tributos.

§ 4o O Município procederá ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de cinco anos, contado a partir da sua incorporação ao patrimônio público.

§ 5o O aproveitamento do imóvel poderá ser efetivado diretamente pelo Poder Público ou por meio de alienação ou concessão a terceiros, observando-se, nesses casos, o devido procedimento licitatório.

§ 6o Ficam mantidas para o adquirente de imóvel nos termos do § 5o as mesmas obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5o desta Lei. (BRASIL, 2001)

De modo que, a desapropriação por descumprimento de função social, isto é, sanção, pode ser caracterizada como medida imposta pelo poder público em face daquele que

---

<sup>209</sup> Já o IPTU progressivo normal, para fins urbanísticos e sociais, veio contemplado no § 1o do art. 156 da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000, segundo o qual o IPTU poderá ser progressivo em razão do valor do imóvel e ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel; tudo sem prejuízo da progressividade no tempo, prevista no supracitado § 4o do art. 182 da Carta. (TOSHIO, 2019, p.27)

descumpriu a função social, após prévia aplicação do IPTU progressivo. Este tratamento jurídico revela tolerância do poder público em favor do violador normativo, tendo em vista a necessidade do preenchimento de etapas, distribuídas em longínquos lapsos temporais, revelando a possibilidade de contínuos anos de antinormatividade da função social, afastando-se das perspectivas estruturantes da propriedade e aproximando-se da limitadora.

Portanto, a desapropriação por descumprimento da função social é medida, em último caso, após ultrapassar tantas outras etapas, alastradas durante anos. Mas, é importante revisitar o nível de tutela do proprietário, em sintonia com os interesses sociais, isto é, poder-se-ia pensar em privá-lo, na medida em que a propriedade não se constitui direito absoluto, sem observar a gradação preceituada, a depender da gravidade e do caso concreto; por exemplo, em hipóteses de violação ao meio ambiente e à dignidade da pessoa humana, ante a centralidade destes bens jurídicos. Nesta visão, não se está a defender a privação radical em *prima ratio* em face do proprietário, ao contrário, a revisitação da gradação dar-se-ia em estrita atenção à gravidade e ao caso concreto, e, conforme os parâmetros normativos, assim ele faria jus à indenização. Em outros termos, a depender do caso concreto, poder-se-ia privar a propriedade, em primeiro caso, ante o descumprimento da função social, todavia, de modo razoável e proporcional.

### 9.1.5 Desapropriação judicial

A desapropriação judicial muito se assemelha à usucapião; contudo, passível de indenização em favor do proprietário. Caracterizando-se, curiosamente, uma “usucapião indenizável”:

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

§ 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. (BRASIL, 2002)

Esta matéria, nos termos do artigo 1.228, parágrafo quarto, do Código Civil, ainda é evitada por conta de nomenclaturas pouco conclusivas e com um alto grau de subjetivismo<sup>210</sup> e generalidade, tais como: “extensa área”, “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante” e “considerável número de pessoas”.

Enfim, nesta modalidade peculiar é exigível a concreção de pressupostos cumulativos, quais sejam: um considerável número de pessoas que exercem a posse, sobre uma extensa área imobiliária, que realizem obras, relevantes, social e economicamente; como também o prazo aquisitivo de ocupação por mais de cinco anos, boa-fé, além da posse qualificada, isto é, posse mansa, pacífica e ininterrupta.

A exigência de boa-fé dos possuidores há de aproximar o presente instituto da usucapião especial, nos termos do artigo 1.242 do Código Civil de 2002. Por outro lado, a exigência do prazo aquisitivo de cinco anos, inclina-nos para as modalidades de usucapião especial, salvo a familiar, descritas nos artigos 1.240, 1.241 e artigo 10, da Lei 10.257 de 2001.

Em outro sentido, a multiplicidade de possuidores e a exigência de extensa área, aproxima o instituto da usucapião especial urbana coletiva, conforme o artigo 10, da Lei 10.257 de 2001.

Como se não bastasse, a exigência de obra no local gera convergência à usucapião especial rural, com amparo no artigo 1.239 do Código Civil.

Contudo, o pressuposto que não se aproxima de nenhuma modalidade de usucapião consiste na necessidade de indenização justa em favor do proprietário, com base no artigo 1.228, parágrafo quinto, do Código Civil de 2002. Nesse sentido, em todas as modalidades de usucapião, ao proprietário, réu da ação petítória, não haverá que se falar em indenização.

Diante da teratologia e aberração contida na premência indenizatória, surgem inquietações, em busca da identificação do responsável pela indenização, se município ou possuidores. Nesta margem de dúvida, o enunciado 308 do Conselho de Justiça Federal, adotou certa hibridez, ante o relativismo do responsável pela indenização; isto é, como regra, os possuidores serão devedores da indenização, porém, se os possuidores forem de baixa renda e se estiver no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, o poder público será o responsável pelo pagamento: “A justa indenização devida ao proprietário em caso de desapropriação judicial (art. 1.228, § 5º) somente deverá ser suportada pela

---

<sup>210</sup> “Esta Desapropriação, denominada Desapropriação Judicial, articula-se num campo de conceitos abertos, cumprindo à teoria balizar os seus contornos e facilitar a sua aplicação, especialmente pelos operadores junto ao Poder Judiciário.” (PTISICA, 2016, p.5)

Administração Pública no contexto das políticas públicas de reforma urbana ou agrária, em se tratando de possuidores de baixa renda.”

Por outro lado, Rodolfo Pamplona Filho e Barbosa, assim pensam:

Temos a convicção de que, para os imóveis rurais, tal indenização deve ser adimplida pela União, seja por força da regra constitucional dos arts. 184 a 186, seja pela estrita observância dos critérios estabelecidos pela Lei 8.629, de 25/05/1993 (com a redação conferida pela Lei 10.279, de 12/09/2001, e Lei Complementar 75, de 06/07/1993). Nesse caso, como a ação reivindicatória corre, normalmente, na justiça estadual, com o reconhecimento da situação fática caracterizadora da desapropriação especial, devem os autos serem remetidos à Justiça Federal para a devida execução (BARBOSA; PAMPLONA FILHO, 2004)

Portanto, uma das consequências decorrentes do descumprimento da função social pode ser a desapropriação judicial, pois, exemplificadamente, se houver um proprietário que não está a dar utilidade para a coisa ou que é nocivo para a coletividade diretamente, permitindo-se supervenientemente a instauração do cenário descrito nos dispositivos em análise, caberá a incidência deste instituto. Vale dizer, para a aplicabilidade deste instituto em face daquele que descumpra a função social, haverá a necessidade do preenchimento de substancial lapso temporal.

O certo é que esta hipótese normativa não ignora os interesses econômicos do proprietário que sofreu a invasão, na medida em que ele fará jus à indenização. Em outras palavras, o proprietário terá a sua propriedade perdida, em virtude do fato de que outrem deu utilidade ao seu imóvel, exercendo posse qualificada. Aliás, a perda da propriedade será a primeira medida prevista no artigo 1.228, parágrafo quarto, do Código Civil de 2002.

O fato é que o ordenamento jurídico pátrio admite a relativização da propriedade no confronto entre particulares, bem como entre Estado *versus* particulares, sendo certo que a usucapião se amolda ao primeiro confronto. Ademais, em termos de proporcionalidade, observa-se que os pressupostos da usucapião, em meio a multiplicidade de espécies, é variável em termos de rigorismo a depender das circunstâncias evidenciadas no caso concreto; por exemplo, a usucapião ordinária exige o lapso temporal de 10 (dez) anos de posse qualificada, porém, também boa-fé e justo título. Por outro lado, na usucapião extraordinária o prazo é maior, porém, não exige os requisitos da boa-fé e justo título. Em outras palavras, não há uma uniformidade de pressupostos, independentemente da facticidade.

Num balanço de consequências proposto nesta tese, acredita-se que esta previsão promove a observância de interesses dos ocupantes, que estão sendo produtivos e dando guarida ao discurso da função social, bem como há observância dos interesses do proprietário, na medida em que fará jus à indenização; diferentemente da hipótese do artigo 182, parágrafo

quarto, da Constituição Federal de 1988, que é responsável por estabelecer graduação inafastável de consequências em face do proprietário.

#### **9.1.6 Considerações finais sobre as sanções**

Após os estudos das típicas consequências em razão do descumprimento da função social, conclui-se que a análise deve ser bilateral, em busca da tentativa da racionalização entre os interesses individuais do proprietário e os que abalizam a função social, os sociais.

Nas hipóteses típicas de desapropriação resta firmado o direito clássico de indenização em favor do proprietário privado, seja na desapropriação por interesse público, sobre a qual não há necessariamente descumprimento da função social, seja na desapropriação por descumprimento da função social da propriedade, sobre a qual há violação da função social, nos termos do artigo 182, parágrafo quarto, do diploma constitucional.

## 10. CONCLUSÃO

Esta tese perpassa pelo amadurecimento e evolução da percepção da propriedade privada, direito<sup>211</sup> individual, que deve ser compreendida como propriedade-dever, passível de tutela racional, dentro de um discurso proporcional e equilibrado. Neste sentido, ao longo do trabalho foram analisados distintos momentos históricos, que revelam a migração do caráter quirritário, marcado pela ausência ou mínima intervenção do Estado, para o caráter relativizado, segundo o qual o Estado, a partir de seus aparatos legislativos, judiciários e executivos, limita a propriedade privada, ao ponto de a privar de seu titular em determinadas hipóteses, marcando a tensão entre os interesses sociais *versus* particulares. Porém, a maior intensidade e profundidade deste princípio só se dará por meio da despersonalização e dos condões existencialistas, ante o prestígio da dignidade da pessoa humana.

Neste processo evolutivo da relativização são analisadas as funções sociais limitadoras e estruturantes. Sendo certo que aquela admite restrições, tais como: as ambientais e administrativas em face do proprietário; razão pela qual a propriedade não é direito ilimitado.

A função social estruturante é mais madura e sólida, posto que ela é o conteúdo da propriedade privada. Em outros termos, a propriedade só será configurada se houver respeito aos parâmetros fundantes da função social.

A função social da propriedade só encontrou espaço mais contundente no Brasil a partir da Constituição Federal de 1934; porém, maior solidez foi alcançada na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, a partir dos quais a dignidade da pessoa humana se destaca.

Os princípios elencados no trabalho são importantes no âmbito patrimonial para o entendimento do desempenho limitador da propriedade privada. Dessa forma, a autonomia privada, que superou a autonomia da vontade, merece guarida por conta do fato de que é defensora da limitação da liberdade. Assim, não há liberdade ilimitada, por isso, o proprietário não pode agir conforme lhe aprouver.

Em sentido complementar, emergiu a boa-fé, princípio responsável pelas defesas do equilíbrio, lealdade e transparência das relações jurídicas, que são fundamentais para a compreensão da alteridade. Em outras palavras, violar a boa-fé é promover o desequilíbrio e agredir, reflexamente, os parâmetros altruístas da função social.

---

<sup>211</sup> “se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.” (SILVA, 2012, p.178)

A teoria da posse preponderante no Código Civil é a simplificada, idealizada por Rudolf Von Ihering, nos termos do artigo 1.196 do Código Civil de 2002. Porém, o *animus domini*, elemento subjetivo da teoria de Carl Von Savigny, está vivo neste diploma. Por conseguinte, a teoria social da posse também insurge neste ordenamento, a partir da compreensão de que a posse é um fenômeno social, em decorrência do fato de que a coletividade deve se abster de vilipendiar a posse alheia.

A função social, a partir das contribuições filosóficas trazidas nesta tese, é fruto da alteridade e da promoção de processos de reconhecimento. Neste sentido, o proprietário privado, conforme o ordenamento constitucional, goza do manto da inviolabilidade; porém, seu direito não é absoluto, na medida em que a propriedade deve ser exercida em consonância com a função social, que se for violada, poderá implicar distintas consequências, entre as quais: O Imposto Predial Territorial Urbano progressivo, sanções administrativas, desapropriação, desapropriação judicial e usucapião.

A propriedade privada deve ser vista de forma funcionalizada e humanista, pois a dignidade da pessoa humana é o princípio basilar, por meio do qual todas as interpretações devem ser realizadas.

Sob a égide constitucional, num discurso de relativização, destacáveis são os artigos 182, da Constituição Federal, ao preceituar a defesa da função social no âmbito da política urbana, sob pena de imposições de sucessivas medidas, desfechando-se com a perda; bem como o artigo 184, que permite, no contexto agrário, a perda da propriedade, sem gradações e como primeira medida. Ainda, há que se destacar o artigo 186, responsável por edificar os corolários da função social, quais sejam: uso racional, meio ambiente e ausência de afrontas trabalhistas.

A função social da propriedade concentrou, sobretudo, as suas atenções no artigo 1.228, parágrafo primeiro, do Código Civil de 2002, ao valorar explicitamente o meio ambiente, que é bem jurídico defensor da dignidade da pessoa humana. De forma esparsa, este princípio foi defendido no artigo 1.277, ao tutelar o direito de vizinhança, por meio da necessidade de zelo à saúde, sossego e segurança de um vizinho em relação ao outro. Importa ainda a compreensão da relevância destinada ao Estatuto da Cidade, para a precisão do discurso de tutela da propriedade e função social, tendo em vista a competência municipal para a imposição das medidas previstas no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988.

Compreender a função social exige individualizar o contexto da propriedade aos usos e costumes locais, regionais, urbanísticos e municipais.

A visão funcionalizada aplicável à propriedade firma a tensão entre a função social *versus* a propriedade privada. Ademais, a ausência de alteridade, a partir da afronta à sociedade, é antitética à dignidade da pessoa humana e, em consequência, aos átrios humanistas.

O cerne do artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, no âmbito da política urbana, consiste na gradação inafastável de medidas, por meio da sucessividade, isto é, conforme o comando constitucional, a medida de desapropriação por descumprimento da função social da propriedade, somente se dará após ultrapassar as medidas de parcelamento, edificação, Imposto Predial Territorial Urbano por cinco anos consecutivos, sem se prestar ao caráter confiscatório. Dessa forma, a competência para a materialização de tais políticas urbanas, por meio de leis específicas, é do município, em busca da proteção ao princípio da função social da propriedade, ante a inadmissibilidade de condutas prejudiciais à coletividade e em busca do bem-estar dos habitantes.

Conforme os dados analisados, a partir de estudos do Ministério da Justiça, o cenário de descumprimento da função social é complexo e expressivo. Além disso, o número de notificações em face dos proprietários descumpridores é aquém do necessário, revelando um cenário de inércia dos Municípios.

O caso concreto pode apresentar diversas particularidades, por isso, revisitou-se o discurso de tutela da propriedade e a necessidade de efetividade do artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal em vigor. Dessa forma, analisou-se também a possibilidade de, após o decurso do prazo de cinco anos de aplicação do imposto predial territorial urbano progressivo, sem que tenha havido qualquer tipo de reação efetiva do proprietário, não ampliar o prazo.

Conforme analisado, também, tipicamente quando há a notificação do proprietário descumpridor, já existe faticamente um número de anos de descumprimento do princípio da função social da propriedade, sendo certo que depois desta constatação, quando há a reação do Poder Público, os procedimentos levam no mínimo sete anos até que se aproxime da sanção de perda. Diante disso, se mesmo após a notificação houver inércia, poder-se-ia aplicar o imposto progressivo, que inicialmente perduraria por cinco anos.

Por outro lado, sugere-se, conforme a proporcionalidade e as circunstâncias fáticas do caso, a possibilidade de minoração do lapso do imposto progressivo. Ou ainda, a despeito do que se estudou sistematicamente, a depender da gravidade, poder-se-ia defender a perda, inclusive em *prima ratio*, mediante indenização em favor do proprietário, sem transitar pela estrita gradação preceituada no artigo 182, parágrafo quarto, do diploma constitucional.

O certo é que, a inviolabilidade da propriedade privada é direito fundamental. Contudo, passível de relativização a partir da função social da propriedade, marcada pelo existencialismo e valorização dos interesses sociais. Neste contexto, existem múltiplas variáveis econômicas, sociais envolvendo particulares e os municípios, além do nível de intensidade da violação à função social; motivos pelos quais a identificação da melhor medida a ser tomada, pelo poder público municipal, em face dos particulares descumpridores da função social deve ser valorada a partir da observância minuciosa das circunstâncias fáticas do caso concreto; razão pela qual não é plausível, a partir do discurso da proporcionalidade, o estabelecimento de gradação minuciosa e inafastável em todos os casos, prevista no artigo 182, parágrafo quarto, da Constituição Federal de 1988, diferentemente do artigo 184 deste diploma, que permite a privação como primeira medida, a depender da gravidade.

Portanto, em razão das variáveis expostas, em busca de efetividade e decidibilidade, primordial é a releitura, verificando-se que podem existir casos segundo os quais a imposição do Imposto Predial Progressivo Urbano, por cinco anos, para depois impor a medida de desapropriação pode não ser a justa medida, em busca do equilíbrio, sistematicidade e da função social da propriedade. Assim, somente o caso concreto pode definir a medida mais adequada.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2005.

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da função social da posse: e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEM, Fabio P. **Contrato preliminar : níveis de eficácia**. São Paulo : Almedina, 2018.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012

ALVES, José Carlos Moreira. **Posse**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 6. ed. rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo. Nova Cultural: 1996.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil : Teoria Geral, vol. 3 : Relações e Situações Jurídicas**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2010.

BARCELOS, Gabriela Macedo de Oliveira. **Política urbana do município de Fortaleza: reflexão acerca da efetividade dos instrumentos de parcelamento, edificação e utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo**. 2020. Dissertação (Mestrado)-Centro Universitário Christus-Unichristus, Fortaleza, 2020

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006.

BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita. **Direito agrário contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARROSO, Lucas Abreu; MIRANDA, A. Gursen de; SOARES, Mário Lúcio Quintão. **O direito agrário na Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Estado de direito: tema complexo, dimensões essenciais e conceito**. *Direito em Debate*. Ijuí, ano XXII, n. 39, p. 144-152, jan-jun. 2013

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. In: Congresso Internacional de Direito Ambiental - 5 anos após a ECO- 92 – **Anais**. São Paulo, 1997, p.11-36.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 8.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954

BELLAN, Alessandro, **A Lógica do reconhecimento – Alteridade como Intersubjetividade**. Revista *Contradictio*, v 2, n 1, 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/contradictio/article/view/15410>. Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense Universitaria, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de filosofia do direito**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor e função social da propriedade**. Curitiba: Juruá. 2004

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. v. 1.

BOZZA, Fábio da Silva. **Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal**. São Paulo : Almedina, 2015.

BORGES, Letícia Menegassi; MOLINARI, Flávio Miranda. **A exigência do IPTU progressivo em SP e o controle da função social da propriedade**. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-21/opinioao-iptu-progressivo-sp-funcao-social-propriedade>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

BORGES, Janice Silveira. Dignidade do Ente por Nascer. In: Cesar Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). **Direito Civil: Atualidades III - princípios jurídicos no Direito Privado**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. , p. 87-115

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. **Diário Oficial da União**, 10 de novembro de 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm)>. Acesso em 06 de março de 2021

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. **Diário Oficial da União**, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao46.htm#:~:text=Art%201%C](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm#:~:text=Art%201%C)

2%BA%20%2D%20Os%20Estados%20Unidos,%C3%A9%20a%20Capital%20da%20Uni%C3%A3o. >. Acesso em 06 de março de 2021.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de janeiro de 1937. **Diário Oficial da União**, 24 de janeiro de 1967. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em 06 de março de 2021

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em 21 de março e 2021.

BRASIL. **Código Civil de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em 21 de março de 2021..

BRASIL. Lei nº 6.404, 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 de dezembro de 1976. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)> Acesso em 03 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União, Brasília**, 11 de setembro de 1990. Disponível em< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm)> Acesso em 12 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Regulamenta a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 de março de 1990. Disponível em< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm)> Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 de julho de 2007. Disponível em<[www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm) > Acesso em 18 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei número 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nos 8.629, de 25 de fevereiro de 1993 , 13.001, de 20 de junho de 2014 , 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011 , 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n

º 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 de setembro de 2017. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm) > Acesso em 19 de fevereiro de 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Informativo STJ – Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/> > . Acesso em: 01 de junho de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 619. Corte Especial. Data de Julgamento: 24 out. 2018. DJe de 30 out. 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27619%27\).sub..](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27619%27).sub..) Acesso em 20 de junho de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A questão do Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado- Direito de terceira geração- Princípio da Solidariedade.. MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, 1995. **Diário Oficial da União**, 30 de outubro de 1995. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 13 de agosto de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 340. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_301\\_400](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400). Acesso em 12 de outubro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 668, aprovada em 24/09/2003, DJ 09/10/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula668/false> Acesso em 15 de outubro de 2021.

BRETAS, Hugo Rios.; FIALHO, Cláudia . **Propriedade privada urbana e direito social à moradia: por uma adequada interpretação a partir do princípio da função social da propriedade na efetivação da justiça urbana nas cidades**. MERITUM (FUMEC), v. 13, p. 70-83, 2019.

BRETAS, Hugo Rios. **Reflexões acerca do impacto do meio ambiente na construção da função social da propriedade**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito

BRUSCATO, Wilges. **Manual de Direito Empresarial brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUCAR, Daniel ; PIRES, Caio Cibei . **Aquisição e titularidade das coisas vagas: Tratamento sistemático e o papel institucional da Advocacia Pública**. REI - Revista estudos institucionais, v. 5, p. 317-337, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo. Ed. Saraiva. 2007.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira. **Regulação de serviços públicos, na perspectiva da Constituição Econômica Brasileira**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 01.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição : direito constitucional positivo**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição: direito constitucional positivo**. 15.ed. rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 21ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. Ver. Ampl. E atual. Até 31-12-2014- São Paulo: Atlas, 2015

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1990.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. IV Jornada de Direito Civil. Enunciados Aprovados. Brasília: 2006. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/308>>. Acesso em 10 de julho 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Centro de Estudos Judiciários. IV Jornada de Direito Civil. Enunciados Aprovados. Brasília: 2006. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/313>>. Acesso em 12 de julho 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado V. Jornada de Direito Civil. Disponível em : <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/492>. Acessado em 18 de Março 2021.

CORDEIRO, António Menezes. **A posse: perspectivas dogmáticas actuais**. 3. ed. actual. Almedina, 2005.

CORRÊA, André Rodrigues. **Solidariedade e responsabilidade : o tratamento jurídico dos efeitos da criminalidade violenta no transporte público de pessoas no Brasil**. São Paulo : Saraiva, 2009.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado : critérios para a sua aplicação**. . 2. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DAIBERT, Jefferson. **Direito das coisas**. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DE CASTRO, Julia Ribeiro; SOUSA, Thiago Andrade. **A Dicotomia entre as situações existenciais e situações patrimoniais**. In: Anderson Schreiber; Carlos Nelson Konder. (Org.). **Direito Civil Constitucional**. 1ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 08-23.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de**

**Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro : volume 1 : teoria geral do Direito Civil.** 21. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: volume 3 : teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: volume 4 : direito das coisas.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: volume 4 : direito das coisas.** 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOS SANTOS, Deborah Pereira Pinto; MENDES, Eduardo Heitor. **Função, funcionalização e função social.** In: Anderson Schreiber; Carlos Nelson Konder. (Org.). **Direito Civil Constitucional.** 1ed.São Paulo: Atlas, 2016, v. , p.98-124.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Tradução de Ruth M. Klaus: 3ª. Centauro Editora, São Paulo, 2006.

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

FACHIN, Luiz Edson . **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo.** 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais.** 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011,

FIALHO, Claudia. **A OCUPAÇÃO COMO FORMA DE LUTA POR MORADIA PARA A CONQUISTA DA PESSOALIDADE E DA DIGNIDADE HUMANA: por uma adequada compreensão a partir da ocupação Dandara.** Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Estatuto da Cidade comentado : Lei n. 10.257/2001 : Lei do Meio Ambiente Artificial**. 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

FIUZA, César Augusto de . **Contratos**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. v.1.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FIUZA, César; BRITO, Lucas Pimenta de Figueiredo . Para uma compreensão integral do abuso de direito no contexto da responsabilidade delitual e do princípio da boa-fé objetiva. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). **Direito Civil - Atualidades III**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. 1, p. 347-382.

FIUZA, César. Dignidade humana, autonomia privada e direitos da personalidade. In: FIUZA, César(org.). **Autonomia privada: direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015. Coleção Direito Civil Contemporâneo

FIUZA, César; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; ALMEIDA, Renata Barbosa de . Princípio da autonomia privada: para uma visão psicanalítica do fenômeno contratual. In: César Fiúsa; Bruno Torquato de Oliveira Naves; Maria de Fátima Freire de Sá;. (Org.). **Direito Civil**. Atualidades III. Princípios Jurídicos do Direito Privado. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. p. 317-346.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; MILARÉ, Édis. **Manual de direito público e privado**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: o direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima MOUREIRA, Diogo Luna (org.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: volume 1 : parte geral**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: volume 1 : parte geral**. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Volume 4: contratos, teoria geral**. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil: volume 5 : Direitos Reais**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

GALEFFI, Dante Augusto. O que é isto - **A Fenomenologia de Husserl?**. Ideação (UEFS), Feira de Santana - Ba, v. 5, n.jan./jun., p. 13-36, 2000.

GALVANI, Leonardo. **Teoria pós-moderna da posse**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

GODOY, Luciano de Souza. **Direito agrário constitucional: o regime da propriedade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e atual. / por José Augusto Rodruigu Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GOMES, Orlando; FACHIN, Luiz Edson. **Direitos reais**. 19. ed. rev., atual. e aum. / por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GOMES, Orlando, 1909-1988. **Direitos Reais**. 21a ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Coisas**. 15. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – volume 5 : Direito das coisas**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Contratos e atos unilaterais**. 17. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Luíz da Cunha. **Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil Português**. 2.ed. atual. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1955/1968 nv.

Gonçalves, Naíla. **O uso das alíquotas diferenciadas de IPTU para as áreas de preservação permanente e a função socioambiental da propriedade** .Dissertação (Mestrado) Universidade de Caxias do Sul, Programa de PósGraduação em Direito, 2016. Orientação: Leonardo da Rocha de Souza.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PÉREZ, José Luis Monereo; GONZÁLEZ, José Calvo. “**Léon Duguit (1859-1928): jurista de una sociedad en transformación**”, 2005. Disponível em: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE4/articulos/17duguit.htm#dos>. Acesso em 18 de janeiro de 2021.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida **Função social do contrato e contrato social : análise da crise econômica**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2015

GUIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. **A aventura da filosofia II de Heidegger a Danto**. Barueri, SP : Manole, 2011

HARADA, Kivoshi. **IPTU progressivo por decreto**, 2014. Disponível em: <https://haradaadvogados.com.br/iptu-progressivo-por-decreto/> Acesso em: 21 de outubro de 2021.

- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **A razão na história**. Lisboa: Edições 70, 1995.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 4. ed. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2007.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 5. ed. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco; Petrópolis: Vozes, 2008.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **O Sistema da vida ética**. Lisboa: Edições 70, 1991.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Propedêutica filosófica**. Lisboa: Edições 70, 1989.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 2.ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2007.
- IBGE. **Nosso território: Ecossistemas**, Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em:< [http://www.ibge.gov.br/7a12/conhecer\\_brasil/default.php?id\\_tema\\_menu=1&id\\_tema\\_submenu=12](http://www.ibge.gov.br/7a12/conhecer_brasil/default.php?id_tema_menu=1&id_tema_submenu=12) > Acesso em: 18 de novembro de 2018.
- INWOOD, Michael. **Dicionário de Filósofos: Dicionário de Hegel**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
- JHERING, Rudolf von. **Teoria simplificada da posse**. Belo Horizonte: Líder, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 17ª. São Paulo, 2013.
- LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 1980.
- LIMA, João Franzen de. **Curso de Direito Civil brasileiro: volume 1 : introdução e parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977
- LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LIMA, Taísa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do Direito Privado nacional. **Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUCMG**. Belo Horizonte, ano 3, n.1, jul. 2004. Disponível em:[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf) f. Acesso em: 20 de fevereiro de 2018.
- LIMA, Taísa Maria Macena de. Princípios Fundamentais do Direito Civil Atual. In: César Augusto de Castro Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). **Direito Civil: Atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v. 01, p. 241-258
- LÔBO, Paulo Luiz Neto . Constitucionalização do Direito Civil. In: Bruno Torquato de Oliveira Naves; César Fiuza; Maria de Fatima Freire de Sá. (Org.). **Direito Civil: atualidades**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, v. 1, p. 197-218.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil: volume 3: fontes das obrigações: contratos**. 6. ed. rev. e atual. pelo Prof. José Serpa Santa Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 6. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2021

LUFT, Eduardo. **Espaço lógico em Wittgenstein e Hegel**. In: Agemir Bavaresco; José Pinheiro Pertille; Marloren Lopes Miranda; Jair Tauchen (Orgs.) *Leituras da Lógica de Hegel*. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

MADALENO, Rolf. **A prova ilícita no direito de família e o conflito de valores**. Disponível em: <rolfmadaleno.com.br/web/artigo/a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-e-o-conflito-devalores>. Acesso em: 30 de maio de 2021.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. . **A autonomia privada e a função social da empresa**. In: César Fiúza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). *Direito Civil: atualidades II*. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. 1, p. 331-348.

MAILLART, Adriana da Silva; SANCHES, Samyra Haydê Dal Farra Napolini. **Os Limites à Liberdade na Autonomia Privada**. *Pensar (UNIFOR)* , v. 16, p. 26-49, 2011

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** . 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Comentários ao estatuto da cidade: lei nº 10.527, de 10 de julho de 2001**. São Paulo: Atlas, 2011.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019

MANIGLIA, Elisabete . **Atendimento da função social pelo imóvel rural**. In: Lucas Abreu Barroso; Alcir Gursen de Miranda; Mário Lúcio Quintão Soares. (Org.). *O Direito Agrário na Constituição*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 45-72.

MARÇAL, Antônio Cota. **Idealismo alemão**. In: TRAVESSONI, Alexandre (Coord.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011, p. 211-214

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 4.ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional : leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais**. São Paulo : Atlas, 2012

MATEUS. In: **Bíblia de Estudos de Genebra**. São Paulo: Cultura Cristã, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MICHAEL, Lothar, MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. São Paulo : Saraiva, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário**. 5. ed. reform., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Processo n. 0433 14 0025408-0 – Sentença. Disponível em: < [https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes.jsp](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp) comrCodigo=433&numero=1&listaProcessos=14025408 > . Acesso em: 01 de junho de 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - AC: 10625060609348002 São João Del-Rei, Relator: Pedro Bernardes, Data de Julgamento: 17/07/2012, Câmaras Cíveis Isoladas / 9ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2012. Disponível em: <<https://tjmg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944031633/apelacao-civel-ac-10625060609348002-sao-joao-del-rei>>. Acesso em 02 de agosto de 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Secretaria de Assuntos Legislativos. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo : regulação e aplicação**. Brasília : Ipea, 2015.

MISSAGGIA, Juliana. **Por uma fenomenologia encarnada: corpo e intersubjetividade em Husserl**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**: volume 23. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1958.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; RENTERIA, Pablo; TEPEDINO, Gustavo. **Direitos Reais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil : volume 3 : direito das coisas**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1997

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil : volume 3 : direito das coisas**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: volume 4 : direito das obrigações : parte 1 : das modalidades das obrigações, da transmissão das obrigações, do adimplemento da extinção das obrigações**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

MORAES, Maria Celina Bodin de . O Princípio da Dignidade Humana. In: Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 1

MORATO, Henriette Tognetti Penha Morato, BARRETO, Carmem Lúcia Brito Tavares, NUNES, André Prado. **Aconselhamento psicológico numa perspectiva fenomenológica existencial: uma introdução**. Rio de Janeiro : Guanabara Koogan, 2017

MORETTI, Júlia Azevedo. **O parcelamento, edificação e utilização compulsórios (PEUC)**, 2020. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/03/05/o-parcelamento-edificacao-e-utilizacao-compulsorios-peuc/>. Acesso em 12 de outubro de 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 4: Direito das Coisas**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil, volume 5: Direito de família**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, GOIATÁ, Sarah Rêgo. **O pendular da autonomia e da vulnerabilidade do idoso diante da terminalidade da vida**. In: LIMA, Taisa Maria Macena; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima MOUREIRA, Diogo Luna (org.). *Autonomia e vulnerabilidade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades II : da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Princípio do interesse público no direito contratual? Pela revisão da utilidade social dos contratos*. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. (Org.). **Direito Civil: atualidades III; princípios jurídicos no Direito Privado**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. 1, p. 303-316.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa**. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUARTE NETO, Bento Herculano.; MENEZES, Jane Weyne Ferreira de. ; MENEZES, Welma Maria Ferreira. **IPTU progressivo no tempo: Desenvolvimento urbano sustentável e a (in)eficácia de sua aplicação**. REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, v. 01, p. 211-228, 2021.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. Rio de Janeiro: Método, 2014.

OLIVEIRA, Maria das Graças Patrocínio. **Sanções tributárias e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**. São Paulo: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, J. A. S.. **Husserl e Ricoeur: em torno das Meditações Cartesianas**. Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição, v. 1, p. 136-153, 2013

ONATE, Alberto Marcos. **Ficção e Tempo na filosofia de Edmund Husserl: tomo 2**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

ONATE, Neusa Rudek. **A hermenêutica fenomenológica na obra inicial de Heidegger**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, C. L. C. **Compreendendo os novos limites à propriedade: uma análise do artigo 1.228 do Código Civil brasileiro**. Revista Trabalhista Direito e Processo, Rio de Janeiro, v. XII, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; FICHTNER, Regis. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos: declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil**. 13ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 4 : posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**; revista, atualizada e ampliada por Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 4 : posse, propriedade, direitos reais de fruição, garantia e aquisição**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil constitucional**. 3 ed. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PILATI, José Isaac. **Função social e tutelas coletivas: contribuição do Direito Romano a um novo paradigma**. Seqüência. Florianópolis, n. 50, p. 49-69, jul. 2005

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

POLI, Leonardo Macedo. **Direito Autoral Parte Geral**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 1

PTSICA, Helena Nastassya Paschoal. **PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL: desapropriação por interesse social**. Tese (Doutorado) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos**: projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 3. ed.

Belo Horizonte: PUC Minas, 2019. Disponível em: [www.pucminas.br/biblioteca](http://www.pucminas.br/biblioteca). Acesso em: 15 de abril de 2021.

PRADO, Karine Monteiro. O direito de construir frente à função social da propriedade urbana. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Podium, 2005, vol. 44

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra:Almedina, 1982.

QUINTANEIRO, Tânia, Barbosa; Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de clássicos: Durkheim, Marx e Weber**. 2. ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2.ed. Barueri: Manole, 2019.

RÁO, Vicente. **Ato Jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais: O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 4. ed. anot., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato**. 1. ed. – São Paulo : Almedina, 2017.

RENTERIA, Pablo. **Penhor e autonomia privada**. São Paulo: Atlas, 2016.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro- AC:80251220108190207, Rio de Janeiro, Relator: Gabriel de Oliveira Zefiro. Data de Julgamento: 03 de Fevereiro de 2014./ 13ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03 de Fevereiro de 2014. Disponível: <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:NgBJHsjj5Q0J:https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116650953/apelacao-apl-80251220108190207-rj-0008025-1220108190207+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em 07 de agosto de 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 11ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Patricia Carbonel Campos da. **O Ativismo Judicial nas Políticas Públicas**. Revista de Artigos Científicos dos Alunos da EMERJ. V.1 N.1 2009. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/>> Acesso em: 28 de fevereiro 2020.

RODRIGUES, Renata de Lima ; Rüeger, André. Autonomia como princípio jurídico estrutural. In: FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Org.). **Direito Civil: Atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, v. II, p. 1-388.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: volume 5 : direito das coisas**. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: volume 3 : dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 30. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: volume 5: Direito das Coisas**. 30. ed atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson.; REIS, L. M. . Autocuratela: possibilidade de autorregulamentação da vida futura na hipótese de incapacidade superveniente. In: Calânico Sobrinho Rios; Gabriela Mascarenhas Lasmar; Walsir Edson Rodrigues Júnior. (Org.). **Relações Familiares e o Direito Sucessório**. 1ed.Belo Horizonte: Conhecimento, 2019, v. 1, p. 43-64

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

SÁ, Maria de Fátima Freire de.; CAMPOLINA PONTES, Maíla Mello. Autonomia Privada e o Direito de Morrer. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira.(Org.). **Direito Civil** Atualidades III. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, v. III, p. 37-54.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite; DYRUD, Chris Wold; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

SAMPAIO, Marcos **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo : Saraiva, 2013.

SANTOS, Eduardo Sens. **A Função Social do Contrato**. 1. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

SANTOS, José Henrique. **O Trabalho do Negativo: Ensaios sobre a Fenomenologia do Espírito**. São Paulo: Loyola, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira**. Revista Trimestral de Direito Civil , Rio de Janeiro, v. 6, p. 159-182, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direito Civil e Constituição**. In: Anderson Schreiber; Carlos Nelson Konder. (Org.). **Direito Civil Constitucional**. 1ed.São Paulo: Atlas, 2016, v. , p. 08-23.

SILVA, André Gustavo Ferreira da. **Hegel & a Educação**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

SILVA, Denis Franco . **Autonomia Privada: da invenção à reconstrução**. In: Maria Celina Bodin de Moraes. (Org.). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. , p. 135-162

SILVA, Felipe Gonçalves. **Liberdades em disputa : a reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas**. São Paulo : Saraiva, 2016

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8 Ed. São Paulo, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÃO, José Fernando . **A teoria dualística do vínculo obrigacional e sua aplicação ao direito civil brasileiro**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro , v. 1, p. 503-524, 2012.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Do Direito de Propriedade ao Dever da Propriedade**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte - **Anais CONPEDI**. Florianópolis : Editora da Fundação Boiteux, 2007.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Princípio da autonomia privada x princípio do *numerus clausus* em sede de direitos reais: um breve estudo de sua adequação à constituição brasileira de 1988**. In: FIÚZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito civil: atualidades II**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 211-227.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das coisas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. **Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social**. Revista de Direito Privado, São Paulo, v. 1, n. 3, p.126-156, jul./set. 2000

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Função social da propriedade e legalidade constitucional. Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro , v.9, n.17 , p.41-57, ago./dez. 2000

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TESSEROLLI, Eduardo Ramos Caron. **A Desapropriação-sanção em nome da política urbana do art. 182, § 4º, inc. iii, da Constituição Federal de 1988 e o Direito Administrativo sancionador**. In: CONPEDI/UNICURITIBA; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; FERREIRA, Daniel; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e.. (Org.). **Direito e Administração Pública**. 1ed.Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. 1, p. 12-34.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THOMÉ, Cynthia. **(Des)ocupação de imóveis em centros urbanos e seu impacto no acesso à moradia digna**. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 18, nº 46, p. 57-76, Janeiro-Março/2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/du%20i%204.pdf?d=636682907232710476>. Acesso em: 20 de outubro de 2021

TOMÉ, Márcia Eliane Fernandes. **Linguagem ético-religiosa e discurso onto-teológico em Emmanuel Lévinas**. 2011. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Ciências da Religião.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **O descumprimento da função social da propriedade do bem público**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-08/marcos-alcino-descumprimento-funcao-social-propriedade>. Acesso em 03 de outubro de 2021.

TORRES, Osvaldo Rocha . **Do Princípio da Solidariedade às Determinações do Termo Social para uma Teoria da Interpretação no Direito Privado**. In: César Fiuza; Maria de Fátima Freire de Sá; Bruno Torquato de Oliveira Naves. (Org.). **Direito Civil - Princípios Jurídicos no Direito Privado - Atualidades III**. 01 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, v. 01, p. 383-402.

Mukai, Toshio Pereira. **O Estatuto da Cidade : anotações à Lei n. 10.257/2001**. 4. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

UCHÔA, Adelaide Maria Rodrigues Lopes. **POSSE-TRABALHO E AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE IMÓVEL POR DESAPROPRIAÇÃO JUDICIAL PRIVADA: ANÁLISE DOS §§4º E 5º DO ARTIGO 1.228 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002**. Tese (Doutorado) –Universidade de Fortaleza, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

UTZ, Konrad Christoph. **O método dialético de Hegel**. Veritas (Porto Alegre), Porto Alegre, v. 51, n.1, p. 165-185, 2005. Disponível em: [revistaseletronicas.pucrs.br > veritas > article > download](http://revistaseletronicas.pucrs.br/veritas/article/download). Acesso em: 31 de janeiro de 2021.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil brasileiro: volume 2 : obrigações e contratos**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VARELA, L. Beck . Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: Martins-Costa, Judith. (Org.). **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. , p. 730-762.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil comentado : direito das coisas, posse, direitos reais, propriedade, artigos 1.196 a 1.368, volume XII; coordenador Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo : Atlas, 2003

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Reais**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: volume 2 : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil: volume 2: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: volume 2 : teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. **O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia**. *Duc In Altum*, v. 7, p. 55-100, 2015.