



**Inovação e
Empregabilidade**

FACULDADE CAMBURY

ESCOLA DE DIREITO

NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO

ARTIGO CIENTÍFICO

**DIREITO DE PROPRIEDADE, UMA ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.**

ORIENTANDA: LILLIAN ADORNO DA SILVA

ORIENTADORA: PROFA ESP. MÉRCIA MENDONÇA LISITA

GOIÂNIA

2014

ORIENTANDA: LILLIAN ADORNO DA SILVA

**DIREITO DE PROPRIEDADE, UMA ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO
SOCIAL DA PROPRIEDADE BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE.**

Artigo Científico apresentado à disciplina
Trabalho de Curso II, do Curso de Direito, da
Faculdade Cambury.

Profa. Esp. Mércia Mendonça Lisita.

GOIÂNIA

2014

Dedico este trabalho a luz da minha vida, *Jesus Cristo*. Por ter me proporcionado a oportunidade de realizar meu sonho de cursar a faculdade de Direito, mas, principalmente por ter me concebido no seio de uma família que tanto me ama, por ter me dado como pai o *Srº Isaias* pessoa que apesar do pouco tempo de vida juntos me amou muito, por ter me premiado e felicitado com meu irmão *Roberto*, ser de uma humildade, talento e espiritualidade inenarráveis, com certeza seu chamado a pátria celestial de forma tão precoce aos meus olhos se deu pela necessidade de tornar o coral celestial mais célebre, por ter me dado a honra de ser neta de *Carlinda Campos*, exemplo de sensatez, amor ao próximo, a vida, dedicação e amor incontestável por mim.

A saudade é muito grande, mas o amor que nos uniu, promoverá nosso reencontro um dia. De forma especial agradeço a Deus por ter me proporcionado uma pessoa tal encantadora a quem dedico todos meus esforços acadêmicos e admiração eterna, ao amor da minha vida, minha mãe *Carlinda Adorno*, pessoa que mais admiro nesta vida, a quem tudo devo e a quem tudo tenho que agradecer por todos os esforços em meu benefício, simplesmente por ser esta pessoa de uma fé que me motiva diariamente, nenhuma palavra no mundo é tão bela quanto ela e suficiente para explicá-la.

Agradeço a minha mãe, por tudo que ela representa para mim, ao Srº Roberto pela amizade sincera, aos professores: *Marcelo Alcântara*, professor admirável de Direito Civil, ao *Fernando de Paula* pelos ensinamentos relevantes em Direito das Coisas e Processo Civil, *Emídio Brasileiro*, demonstração viva que existe diferença entre o docente e um professor, ao *José Aluísio* pelo bom humor e por despertar meu interesse em Direito Empresarial, ao *Clodoaldo Jr.* e *Fabrcio Bailão* por todos os ensinamentos eficazes tanto no direito material quanto na prática Jurídica, a *Mércia Lisita* pela delicadeza e atenção neste trabalho. A todos os funcionários da *Biblioteca da Faculdade Cambury* pela presteza e zelo, não só para com os livros, mas também com todos que os buscam com o intuito de evolução e a todas as pessoas que conheci nesta caminhada que de alguma forma contribuíram para minha evolução.

SUMÁRIO

RESUMO.....	7
INTRODUÇÃO	7
1 DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	8
1.1 Observações sobre a propriedade, sua evolução jurídica, histórica e sua restrição	8
2 DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	11
2.1 Considerações iniciais	11
2.2 A propriedade quanto direito fundamental	11
2.3 Função Social da Propriedade Restrição Absoluta ou Conformação?.....	12
2.4 O princípio da Proporcionalidade Como Parâmetro Restritivo de Ilegalidades	13
3 DA NECESSIDADE DE EQUILIBRIO NAS DECISÕES QUE REGULAM O DIREITO DE PROPRIEDADE	16
3.1 Função social como vetor não só da propriedade, mas como também, da posse.....	16
3.2 Política jurídica e seu papel harmonizador nas ações que envolvam a propriedade .	17
REFERÊNCIAS	22

DIREITO DE PROPRIEDADE, UMA ANÁLISE CRÍTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE BRASILEIRA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Lillian Adorno da Silva¹

RESUMO

O presente estudo pretendeu demonstrar que o direito de propriedade é o mais importante e sólido dos direitos subjetivos é o direito real por excelência, contudo, após a promulgação da Constituição de 1988, passou a ser erigido sob as condições da lei maior agregando status de direito individual, sendo estabelecido a este, uma conformação a seus limites em decorrência da função social que desempenhar. O foco principal do estudo é fazer uma análise do instituto da função social à luz do princípio da proporcionalidade, com o intuito de demonstrar que não raras às vezes o direito de propriedade sofre verdadeiras limitações com respaldo em uma suposta função social que atenda o interesse coletivo, mas que na realidade pode ser um meio de cometimento de abusos. Por esta razão o princípio se torna o ponto central do presente trabalho, para que assim, se demonstre a importância que o operador do direito possui ao analisar uma norma conformadora ao direito individual da propriedade por meio da utilização de uma política jurídica para evitar abusos e ilegalidades por parte dos legisladores e governantes.

Palavras-chave: Propriedade. Função Social. Proporcionalidade. Política Jurídica.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é analisar o direito de propriedade diante do Princípio da Proporcionalidade, bem como demonstrar que a função social não se trata de uma limitação absoluta a propriedade, mas sim uma regulação a um direito subjetivo garantido no rol dos direitos fundamentais da constituição brasileira, sendo que, esta regulação não pode ser fundamento para uma procedência infundada por parte do legislador.

Como fundamento, necessária é a demonstração da importância do instituto da propriedade, abrangendo desde sua evolução histórica e contemporânea. Mencionando o principal efeito do novo constitucionalismo à propriedade, que é a instituição de uma conformação em decorrência do sistema econômico adotado.

Ao analisar a propriedade à luz da Constituição Federal de 1988, se faz importantes esclarecimentos sobre a regulação a qual o direito de propriedade se sujeita atualmente, sujeição esta, estabelecida pela função social.

¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Cambury; adorno.lillian@gmail.com.

A apresentação do princípio da proporcionalidade como meio de coibição aos excessos de legisladores e do próprio poder público, se demonstra como um instrumento legalizador a eventuais conformações, posto, a tenuidade que a função social estabelece para o cometimento de eventuais abusos.

O papel que exerce o político do direito por meio da política jurídica, como instrumento de harmonização nas ações entre direito individual e direito social é de grandiosa colaboração, para que se possa ter a aplicação do direito de forma equânime, conforme demonstrado, principalmente no que tange ao direito de propriedade, visto que, a mesma pode sofrer limitações desarrazoadas e não condizentes com o intuito de desenvolvimento social.

Para que o operador do Direito possa se valer da política jurídica, avalia-se o princípio da função social não só como um vetor da propriedade, mas também, como vetor da posse, assim, poderá analisar se determinada medida conformadora ao direito de propriedade é realmente adequada, socialmente relevantemente e economicamente viável.

1 DO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.1 Observações sobre a propriedade, sua evolução jurídica, histórica e sua restrição

O direito de propriedade se consolidou como o mais célebre e importante de todos os direitos subjetivos, isso porque, nas palavras de Monteiro (2012, p. 98) “Direito Real por excelência, é o eixo em torno do qual gravita o direito das coisas (...) pode-se dizer, ser a pedra fundamental de todo o direito privado.”

Logo, sua importância é de grande valia tanto na seara do direito público, quanto no direito privado, além do mais, sua importância transcende o campo do direito, refletindo na sociologia e na economia política. Percebe-se que sua fundamentação jurídica, possui contornos controversos, pois, durante muito tempo houve discussões doutrinárias sobre sua origem e legitimidade.

Segundo a doutrina da igreja católica, o direito de propriedade privada foi concedido ao homem pelo próprio criador, para que possa prover suas necessidades e de sua família. O papa Pio XI na Encíclica Quadragésimo Ano, diz que: “ O direito de possuir bens não provém das leis dos homens, mas da natureza; a autoridade pública não pode aboli-lo, porém, somente regular seu uso e acomodá-lo ao bem do homem.”

Diante da teoria da natureza humana percebe-se que esta é a que melhor explica a origem e legitimidade do direito de propriedade, remetendo a ideia de que toda propriedade é

inerente à própria condição humana. Assim se justifica ao analisar que a propriedade se origina desde os primórdios da civilização, nesta época se tinha uma concepção comunitária e coletiva da propriedade.

Contudo, é na era romana que a propriedade possui raízes históricas, nesta era, preponderava o aspecto individualista da propriedade. No início da cultura romana a propriedade era da cidade ou da chamada *gens*, cada indivíduo possuía uma porção de terra que por sua vez, era restrita (1/2 hectares)

Com a evolução da sociedade romana a propriedade da cidade que na realidade era uma espécie de propriedade coletiva, foi desaparecendo dando espaço a sobreposição da propriedade da família. No decorrer do tempo à propriedade coletiva, formada tanto pela *gens e família*, foi cedendo espaço à propriedade privada.

Citando Guimarães e Diniz (2012, p. 122) explica que a propriedade privada inicialmente passou pelas seguintes etapas:

1ª) propriedade individual sobre objetos necessários à existência de cada um; 2º) propriedade individual sobre os bens de uso particular, suscetíveis de ser trocados com outras pessoas; 3º) propriedade dos meios de trabalho e de produção; e 4º) propriedade individual nos moldes capitalistas, ou seja, seu dono pode explorá-la de modo absoluto.

No Brasil a evolução da propriedade, no início de nossa colonização ensaiou-se, o modelo de organização jurídica feudal, com a implantação transitória das capitânicas hereditárias, as quais exerceram fortes influências em nossos costumes, porém, não chegou a estabelecer uma nova ordem jurídica, ficando a prevalecer o regime romano.

A revolução francesa exerceu um importante papel na história da propriedade, pois, cessou as desigualdades até então perpetuadas pela concepção da Idade Média, em que se estabelecia um sistema de desigualdades.

Hodiernamente quem melhor define a evolução da propriedade é Monteiro (2012, p. 96) que afirma que:

Na época atual, o modo pelo qual tratam as nações o direito de propriedade constitui a pedra de toque de seu regime político. Nos países do ocidente, nos países de direito latino, germânico e anglo-saxônico, subsiste a propriedade privada, embora sujeita a determinadas restrições, porque se entende que ela estimula o trabalho e as faculdades do indivíduo, fomentando a produção de novas riquezas.

Destarte, ver-se a importância da propriedade como meio solidificador de um determinado regime político. Constata-se, todavia, diante de todo o exposto, não ser algo fácil, conseguir definir a propriedade, mesmo após grande evolução jurídica que a solidificou

como meio de firmação de regimes políticos, porém, percebe-se que na atualidade o direito de propriedade possui duas acepções, uma em sentido amplo, sobre o qual o direito irá recair tanto sobre as coisas corpóreas e incorpóreas e outra, em sentido estrito, na qual recairá somente sobre coisas corpóreas que por sua vez, terão a denominação de *domínio*.

Como se percebe com base na lição de Monteiro (2012) a noção de propriedade mostra-se mais ampla, do que a de domínio, pois, propriedade representa um gênero, do qual domínio se torna uma espécie. Ademais analisando todos os caracteres que a propriedade possui conclui-se que, esta se trata de um fato absoluto, oponível erga omnes, com total plenitude sendo existente independentemente de qualquer outro direito real.

Portanto é um direito absoluto, no qual o proprietário poderá dispor da coisa como melhor lhe aprouver, assim enuncia o artigo 1.228, *caput*, do Código Civil de 2002, quando diz: “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”. Logo, se trata de um direito absoluto, também será um direito exclusivo (porém, por óbvio algumas modificações são admitidas), afinal a coisa não pode pertencer com exclusividade a duas ou mais pessoas, é o que se depreendem do artigo. 1.231 do CC/02 que diz: “A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”. Também será irrevogável, uma vez que, a disposição feita legalmente pelo proprietário não será suscetível de revogação de terceiros.

No que tange as restrições impostas à propriedade, O Código Civil vigente é regido, como qualquer outro diploma legal pátrio, pelos preceitos da Constituição Federal de 1988, assim sendo, qualquer restrição imposta à propriedade deverá ser analisada sob o crivo da norma suprema. O artigo. 1.228 do atual diploma civilista em seus parágrafos traz algumas restrições ao direito de propriedade, importante salientar que no que diz respeito à função social será analisado em tópico específico do presente trabalho.

Pois bem, nos dizeres de Maluf (1997, p. 197.) o parágrafo 1º do artigo retro citado se verifica:

[...] a preocupação com a função social da propriedade, com a preservação da flora e da fauna, com a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico, através do tombamento. Portanto, o novo Código Civil, com essa regra, procurou despertar no homem comum o exercício da cidadania, impondo limitações de caráter social ao direito de propriedade.

Ademais em linhas gerais, na atualidade, o caráter absoluto do direito de propriedade não possui mais os níveis de intangibilidade de outrora, hoje é algo mais flexível, para que assim se possam atingir os fins ensejados na atualidade como, por exemplo, o bem estar da coletividade.

Assim, observa-se que a propriedade poderá sofrer certas restrições por força de normas constitucionais, administrativas, normas militares e eleitorais, bem como a de natureza penal e civil e até mesmo aquelas limitações imposta à proteção da lavoura, do comércio e da indústria.

2 DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

2.1 Considerações iniciais

Conforme explicitado em momento pretérito, a propriedade passou por transformações tanto em relação a sua base jurídica quanto ao seu conteúdo conceitual, agregando assim, um conceito terminológico mais amplo e extensivo.

Nosso atual Código Supremo manteve e ampliou o conceito de propriedade, assim como a Constituição de Weimar, que admitiu que o conceito de propriedade abrangesse não só os bens móveis e imóveis, mas também, todo e qualquer bem suscetível de valor patrimonial. Assim sendo, o conceito constitucional de propriedade, transcende a mera concepção privatística estrita, abrangendo todos os valores patrimoniais como, por exemplo, o salário, pretensões societárias e o direito de herança. Portanto, conclui-se que o conceito constitucional de propriedade possui um sentido lato.

2.2 A propriedade quanto direito fundamental

Analisando estruturalmente a atual Constituição, assim como as que a antecederam, ver-se que o direito de propriedade está garantido entre os direitos fundamentais, especificamente no *caput* do *art. 5^a* e no inciso *XXII*. Assim, ao garantir a propriedade como um direito fundamental, o constituinte originário visou agregar ao instituto uma proteção juridicamente relevante oponível perante qualquer poder constituído, uma vez que, o atual estudo do direito constitucional preocupa-se em afirmar os direitos fundamentais como núcleo essencial de proteção a dignidade da pessoa humana, especialmente o constituinte da Carta de 1988, que se dedicou em reafirmar a relevância dos direitos fundamentais, até mesmo pelo momento de transição vivenciado à época, de um regime militar, para um regime democrático.

Esta preocupação se evidencia no próprio Preâmbulo Constitucional, quando afirma que um dos objetivos da Constituinte da Constituição de 1988 é “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade,

a segurança [...]” assim, esses objetivos estabelecem patamares éticos, jurídicos e políticos de compreensão da Constituição, bem como, aos direitos fundamentais tutelados por esta. Portanto, a constitucionalização dos direitos fundamentais, constitui em um parâmetro de organização e limitação aos poderes constituídos, impedindo que suprimam ou alterem ao seu mero talante algum direito fundamental, pois, jamais um poder constituído será superior ao poder que instituiu os direitos fundamentais.

Importante destacar nesse ponto, que os direitos fundamentais de acordo com entendimento do Tribunal Supremo, não se constituem de um caráter absoluto e intangível, porém, também não podem ser mitigados ou menosprezados pelo legislador, uma vez que, determinado direito fundamental atingiu certo grau de realização, não poderá o legislador, transgredir na matéria. É o que parcela da doutrina denomina de *proibição de retrocesso*, como bem explicitado por Mendes (2012, p. 220.) ao expor a lição de Canotilho:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.

2.3 Função Social da Propriedade Restrição Absoluta ou Conformação?

A Constituição Federal no art. 5º, inciso XXIII, estabeleceu que a propriedade atenderá a função social, assim, sedimentou o princípio da função social.

Porém, ao estabelecer tal mandamento, alguns questionamentos e até mesmo afirmações jurídicas surgiram, no sentido de alegarem que na realidade a função social constitui em uma restrição ao direito de propriedade, ideia esta totalmente errônea, uma vez que, estaremos diante de uma conformação, ou seja, a necessidade da propriedade se adequar aos parâmetros econômicos e sociais adotados pelo Estado.

Ora, essa sujeição da propriedade ao princípio da função social, demonstra o rompimento com um Estado individualista e um comprometimento com um Estado econômico voltado para o capitalismo, porém essa sujeição demonstra a possibilidade de ocorrer alguns riscos como, por exemplo, o legislador se achar soberano o suficiente para que com absoluto poder disponha sobre a matéria, o que evidentemente seria desastroso.

Esse risco é reafirmando quando ainda se insiste na afirmação, que nos dias atuais após a Constituição de 1988 ocorreu uma restrição ao direito de propriedade, fundamentação esta, que por sua vez demonstra um retrocesso no raciocínio jurídico contemporâneo e até

mesmo com aquele de tempos pretéritos, que tanto colaborou para a afirmação dos direitos individuais.

Destarte o que verdadeiramente se aplica ao direito de propriedade após a CRFB/88 é uma regulação ou conformação, jamais uma restrição. Até mesmo porque, o legislador constituinte originário reconheceu o direito de propriedade entre aqueles elencados como fundamentais (Art. 5º XXII, CRFB/88) sendo assim, a um só tempo trata-se de uma garantia institucional, como também, um direito subjetivo.

Assim sendo, as normas que disciplina esse direito não podem se destinar a sua restrição, mas sim a sua indispensável função de normas de concretização ou de conformação deste instituto. O fato é que o legislador exerce um papel importante na própria definição de proteção do direito de propriedade e seu desenvolvimento. Sendo esse o sentido que se extrai da importante lição de Mendes (2012, p. 478):

[...] ao mesmo tempo que dependem de *concretização* e *conformação* por parte do legislador, elas devem vincular e obrigar o Estado. Em outros termos, o poder de conformação do legislador, na espécie, não significa que ele detenha absoluto poder de disposição sobre a matéria.

Ademais, como nas sábias palavras de Pontes de Miranda (1987, p. 396.) “A liberdade pessoal não é instituição estatal, que se garanta; é direito fundamental, supraestatal, que os Estados têm de respeitar. A propriedade privada é instituição, a que as Constituições dão o broquel de garantia institucional” [...].

2.4 O princípio da Proporcionalidade Como Parâmetro Restritivo de Ilegalidades

A doutrina diverge em relação ao princípio da proporcionalidade, muitas vezes o utilizando como termo sinônimo da razoabilidade. No presente artigo, o princípio da proporcionalidade será tratado no sentido dado pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ou seja, no sentido que a razoabilidade nos remete a ideia de um meio de verificação das ações desarrazoadas do poder público, ao passo que a proporcionalidade é uma estrutura formal que serve como uma condição de possibilidade, para a propositura de um raciocínio entre princípios e regras, assim sendo, se consubstancia em sua natureza das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo em sua aplicabilidade, inclusive sendo, um princípio que antecede e condiciona toda a positividade jurídica, sendo um princípio geral do direito, que promove a orientação e integração de todo o ordenamento jurídico.

Mendes (2012, p.328), preleciona de maneira exemplar a proporção desse princípio ao dizer que:

Embora aparentemente redutora da fundamentação do princípio da proporcionalidade, essa posição aponta uma compreensão do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito. São muitas as manifestações que se colhem na jurisprudência sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade como princípio geral de direito. Assinale-se que também entre nós tem-se utilizado o princípio da proporcionalidade na solução de conflitos federativos ou na superação de conflitos de atribuições entre órgãos constitucionais diversos.

Diante da função social, o princípio da proporcionalidade demonstra ser o parâmetro e até mesmo de vetor, para evitar o cometimento de abusos, que não raro, cominam em uma ilegalidade. De fato, como mencionado, a função social, é um reflexo do sistema econômico adotado, porém, a mesma se destina a inúmeros setores da nossa sociedade, não sendo um instituto de aplicação exclusiva a propriedade.

É fácil obter esta percepção, ao analisar os objetivos do nosso Estado democrático, é dever do Estado garantir acesso à moradia, saúde digna, educação de excelência, dentre outros, mediante a aplicação dos recursos nacionais de acordo com as finalidades e anseios sociais.

Claramente não se torna necessário, profundos estudos doutrinários, para se perceber que nosso Estado não atinge sua própria função social, daí se extrai o princípio da proporcionalidade como um instrumento ponderador de conflitos e divergências, sendo ele uma cláusula geral do direito e o instrumento solucionador de conflitos entre os direitos fundamentais.

Portanto, antes de estabelecer se uma determinada propriedade atende o não ao princípio da função social é necessário observar se a provável restrição ao direito de deter a propriedade atende ou não o fim almejado pelo poder desapropriante, em outras palavras, em um Estado eivado de vícios políticos e administrativos, o uso da função social de forma desproporcional agrega a esta, um sério risco se tornar um meio hábil para o cometimento de abusos administrativos, legislativos e políticos.

Em um Estado que possui um compromisso econômico e social, se torna inadmissível a sustentação de propriedades que não ajudem a fomentar os interesses da coletividade, até mesmo, por ter uma economia agrária relevante, porém, o que é inaceitável é que o Estado utilize de sua discricionariedade de forma arbitrária para atingir fins eminentemente particulares, o que infelizmente não raro acontece, basta observar a política agrária nacional, em que se tem um órgão que visa reduzir as desigualdades agrárias com uma política totalmente errônea, tanto, que é comum deparar-se com propriedades totalmente

produtivas sendo desapropriadas para a instalação de assentamentos, que posteriormente se tornam um problema social muito maior, ao ali, estarem famílias sem acesso a saúde básica, crianças tendo que se deslocarem de forma precária para escolas, muitas vezes tão precárias quanto o transporte oferecido para acesso a esta.

Daí surge à indagação será que realmente a atual política agrária atende sua função social de forma satisfatória? Ou se atende de forma insatisfatória, vindo a se transformar a cada dia que se passa em um fomento a ilícitos (vendas de lotes em assentamentos, disputas homicidas por terras, meio de financiamento a falsos movimentos classistas)?

Adentrar no tema da reforma agrária e a proporcionalidade no presente trabalho seria precipitado em virtude da grandiosidade da temática, o que ensejaria o desenvolvimento de um trabalho específico, entretanto, não é leviano analisar entendimento do Supremo Tribunal Federal que corrobora com a presente temática, a respeito do instituto da desapropriação voltada para a reforma agrária.

A Suprema Corte demonstrou cautela em analisar a desapropriação e eventuais mecanismos utilizados pelo INCRA para classificar uma propriedade até então produtiva em improdutiva, trata-se do Mandado de Segurança de nº 23.759, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 17-4-2002, Pleno, DJ de 22-8-2003.

No julgamento do respectivo mandado o STF asseverou não ser idôneo promover nova classificação a propriedade rural cadastrada como produtiva após vistoria in loco, ocorrida posteriormente à invasão por trabalhadores rurais. A Suprema Corte entendeu que a prática do esbulho possessório descaracteriza o coeficiente de produtividade fundiária, logo, a mesma propriedade não pode ter sua classificação revista para improdutiva, invalidando por completo o decreto expropriatório que se baseia em vistoria pós invasão, visto que, o mesmo não preencheria os requisitos básicos para a sua legalidade e idoneidade. Em nosso sentir o que a Egrégia Corte assegurou, foi à observância da proporcionalidade a um esbulho pautado em uma fraudulenta função social, bem como, determinou parâmetros quanto à legalidade de decretos expropriatórios eventualmente abusivos.

Em outro julgamento, de forma implícita, o STF demonstrou não ser proporcional o INCRA não promover a intimação pessoal de ambos os cônjuges para a realização de vistoria, ora, o que se subentende é que se, em outras ações que versem sobre direitos reais fundados em bem imóvel necessita da intimação, citação ou até mesmo de outorga do cônjuge, não seria proporcional o INCRA ter tratamento processual diverso, ainda mais se tratado de uma possível restrição à propriedade. Conforme o julgado:

[...] 1. Vistoria realizada pelos técnicos do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária — Incra prescinde da intimação feita pessoalmente a ambos os cônjuges. 2. Desnecessária a intimação da entidade de classe quando não foi ela quem indicou ao órgão fundiário federal a área passível de desapropriação para fins de reforma agrária [...] MS 26.121/DF, Pleno do STF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 6-3-2008, *DJde* 3-4-2008.

Diante das inúmeras problemáticas que a função social mal ministrada e regulamentada pode causar, um dos poucos meios que se tem é a aplicação do princípio da proporcionalidade, utilizando-o mediante a ponderação de interesses o que acarretará em uma aplicação da política jurídica para que se vete o exercício arbitrário da função social, e consequentemente o cometimento de abuso por parte do Poder Público.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal vem demonstrando a necessidade da proporcionalidade na conformação feita pelo Poder Público à propriedade, ao verificar a jurisprudência da Suprema Corte, constata-se tal demonstração na concessão da ADI-MC 2.623, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 6-6-2002, *DJ* de 14-11-2003

Vedação de plantio de eucalipto no Estado do Espírito Santo, exclusivamente quando destinado à produção de celulose. Ausência de intenção de controle ambiental. Discriminação entre os produtores rurais apenas em face da destinação final do produto da cultura, sem qualquer razão de ordem lógica para tanto. Afronta ao princípio da isonomia. 2. Direito de propriedade. Garantia constitucional. Restrição sem justo motivo. Desvirtuamento dos reais objetivos da função legislativa. Caracterizada a violação ao postulado da proporcionalidade. 3. Norma que regula direito de propriedade. Direito civil. Competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF, artigo 22, I). Precedentes. Presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Pedido cautelar deferido.

Assim sendo, não se pode admitir a função social como uma restrição a propriedade, sob pena de se conceder margens para abusos e ilegalidades por parte do Poder Público.

Antes de tudo, é devido que se faça uma análise, se o grau de afetação ao direito de propriedade é inferior ao grau de satisfação de sua conformação substanciada na função social, ou seja, a conformação do direito de propriedade em face da função social deverá ser o meio apto para fomentar e promover o fim adequado e não um simples meio de atingimentos de fins almejados. E para que verifique se haverá ou não eventuais abusos são necessários que se utilize das máximas parciais da adequação, exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

3 DA NECESSIDADE DE EQUILIBRIO NAS DECISÕES QUE REGULAM O DIREITO DE PROPRIEDADE

3.1 Função social como vetor não só da propriedade, mas como também, da posse

Em linhas gerais, uma das grandes causas de divergência no que tange a propriedade se refere à posse, esta atingiu contornos relevantes com o estabelecimento da função social da propriedade, porém, como mencionado preteritamente, tal acontecimento por vezes gera a ideia errônea que a propriedade está mitigada pela função social e que a posse consequentemente tem um valor maior que a propriedade como direito.

Ora, a posse é um fato, esta não é superior ao direito de propriedade, assim como tal direito não se torna superior a esta. Não se pode valorar uma posse que não demonstre que o possuidor tenha de fato poder sobre a coisa e que esta posse esteja cumprindo sua finalidade econômica perante seu possuidor, afinal, não se pode tutelar práticas esbulhativas que não corrobore com a harmonia e desenvolvimento social, bem como que esse esbulho acarrete práticas atentatórias contra a paz da vizinhança.

Ao que se percebe, é que tão quanto se aplica o princípio da função social à propriedade, também assim será no que tange a posse, pois ambos os institutos se entrelaçam.

Assim como hodiernamente não basta que se detenha somente o registro imobiliário do imóvel, também não bastará que se tenha uma posse meramente esbulhatória, ambos os institutos necessitam coexistirem de maneira harmônica, pois se o contrário for, estará expondo o direito de propriedade a um cunho exclusivamente socialista. Logo, assim como a propriedade a posse também deverá estar vinculada ao cumprimento de sua função social, ficando agregada tanto quanto a propriedade ao desenvolvimento social respaldado por um interesse público primário.

Deveras, por inúmeros fatores tanto a posse e a propriedade em um determinado momento podem estar cumprindo sua função social, porém em outro não, devido à volubilidade da função social da propriedade, por esta estar diretamente relacionada ao sistema e parâmetros econômicos adotados. Diante disso o Magistrado necessita aplicar as normas tangíveis à propriedade não só de forma material, mas sim, fazendo uma análise das circunstâncias fáticas para que a função social seja um coerente meio estabelecido de conformação ao direito de propriedade, jamais um instrumento ilegítimo e mitigatório, detentor de fins ínfimos ao cometimento de abusos seja de particular, seja do Estado.

3.2 Política jurídica e seu papel harmonizador nas ações que envolvam a propriedade

Atualmente o Direito, possui uma função que supera a seara da simples aplicação dos dispositivos normativos de conteúdos materiais ou processuais. A mutação da sociedade ocorre de maneira ágil e periódica, porém, as normas não evoluem no mesmo compasso dos

anseios sociais, diante do desencontro jurídico e social, com o escopo de estabelecer a harmonia e promover o equilíbrio entre normas e relações sociais, é que os operadores do Direito de um modo geral necessitam estarem atentos às mudanças sociais e agirem em alguns aspectos de forma política perante um dado regramento jurídico, não com objetivos meramente deturpadores à inteligência do ordenamento jurídico vigente, mas sim, com um objetivo que vise a aplicação de uma nova postura humanista por parte dos juristas, para que o Direito seja aplicado de forma socialmente desejada, no sentido de normas justas, úteis e eficazes a realidade social.

A política jurídica tem por fundamentos o comprometimento com o justo, o ético, legítimo e o necessário, porém é relevante atentar que a Política do Direito deve estar respaldada em critérios racionais de utilidade e legitimidade. O Direito deve ir além dos parâmetros abstrativista, para que assim alcance status de instrumento de transformação social, nesse ponto, o Magistrado detém função determinante, para que as normas não se transformem em instrumentos de injustiças, entretanto, destaca Melo (1994, p. 99.):

Muitos juristas temem que a abertura jurídica a um trabalho interdisciplinar e a uma aproximação maior a um paradigma axiológico, seja o caminho da autodestruição do Direito. Ledo engano. O direito, se não for entendido simultaneamente como fato, valor e norma, visão tridimensional exposta lucidamente por Miguel Reale, não permitirá jamais a necessária aproximação entre a regulação social e a regulação jurídica ou seja entre o mundo das práticas sociais e o da positivação. Nem todas as práticas sociais são necessariamente boas, ou seja, melhor adequadas para a solução justa dos conflitos que as proposições do senso teórico do jurista. No entanto elas têm, em regra, mais condições de ganhar eficácia pela chamada legitimidade da fonte. Da mesma forma não será, pelo fato de residir no social, que o costume possa ser invocado inconseqüentemente, para dirimir questões originadas na complexidade da vida contemporânea.

Assim, o jurista deve ter o Direito como um instrumento democratizador e não meio de tutela a restrições eminentemente classistas, principalmente no que tange ao direito de propriedade, é necessário que o Magistrado atue de forma não só jurídica, mas também, social, pois, se ao contrário ocorrer estará expondo um direito fundamental à absoluta restrição com um falso motivo “social”.

Conforme demonstrado, a função social não é um instituto de aplicação exclusiva ao direito de propriedade, sua aplicação se este a todo o Estado, ora, se esse opta por um pseudo sistema econômico capitalista que visa à minimização das desigualdades sociais, que por sua vez foi um dos motivos determinantes ao ingresso da função social na nossa estrutura jurídica, também deverá cumprir uma função social perante seu povo, assim como também deverá cumprir a função social os Poderes instituídos.

Por tais razões é que o instituto da função social deve ser visto a luz do princípio da proporcionalidade, para que esta não se torne instrumento de cometimento de abusos por parte do Estado, conforme já demonstrado, pois afinal qual são os estritos parâmetros da função social? Essa é uma indagação de difícil resposta, ainda mais que nosso sistema econômico não nos proporciona uma estabilização.

Diante dessa problemática, é que a Política Jurídica se torna um dos meios hábeis que o Magistrado detém para a análise fática da adequação das ações que envolvam a conformação ao Direito de Propriedade, contudo indubitavelmente não é uma tarefa fácil ao Magistrado, porém necessária, conforme os dizeres de Carlin (2005, p.78)

O juiz vive, cotidianamente, o conflito entre o direito e a equidade, optando entre o justo ou o legal, na busca da sua melhor ética processual. [...] Deve o Juiz, em tais casos, privilegiar a segurança jurídica, em respeito aos textos e códigos, ou abrir novos caminhos e exercer o seu poder criador? E qual seria a fronteira desta evolução? Como decidir? Onde se coloca a questão ética? [...] São interrogações demonstradoras das dificuldades enfrentadas pela profissão e que exigem conhecimentos teóricos e práticos, e múltiplos domínios.

Diante da elucidação ver-se que o Magistrado pode encontrar inúmeros óbices na aplicação da proporcionalidade a institutos jurídicos que em um dado momento pode transparecer um caráter limitativo de um ao outro, porém, a multiplicidade de domínios que um bom Magistrado deve ter para que consiga aplicar um Direito equânime, torna a tarefa menos árdua a esses aplicadores do Direito, inclusive no que tange a seara processual, conforme adverte Melo (1994)

Tudo está a nos indicar que precisamos aperfeiçoar constantemente o nosso direito, especialmente o processual, que deve ser o que sempre deveria ter sido: o grande instrumento da realização da justiça. Quando conseguirmos essa correção de rumos, estarão superadas as causas principais dos abismos que se situam entre as legítimas reivindicações da sociedade e direitos individuais de um lado, e a prepotência da vontade do legislador (imbrincada esta com os fins políticos do Estado ou mesmo de grupos e classes) e o poder majestático dos Tribunais, de outro lado.

Ademais, não se pode ter em mente que a aplicação da Política Jurídica por meio dos Magistrados nas ações que envolvam o direito de propriedade, seria um meio de negar vigência ao direito posto, pelo contrário, é um meio de harmonizar a justiça com o valor atribuído a norma pela consciência jurídica da sociedade, ou seja, aplicar o Direito como deve ser, para que se possa evitar os abusos do Estado em face ao direito individual da propriedade e até mesmo abusos de particulares detentores de número expressivo de propriedades em face dos princípios gerais da ordem econômica dominante no momento.

Para que a aplicação da Política jurídica seja adequada e proporcional ao instituto do direito de propriedade o Magistrado, conforme ensina Ferreira de Melo, deverá valer-se de um “conjunto de estratégias que visam a produção de conteúdo da norma, e de sua adequação aos valores Justiça (V) e Utilidade Social (V)”.

Na linha de ensinamento de Ferreira de Melo, é oportuno citar decisão interessante em relação à Usucapião de bem público, é de notório conhecimento que não se admite esta modalidade de aquisição de bem, em se tratando de bens públicos.

Entretanto, o juiz da comarca de Coronel Fabriciano, estado de Minas Gerais reconheceu o usucapião a famílias que há mais de 30 anos residem em terras pertencentes ao Departamento de Estradas Rodagem Estado Minas Gerais, na decisão o MM reconheceu o direito destas pessoas em virtude do DER/MG não apresentar nenhuma necessidade de reintegração para fins de desenvolvimento econômico ou social, tampouco no decorrer destas três décadas ter apresentado resistência a posse.

De fato a decisão em nenhum momento utilizou por fundamento a política jurídica, porém, é notória a aplicação do direito mediante meios integrativos de valor social e de utilidade social, sendo que o Tribunal de Justiça daquele estado em julgamento da *Apelação Cível 1.0346.07.013776-2/001*, confirmou a decisão *a quo* pelos fundamentos da mesma.

CONCLUSÃO

A propriedade é um instituto da essência do próprio ser humano. Todos n buscam adquiri-la e defende-la, com o intuito social e econômico.

O fato de o Estado adotar um modelo econômico que proporciona meios de intervenção na propriedade privada, não significa que esta seja um instituto que se encontra limitado ao exclusivo poder soberano estatal, as pessoas do Estado brasileiro possuem seus direitos fundamentais, aos quais o poder soberano estatal tem a obrigação de respeitar, dentre eles, está o direito de propriedade.

A função social é um princípio da ordem econômica e financeira do Estado brasileiro e não um instituto exclusivo e limitador da propriedade, e sim um parâmetro conformador a todas as atividades estatais, não se pode falar em um Estado capitalista, por mais que seja um modelo misto, sem que todas as suas instituições e poderes visem o atingimento da evolução econômica e social.

Com a propriedade, seja urbana, rural, industrial ou até mesmo tecnológica não seria diferente, o direito de propriedade encontra sua conformação na função social, sendo que tal

instituto toma contornos mais relevantes quando o assunto é propriedade rural ou urbana, não raro vemos desapropriações fundadas na função social, porém é fácil à verificação de abusos estatais respaldados na busca do interesse da coletividade, que frequentemente se refere a uma coletividade distante da que realmente está sendo envolvida e que sofrerá os reflexos, desta forma, promovendo uma ilegalidade do instituto da função social.

Hodiernamente vivencia-se uma era “política”, em que todas as decisões são pautadas na “política da coletividade”, entretanto, é difícil distinguir o que venha a ser a política da coletividade e o que vem a ser a política no sentido literal, pois até mesmo o próprio Poder Judiciário vem adotando a tese das decisões políticas, o que não é diferente nas demais instituições do nosso Estado, o fato é que, não se pode admitir a politização do direito de propriedade, nosso Estado não detém mecanismos integralmente éticos e justos para assegurar que sua intervenção na propriedade privada realmente é em prol da coletividade e não interferência oportunista e classista, infelizmente não atingimos o alto nível da busca constante para o desenvolvimento do Estado brasileiro como um todo.

Portanto, a Constituição Federal traz a função social como meio conformador da propriedade privada, mas também traz tal instituto como um princípio da ordem econômica e financeira do nosso Estado. Para que evitar divergência entre instituto fundamentais da Constituição é que esta traz expressamente e implicitamente princípios estruturantes de equilíbrio de suas garantias, sendo o principal deles o princípio da proporcionalidade que garante ao nosso direito uma atuação equânime por parte dos poderes instituídos.

Assim, concluímos que a função social da propriedade é uma conformação de um direito privado aos parâmetros econômicos adotados pelo Brasil e aos objetivos de desenvolvimentos almejados, contudo, devido inúmeros vícios institucionais que detemos, o operador do direito precisa se atentar quanto aos objetivos pretendidos em ações que visem limitar o direito a propriedade, pois não raro estão eivados de vícios resguardados por um suposto atendimento a função social e a discricionariedade de administradores que busca atender um interesse coletivo duvidoso.

A postura do político de direito é um meio de proporcionar grandes esclarecimentos, desde que, atue de forma a buscar a legitimidade da fonte geradora da controvérsia, dessa maneira promovendo a aproximação da regulação social e judicial. Ao promover esta aproximação o operador de direito visualiza a função social como um meio a ser atingido pela coletividade, logo, sua observância se dá tanto na posse quanto na propriedade, afinal os direitos fundamentais de acordo com a teoria clássica da Constituição não são mitigados e sim relativizados diante de uma ponderação de princípios buscando uma adequação.

Diante de todo o exposto, é que se subtrai o princípio da proporcionalidade como meio garantidor de ponderação e adequação das decisões que versem sobre possíveis limitações e não conformações, infundadas a propriedade.

Tal princípio é de grande valia nas decisões que versam sobre o principal dos direitos reais, pois ele é uma cláusula geral de excelência em nosso direito, proporcionando ao magistrado meios inibidores a abusos, que até então poderiam ser justificáveis por interpretações restritivas e equivocadas ao instituto da função social.

REFERÊNCIAS

- CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica**. Florianópolis: OAB Editora, 2005.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**. São Paulo: Saraiva 1997.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.
- MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas atuais de política do direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MONTEIRO, Washington de Barros; Maluf, Carlos Alberto Dabus (coautor). **Curso de Direito Civil: direito das coisas**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- TARTUCE, Flávio. **Sentença de MG reconhece usucapião de bem público**. Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/136402006/>>. Acesso em: 6 set. 2014.
- WALD, Arnoldo. **Direito civil: direito das coisas**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.