

DA FUNÇÃO SOCIAL DA TERRA À CAUSA JUSTIFICATIVA DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (Uma perspectiva da justiça e da cidadania contemporâneas)

Luiz Edson Fachin

Sumário: 1. Introdução. 2. Os fatos desafiam os títulos. 3. O juiz do Código e o juiz da Constituição. 4. Das províncias do direito privado aos direitos fundamentais.

1. Introdução.

A função social da propriedade imobiliária rural, no direito brasileiro contemporâneo, pode ser elevada ao patamar de condição de existência da proteção jurídica do direito ao qual se reporta. O texto constitucional brasileiro de 1988 deferiu à propriedade imobiliária capítulo especial e disciplina singular, quer no capítulo dos direitos e garantias, quer na ordem econômica, ou no atinente à política fundiária, coerente com a dimensão do que constitui um dos pilares da base do governo jurídico da sociedade.

Ao assim fazê-lo, na esteira da previsão da função social, permitiu erigir esse condicionamento ao estatuto da causa justificativa da existência da propriedade, direito ali emoldurado, captando, por isso, uma perspectiva diferenciada do modelo clássico da propriedade.

Em nosso ver, mais que adjetivação de titularidade, o conteúdo da função social constitucionalmente prevista substantiva o direito, e por isso mesmo se torna causa que chancela o ingresso de tal direito no universo jurídico da existência, com as seqüelas daí decorrentes, nomeadamente a proteção possessória. A fun-

ção, por conseguinte, não comparece apenas como fim legitimador na relação posse-trabalho, mas se abre, no movimento de “constitucionalização” do Direito Civil e da “repersonalização” das relações jurídicas, como causa e consequência. Cabe, então, explicitar essa ordem de idéias.

Tomamos, como ponto de partida, a lição do professor Gustavo Tepedino, para o qual¹ a função social é expressão que supera a estrita dimensão estrutural da propriedade, permitindo enfocá-la mesmo no perfil interno desse direito. Essa mudança de perspectiva tem largo transcurso histórico.

A apropriação particular dos bens imóveis rurais constitui capítulo especial na história da vida privada,² e nela se assenta um dos estatutos jurídicos fundamentais do direito privado no Brasil. Esse desenho normativo tem servido de base a modelos econômicos³ que projetam para o Direito suas noções elementares de patrimônio e de contrato.

O que está hoje na Constituição distancia-se, por certo, dos ideais albergados na codificação civil. A seu tempo, congruente com essa conformação, a moldura jurídica da propriedade, veiculada pelo Código Civil brasileiro, atendeu plenamente àquela quadra de valores ao centrar-se nas idéias de circulação e de pertença; com a primeira engendrou a disciplina dos contratos e das obrigações e, com a segunda, edificou o regime dos direitos reais, subordinando ambos a um estatuto cujo acesso somente facultou aos que podem contratar e possuir.

¹ No estudo “Contornos constitucionais da propriedade privada”, publicado da página 309 *usque* 333 na obra *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*, organizada por Carlos Alberto Menezes Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 732.

² GEORGES DUBY, no prefácio à *História da Vida Privada*, vol.I, referindo-se à relevância da noção de apropriação individual, disse que “no privado encontra-se o que possuímos de mais precioso, que somente pertence a nós mesmos” (São Paulo: Companhia das Letras, p.10).

³ A propósito, DI MAJO, A. & FRANCIOSI, L. *Proprietà e autonomia contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 100.

Essa concepção secular de exclusão e subordinação dos sujeitos de direito começa a ruir. A previsão constitucional da função social da propriedade imobiliária rural, a tendência acentuada da diminuição dos prazos de usucapião, e a incorporação da noção posse-trabalho no universo jurídico, entre outras circunstâncias, começam a operar transformação que já se faz há muito sentir nos sacrários dos ícones privados.

Por aí se permite revelar a direção de parcela significativa das questões fundiárias brasileiras contemporâneas, associando, por isso, necessariamente, à terra o exercício do Poder Judiciário e o patamar da cidadania.

2. Os fatos desafiam os títulos.

Apreende-se essa realidade a partir de preliminar e inafastável exame da atual estrutura agrária brasileira. No campo, os dados sociais que defluem da verificação dos fatos apontam para a crescente concentração da apropriação imobiliária rural,⁴ convergência reveladora de histórico *leitmotiv*. Nas cidades, como bem acentuou nosso mestre, professor Ricardo César Pereira Lira, povoam miséria, desemprego e violência⁵.

Esse é o resultado prático do arcabouço jurídico pátrio que teve início com o “código imperial de terras”, incapaz de solver as seqüelas do anterior regime das sesmarias, se espalhou na omissão da codificação civil, alcançou a ineficácia material com a vigência do Estatuto da Terra e, por fim, se projetou no texto constitucional de 1988, como princípio cuja efetividade ainda está para se verificar.

Cinco séculos, a rigor, registram conflitos, violência e administração de terras aptos a evitar uma mudança na estrutura

⁴ Um dado revelador: em 1985, 27 proprietários de imóveis rurais no País detinham 25,5 milhões de hectares, ou seja, a metade da superfície, que era necessária para assentar 1,4 milhão de famílias previstas no PNRA-Plano Nacional de Reforma Agrária da Nova República.

⁵ À página 346 da obra *Elementos de Direito Urbanístico*, publicada em 1997 pela Ed. Renovar, mais especificamente no estudo “Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro”.

fundiária do País.⁶ A política oficial da colonização dilapida progressivamente os “fundos” públicos, e a titulação mediante a regularização fundiária teve em sua base a “ocupação de espaços vazios” duplamente equivocada: no desafogar inaceitável do contingente dos expulsos do campo e na destruição dos ecossistemas.

O acervo herdado desse espólio é o inegável crescimento dos conflitos agrários⁷ e urbanos, e os índices comprovam essa afirmação.⁸

O descaminho do lineamento fundiário brasileiro conduziu a essa moldura que hoje gera mais perplexidade e maiores contradições. A semente mal plantada no processo de apropriação gera seus troncos disformes, que cresceram e agora batem às portas do ordenamento jurídico.

3. O juiz do Código e o juiz da Constituição.

Um dos rotineiros cenários que se arma nesse universo pasmado decorre de possessória proposta por titular formal do domínio que recai sobre imóvel rural que não cumpre sua função social. Alegando o esbulho, o pedido reintegratório vem embasado na garantia do Código Civil, segundo a qual o possuidor tem o direito de ser restituído em caso de perda de posse.

⁶ Sobre o tema, v. LARANJEIRA, Raymundo. *Colonização e Reforma Agrária no Brasil*. RJ: Civilização Brasileira, 1992, especialmente p.155 e seguintes.

⁷ BERNO DE ALMEIDA, Alfredo Wagner. Terra, Conflito e cidadinanza. In: *La memoria dei popoli; Amazonia, terra di conquista*. Roma: Vecchio Faggio, L'Altra Voce, Saggi, 1992.

⁸ Até 1988, eram 19.673.897 hectares de áreas em conflitos, envolvendo 403.733 pessoas, alcançando 1.304 assassinatos de sindicalistas, líderes de trabalhadores rurais, políticos, advogados, pessoas ligadas à Igreja, entre outros (conforme HERBBERS, Raul G. Conflitos no campo: o que dizem os dados. *Revista Reforma Agrária*, 19 (2): 40-72, ago/nov.1989). Já no texto base da Campanha da Fraternidade da CNBB em 1986 (Brasília: CNBB, p.21), o crescimento dos conflitos entre 1981 a 1984, de acordo com a Comissão Pastoral da Terra era evidente: 1981, 142 conflitos, numa área de 3.825.289 ha; 1982, 201 conflitos, área de 4.311.516 ha; 1983, 315 conflitos, área de 4.533.273 ha; 1984, 484 conflitos, área de 5.125,568 ha.

A posse, nesse âmbito estrito, teria a interpretação caudatária da teoria de IHERING:⁹ a proteção da posse é a guarda avançada da propriedade. Assim, na dicção do Código, o exercício de qualquer poder inerente ao domínio conferiria ao proprietário formal legitimidade para manejar os interditos, ainda que não utilize efetivamente a terra. O resultado é a concessão da liminar *inaudita altera pars*, a determinação da força policial e a expulsão dos ocupantes.

Esse quadro é perfeito para encaixar-se no retrato dos valores que inspiraram o legislador de 1916. Não é o que decorre, todavia, da aplicação do novo texto constitucional. Aquela interpretação, congruente com os valores da terra codificada, se choça com a letra e o sentido da função social, antes prevista no Estatuto da Terra e agora posta no texto da Constituição Federal.

Não é a Constituição que deve ser lida à luz do Código Civil, e sim o Código que deve ser aplicado sob a regra constitucional.¹⁰ Diante das novas exigências constitucionais, estamos com aqueles que entendem que fica sem proteção possessória a propriedade imobiliária rural formal que não cumpre com sua função social.

⁹ Escreveu Rudolf Von IHERING o seguinte: "Só há um ponto de vista que explica de modo completamente satisfatório o aspecto da proteção possessória no direito romano, é que ela foi instituída para ajudar a proteção da propriedade. Em lugar da prova da propriedade, que deve ser fornecida pelo proprietário quando reclame a coisa que deve estar em poder de terceiro (*reivindicatio*), bastará a prova da posse, em confronto com aquele que a subtraiu imediatamente. Pode a posse, portanto, representar a propriedade? Sim, porque é a propriedade em seu estado normal; a posse é a exteriorização, a visibilidade da propriedade (...) A proteção possessória aparece assim como um complemento indispensável da propriedade" (*A teoria simplificada da posse*. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1976, p.76-7).

¹⁰ Tem cabimento, por isso, o registro feito por Gustavo Tepedino, quando escreveu, em 1991, o estudo *Contorni della proprietà nella costituzione brasiliana del 1988: Dopo due anni di vigenza del Testo costituzionale, la civilista brasiliana non si è però resa conto di tali cambiamenti*, chamando a atenção para "l'insensibilità della civilista di fronte ad una disciplina così ricca di valori non patrimoniali e di doveri imposti a tutta la società per l'esplicazione della funzione sociale della proprietà" (*Rassegna di diritto civile estratto dal n. 1/91 Edizione Scientifiche Italiane p. 96 e 104*).

A própria Constituição de 1988 prevê que ao não-cumprimento da função social se liga a perda indenizada do título, através de forma especial, vale dizer, a desapropriação do interesse social para fins de Reforma Agrária. À propriedade, nessa hipótese, lhe falta causa justificativa, aqui apreendida numa dimensão ética, social e jurídica. Por aí se depreende a existência do valor jurídico da causa, a qual, na lição de ANTUNES VARELA, “é toda a condição sem a qual o efeito se não teria verificado”.¹¹

Mais ainda, encontramos em CLÓVIS DO COUTO E SILVA a afirmação segundo a qual podemos tomar por causa a função econômico-social de um direito¹².

Sem a causa, inexistente garantia possessória constitucional à propriedade que descumpra sua função social, e o verdadeiro alcance dessa expressão não convive com a velha hermenêutica do Código Civil cuja aplicação de regra inferior contrarie seu sentido.

Como ensina LARENZ, uma vez que as normas constitucionais têm precedência hierárquica sobre as demais, é inválida a disposição legal que contraria a Constituição.¹³

Esse é o sentido e o alcance da função social da propriedade imobiliária rural¹⁴ que recomenda ao operador do Direito nova postura. Embora somente agora enfatizada pelo texto constitucional recente, não se trata de assunto novo,¹⁵ citando-se como

¹¹ À página 880 da obra *Das obrigações em geral*. Vol. I. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1991.

¹² Em seu estudo “Teoria da causa no Direito Privado”, publicado na obra *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Org.: Vera Maria Jacob Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 388.

¹⁴ Sobre o tema, amplamente, COMPARATO: Fábio Konder. Função social dos bens de produção. *Revista Reforma Agrária*, 16 (3): 31-8, dez/86 a dez/87, p. 36 e seguintes.

¹⁵ Nesse sentido, palestra do juiz federal Manoel Lauro Wolkmer de Castilho proferida em agosto de 1986 no I Encontro Nacional de Advogados de Órgãos Estaduais de Terras (Anais, ITCF Curitiba, p. 501); também o artigo publicado pelo Desembargador Régis Fernandes de Oliveira, “A propriedade e os sem-terra”. In: *Folha de São Paulo*, 28/abr/91, p. 4/6.

precedente o complexo caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o efeito produtor de direito à situação de fato no recurso extraordinário n.º. 100.375, do Rio Grande do Sul, no qual o Ministro Rafael Mayer assentou que o princípio da destinação social do bem prevalece sobre a faculdade contida no final do Artigo 524 do Código Civil, que defere ao proprietário a *reivindicatio*.

Por aí se vê que novamente tem razão LARENZ, ao afirmar que “é forçoso abandonar a opinião de que o juiz é apenas o servidor do legislador (...) que, em obediência pensante, executa os comandos de seu senhor, ainda que de maneira inteligente”.¹⁶

Esse é o desafio que pode traduzir, no Brasil, ponderáveis transformações no trato jurídico das questões fundiárias.

Função e destino, como já ensinava FRANCESCO FERRARA, dão força vivente móvel, que anima a disposição, acompanhando-a em toda a sua vida e desenvolvimento; é como linfa que mantém sempre verde a planta da lei e faz brotar novas flores e novos frutos”.¹⁷

A partir de normas e princípios constitucionais normativos e vinculantes, a estrutura jurídica nacional tem, à sua disposição, algum instrumental para intervir no uso nocivo das titularidades e, para forçar, nas palavras do professor FÁBIO KONDER COMPARATO, a que se desempenhe o respectivo dever social.¹⁸

Essa dimensão mais ampliada da terra e dos sujeitos de direito, recoloca a própria interrogação do uso e abuso dos recursos naturais, como já se evidenciou, em outro contexto, na expressão da “hipoteca social”.

O parasita, escreveu MICHEL SERRES, confunde uso e abuso; ele exerce os direitos que ele próprio se dá, prejudicando o

¹⁶ Ob. Cit., p. 271-72.

¹⁷ FERRARA, Francisco. *Interpretação e aplicação das leis*. 4ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editor Sucessor, 1987, p.142.

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “A propriedade ou a vida”. In: *Jornal Gazeta do Povo*, Curitiba, PR, 22/out/92, p.6

seu hospedeiro; ele se apropria das coisas, pode-se dizer que as rouba: hospeda-se nelas e as devora.¹⁹

O exacerbado antropomorfismo instalou o sujeito do patrimônio e dos contratos no centro do ordenamento jurídico, eleitos por um suposto “direito natural” como senhores e possuidores da Natureza.

A retomada profunda dessa ordem de valores requer o repensar da ordem jurídica à luz da solidariedade social.

4. Das províncias do direito privado aos direitos fundamentais.

A propriedade da terra se assentou em fundamentos histórico-culturais ajustados às leis e princípios que ofereciam aparente segurança à coexistência social.²⁰ A erosão desses postulados é flagrante e a resposta aos novos tempos não pode ser alcançada apenas com uma preocupação conceitual.

É certo que o legislador do Estado social não está mais desvinculado da realidade histórica concreta de seu tempo,²¹ pois a força normativa dos novos preceitos emerge de um verdadeiro estado de necessidade.

A tendência social revela sensível horizonte diverso aos titulares dos direitos subjetivos individuais: se trata do exercício da solidariedade social, e esta – como bem disse o professor ORLANDO DE CARVALHO – “não se capta com esquemas jurídicos: constrói-se na vida social e econômica”.²²

O conceito de cidadania é continente que abriga essa dimensão fortificada da pessoa no plano de seus valores e direitos fundamentais, não mais, porém, como um sujeito de direitos vir-

¹⁹ SERRES, Michel. *O contrato natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, p. 45

²⁰ GOMES, Orlando. *Transformações gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: RT, 1980, p. 5.

²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1992, p. 25.

²² CARVALHO, Orlando de. *Para uma teoria da relação jurídica – (a teoria geral da relação jurídica, seu sentido e limites)*. Coimbra, s/d.

tuais, abstratos, ou atomizados para servir mais à noção de objeto ou mercadoria.²³

Essa transposição de óbice também passa, necessariamente, pelo repensar da titularidade dos bens e do uso destes. Resta enfrentar, sem delongas, o desafio que consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio.

²³ MIALLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Editorial Estampa, p. 121.