

# O FUNDAMENTO JURÍDICO-FILOSÓFICO DE EXISTÊNCIA DO “DIREITO HUMANO À PROPRIEDADE PRIVADA” NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NO DIREITO BRASILEIRO

## THE PHILOSOPHICAL AND LEGAL BASIS OF EXISTENCE OF THE “HUMAN RIGHT TO PRIVATE PROPERTY” IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS AND ITS CONSEQUENCES IN BRAZILIAN LAW

MARCO AMARAL MENDONÇA<sup>1</sup>

RESUMO: Apesar de os preâmbulos dos tratados internacionais de direitos humanos sustentarem a sua existência no direito natural, o presente trabalho propõe uma fundamentação materialista para os direitos humanos e, como tais, o direito à propriedade privada. Para tanto, relembra o surgimento do direito de propriedade privada no constitucionalismo e, posteriormente, no Sistema Internacional de Direitos Humanos, onde o direito a propriedade privada passa a contar com a condição essencial do cumprimento da função social. A partir daí, faz uma análise de como o direito brasileiro incorporou a função social e como o seu cumprimento tem sido promovido e garantido pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade privada. Socialmente objetivada. Função social.

ABSTRACT: Although the preambles of the Treaties of International Human Rights provide for the existence of the Human Rights in the Natural Law, the present paper proposes a Materialistic Foundation for Human Rights and, as such, the Right to Private Property. Therefore, recalls the emergence of the Right to Private Property in the Consti-

1 Aluno do curso de graduação em direito da UFMG. E-mail: amaralmendonca@gmail.com.

tutionalism and later in the International System of Human Rights, where the Right to Private Property now has the essential condition of the fulfillment of the social function. From that, the article intends to analyse how the Brazilian Law has incorporated the Social Function and its enforcement has been promoted and guaranteed by the State.

KEYWORDS: Private property. Socially objectified. Social function.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Noção de Propriedade Privada. 2. A constitucionalização do Direito à Propriedade Privada; 3. O Direito à Propriedade Privada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 4. O Direito à Propriedade Privada na Ordem Constitucional Brasileira; 5. Fundamento Jusfilosófico e Natureza Jurídica do Direito à Propriedade Privada; 6. Desafios atuais do Estado: 6.1. A ausência de Políticas Públicas Eficazes; 6.2. A relutância da Jurisprudência: Invadir versus Ocupar; 7. Conclusão.

## I. INTRODUÇÃO

Não há, certamente, direito ou noção de direito que tenha sido, ao mesmo tempo, mais defendido, por um lado, e mais abnegado, por outro lado, que o postulado da propriedade privada.

A fundamentação jurídica do direito de propriedade encontra na doutrina longa controvérsia entre os juristas, filósofos e sociólogos, a partir da formulação de diversas teorias, às quais, entretanto, não daremos atenção no presente trabalho, onde a preocupação maior é encontrar uma fundamentação jurídico-filosófica para a perspectiva da propriedade privada enquanto “direito humano”, visto que a propriedade privada está elencada dentre o catálogo de direitos humanos dos principais tratados internacionais, além de ser constitucionalizada como direito e garantia fundamental.

A tradição jurídica liberal-burguesa foi capaz de criar todo um estatuto jurídico que sustenta a existência normativa da propriedade privada de forma sistematizada desde o Código Civil Francês de 1804, remontando-se a construções doutrinárias advindas do direito romano, e com consequências que se fizeram sentir de forma inequívoca e, a nosso ver, irreversível, tanto no direito civil como no direito econômico das Nações capitalistas.

Se o “direito à propriedade privada”, considerado como o primeiro direito dentre os chamados “direitos humanos” foi o primeiro a ser formalmente afirmado, tendo, mais tarde, se estabelecido como a premissa fundamental do liberalismo político capitaneado por ADAM SMITH, o Manifesto do Partido Comunista, de 1848, objetivou-se fundamentalmente a superar a existência da propriedade privada. A partir daí, com a divisão global tanto sob o ponto de vista ideológico como no que toca à efetiva prática sócio-político-econômica, observam-se um sem número de esforços doutrinários e legislativos para afirmar ou abnegar a existência da propriedade privada no rol dos direitos fundamentais, inicialmente, e “humanos”, posteriormente.

Nesse sentido, se na maioria dos Estados a propriedade privada passou a contar com proteção jurídica socialmente objetivada, nos Estados comunistas sua existência no plano jurídico nunca foi formalmente proclamada e, menos ainda, regulamentada. E mesmo nos Estados onde a existência socialmente objetivada da propriedade privada demandou do Estado seu reconhecimento jurídico, a regulamentação da propriedade privada certamente variou de Estado para Estado.

Uma vez que é fruto direto das lutas sociais, o direito é dinâmico. Acompanhando as mudanças e a instabilidade da sociedade, o direito está em constante mutação. As normas jurídicas são dinâmicas: o que é direito hoje pode não sê-lo amanhã e o que é direito aqui pode não sê-lo no Estado vizinho. Por isso, se para uns a propriedade privada é um direito, para outros não passa de uma noção.

Hoje, não obstante, o direito à propriedade privada está proclamado nos principais tratados internacionais de direitos humanos em vigor e juridicamente exigíveis na maior parte dos Estados do planeta. Considerando, destarte, que o direito à propriedade privada triunfou e existe não apenas enquanto *dever ser*, mas como *ser*, o presente trabalho tentará chegar a uma “socialmente objetivada” noção do fundamento jurídico-filosófico da natureza da propriedade privada.

Para tanto, o autor do presente ensaio não encontrou outra alternativa se não a de iniciar a tratativa do assunto pelo lugar comum de sua própria “noção enciclopédica” dentro do direito. O termo “noção”, em lugar de “conceito” ou “direito” é, neste ponto, utilizado propositalmente pois, como se verá mais adiante no fundamento de existência do “direito à propriedade privada”, esta é direito para alguns, mas não passa de noção para outros.

A partir deste necessário esclarecimento inicial, será abordado o modo como cuida o constitucionalismo da propriedade privada, inaugurado em 1215, quando o primeiro “documento constitucional” que traz em seu texto a questão da propriedade privada é promulgado, iniciando-se, então, o tratamento da propriedade privada sob a perspectiva do direito constitucional a partir dos constitucionalismos britânico e francês.

Revisada a forma como a propriedade privada é inserida nos constitucionalismos britânico e francês, passa-se a uma análise de seu estatuto jurídico sob a perspectiva do Sistema Internacional dos Direitos Humanos e, especialmente, a partir do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, quando há o aparecimento, de forma mais contundente, de uma verdadeira limitação ao direito à propriedade privada a partir da exigibilidade de cumprimento da função social da propriedade.

A fim de não se desligar de uma realidade brasileira, pretendeu-se, também, demonstrar os efeitos das mudanças de concepção da noção da natureza jurídica da propriedade privada ao longo do tempo no direito brasileiro. Nesse sentido, a inserção do direito à propriedade privada ao longo das Constituições brasileiras será tratada de forma sucinta, dando especial destaque para o tratamento jurídico prestado pela atual ordem constitucional, demonstrando a inegável influência do direito internacional na atual concepção constitucional brasileira da propriedade privada.

Apenas a partir desta revisão histórico-legislativa, finalmente abre-se condição para a consecução de uma noção “socialmente objetivada” da natureza jurídica da propriedade privada enquanto “direito humano” que não é absoluto, mas que se limita ao cumprimento de sua função social.

O presente artigo termina elencando desafios prementes ao Estado brasileiro diante da inobservância do direito à propriedade privada, tanto pelo Poder Executivo como pelo Poder Judiciário.

## 2. A NOÇÃO DE PROPRIEDADE PRIVADA

A propriedade é aquilo que é próprio de alguma coisa, de alguém ou de um grupo de pessoas. Adjetivando esta propriedade de “privada”, em contraposição ao “público”, poderíamos facilmente dizer que aquilo que é próprio de alguma coisa, de alguém ou de um grupo de pessoas é exclusivo, privativo, não tendo livre acesso a ele o público. A propriedade privada poderia ser conceituada, por assim dizer, como um bem, material

ou não, que pertence ou que está sob domínio ou posse de alguma pessoa ou grupo de pessoas.

Aludindo a uma definição-fundamentação claramente jusnaturalista, o civilista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA diz que a propriedade “mais se sente do que se define, visto que a ideia do ‘meu e teu’, a noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de conhecimento ou do desenvolvimento intelectual” (GONÇALVES, 2011, p. 229). O eminente jurista, entretanto, satisfeito com a “naturalidade” do direito à propriedade como um “direito natural”, espontâneo, não se preocupa em mencionar que o direito é uma construção social e que, portanto, a existência da propriedade ou não depende, como veremos mais adiante, da condição social do homem.

Uma definição mais consensual, embora igualmente genérica, acerca da noção de propriedade privada, é oferecida por NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO, que chamam a propriedade de

Uma relação que se estabelece entre o sujeito “A” e o objeto “X”, quando A dispõe livremente de X e esta faculdade de A em relação a X é *socialmente reconhecida* como uma prerrogativa exclusiva, cujo limite teórico é “sem vínculos” e onde “dispor de X” significa ter o direito de decidir com respeito a X, quer se possua ou não em sentido material (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1983, p. 1025).

Esta definição contempla um aspecto especialmente importante para o presente trabalho. É dizer, a relação de propriedade, para que possa existir, deve ser *socialmente reconhecida*.

### 3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

A normatização do direito à propriedade privada está na gênese do próprio constitucionalismo, pois foi exatamente ela – a propriedade privada – que demandou a existência de uma ordem normativa superior, constitucional. A elite burguesa então ascendente e com um poder econômico cada vez mais influente sobre as decisões estatais demandou do Estado a criação de um instrumento jurídico que garantisse a manutenção de seu poder. O constitucionalismo surgiu, assim, para satisfazer a propriedade.

A afirmação do direito à propriedade privada tanto no constitucionalismo britânico como no francês é fruto de um largo movimento político-econômico de caráter liberal-burguês iniciado com a submissão do rei inglês João Sem Terra à Carta Magna de 1215, aprofundado e reconhecido pela Declaração de Direitos Inglesa (*Bill of Rights*, 1689) e pelas declarações de direitos da Revolução Francesa lançadas de 1789. A partir daí, a maioria das constituições liberais democráticas passa a afirmar o direito à propriedade privada como direito fundamental dos cidadãos, sem, no entanto, se preocupar em qualificar a natureza e os objetivos da propriedade frente aos interesses da sociedade e do Estado. Na mesma esteira do constitucionalismo europeu, a Constituição do Império do Brasil, em seu art. 179, estabelecia a propriedade como “direito civil inviolável do cidadão”, sem fazer qualquer qualificação a ela. De forma prematura, passou-se a encarar o domínio da propriedade como parte dos chamados direitos fundamentais, exercitáveis *erga omnes*. Isto é, a propriedade se impunha objetivamente à coletividade.

Já na Constituição republicana de 1891, em seu art. 72, § 17, “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”: submete-se a propriedade à possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mas nada se diz a respeito da função social da propriedade, tarefa que, no Brasil, coube primeiramente à Constituição de 1934 quando reconhece, em seu art. 113, XVII, que “é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”. A guinada apresentada pela Constituição de 1934 a respeito das limitações do direito à propriedade não se dá num vácuo legislativo ou por mero capricho do constituinte exclusivo de 1934, mas é fruto do já palpitante movimento socialista que transformou profundamente o século XX. No Brasil, os movimentos camponeses e operários e a criação do Partido Comunista do Brasil em 1922 exerceram notável influência nos processos políticos a partir de então. Salvo a carta autoritária de 1937, todas as seguintes Constituições federais brasileiras, incluindo a carta autoritária de 1967-1969, sustentam que o direito à propriedade não agirá contra o chamado “interesse social”, sem, contudo, definir o que é o interesse social, função que foi desempenhada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## 4. DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Na perspectiva do Sistema Internacional de Direitos Humanos enquanto organismo que se organiza como ordenamento jurídico internacional autônomo completo e harmônico, não há espécie de direito humano consagrada nos tratados que seja absoluta ou que seja, ela mesma, individual. Os direitos humanos se harmonizam e se limitam entre si, de forma que o exercício de algum deles não impeça o exercício de outro.

Desta forma, a acepção do direito à propriedade privada como ente absoluto pode resultar prejudicial para a busca da dignidade da pessoa humana – fundamento de existência e objetivo básico do Estado – perseguida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e como o confirmou a realidade social, econômica e política dos últimos dois séculos no mundo ocidental.

A função social enquanto atributo *sine qua non* da propriedade privada surgiu controversamente a partir da construção dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais, cuja catapulta motivadora foi justamente o movimento comunista. Nesse sentido, o movimento socialista, cujo marco germinal é a publicação do Manifesto do Partido Comunista de 1848, independente de seus objetivos políticos e ideológicos, termina por fundamentar o reconhecimento da maior parte dos direitos sociais, econômicos e culturais. A partir daí, e diante do movimento liberal-burguês então já consubstanciado no constitucionalismo europeu, começa a se produzir uma mudança no entendimento do alcance da propriedade privada, que se consolida apenas com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir do final da Segunda Guerra Mundial e, sobretudo, com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Ressalte-se, aqui, que foi justamente após uma das maiores hecatombes da história da Humanidade, a II Guerra Mundial, que surgiu o Sistema Internacional de Direitos Humanos. É dizer, é a partir do momento em que a sociedade demonstrou-se apta a produzir contra si própria as maiores violações de direitos que estes passaram a se chamar “direitos humanos”. A propriedade privada como direito humano não surgiu repentinamente após 1945. Foi construção lenta e gradual ao longo de séculos. Mas foi em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que

a Comunidade Internacional resolveu chamar a propriedade privada, formulação linguística socialmente objetivada de forma inequívoca na maioria das Nações, como um “direito humano”.

No Direito Internacional dos Direitos Humanos, a propriedade privada persevera-se como direito fundamental, mas sob a interpretação do fundamento da dignidade social do homem como titular de direitos. É dizer, o direito à propriedade privada não é absoluto e se sustenta na medida em que vai ao encontro do uso e gozo do interesse social. Se, por um lado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 17, declara que “toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros”, nada acrescentando acerca da função social que dever possuir a propriedade privada, ela ainda diz, no mesmo artigo, que “ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”, abrindo a possibilidade de que o titular da propriedade poderá ser privado de sua propriedade, desde que não seja de forma arbitrária e, pressupõe-se, sem indenização.

De forma mais precisa e completa, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que tem vinculação direta supra-legal e infraconstitucional no Brasil desde 1992, é categórica ao reconhecer, em seu art. 21, que “toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”.

No caso da “Comunidade Mayagna Awas Tingni contra Nicarágua”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil é submetido, a Corte estabeleceu que o conceito de “bens compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corporais e incorporais e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter valor”<sup>2</sup>. Quando reconhece que “a lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”, o Pacto de San José de Costa Rica reconhece que os direitos humanos não são absolutos e que o Estado deve regulá-los, a fim de que coexistam com harmonia dentro do ordenamento jurídico interno. Tal regulamentação, sem embargo, não é discricionária por parte do Estado, mas se submete a limitações impostas pelo próprio direito internacional. No caso da “Comunidade Indígena Yakye Axa contra Paraguai”<sup>3</sup>, a Corte Interamericana menciona que as restrições estatais admissíveis devem

---

2 Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66

3 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125



seguir a seguinte pauta: a) devem ser estabelecidas por lei<sup>4</sup>; b) devem ser necessárias; c) devem ser proporcionais de forma a se ajustar ao logro de um legítimo objetivo, interferindo na menor medida possível do efetivo exercício do direito restringido; d) devem se fazer com o fim de buscar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática; e) a causa a que se invoque para justificar a restrição deve estar estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos. No caso da propriedade privada, dita causa são as razões do interesse social.

Ora, uma propriedade rural deve ter produção econômica que atenda às necessidades sociais da comunidade onde está assentada, ademais de respeitar os direitos trabalhistas de seus empregados, os direitos ambientais, de concorrer para o crescimento da economia local e de não prejudicar os direitos coletivos da comunidade. Um imóvel urbano deve servir de residência para famílias ou de alojamento para o comércio local e para os serviços urbanos conforme as normas do município. Um imóvel industrial deve manter sua produção econômica respeitando os direitos de seus empregados, as normas ambientais sobre não contaminação, além de concorrer para o crescimento da economia local. Nesse sentido vai o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando define que “o direito à propriedade não é um direito absoluto, pois o art. 21, II, da Convenção estabelece que para que a privação dos bens de uma pessoa seja compatível com o direito à propriedade, deve fundar-se em razões de utilidade pública ou interesse social, sujeitar-se ao pagamento de justa indenização e praticar-se de acordo com os casos e as formas estabelecidas pela lei e efetuar-se em conformidade com esta Convenção”<sup>5</sup>.

Outrossim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos perfilhou que

as razões de utilidade pública e interesse social a que se refere a Convenção compreendem todos aqueles bens que, pelo uso a que serão destinados, permitam um melhor desenvolvimento de uma sociedade democrática.

4 A Opinião Consultiva da Corte IDH n. 6 de 1986, emitida após petição do Governo da República Oriental do Uruguai, aclarou que o vocábulo “lei” compreende toda “norma jurídica de caráter geral, objetivada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados partes para a formação das leis.

5 Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez.. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Ecuador

Para tal efeito, os Estados deverão empregar todos os meios a seu alcance para afetar na menor medida possível outros direitos e, portanto, assumir as obrigações a que isto conduza de acordo com a Convenção.<sup>6</sup>

No mesmo coro se rege a doutrina contemporânea para a qual a posição passiva universal da propriedade como ente absoluto se limita na medida em que a própria propriedade provoca um fato comissivo a uma pessoa ou coletividade. A doutrina passou a reconhecer a função social da propriedade, isto é, a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens a respeito de outros sujeitos determinados ou frente a uma comunidade social como um todo<sup>7</sup>. A afirmação da função social da propriedade, não obstante, revela-se pouco efetiva enquanto, de um lado, não são especificados os bens considerados de interesse social ou as pessoas que buscam acesso a estes bens privados ou que por eles têm seus bens jurídicos pessoais ou coletivos danificados.

Como principal destinatário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Estado Nacional é o principal responsável pelo respeito, proteção, garantia e promoção da função social da propriedade e, dando completude positiva ao ordenamento jurídico interno, deve estabelecer sanções para os proprietários que não a cumprem, de conformidade com o artigo 21 do Pacto de San José de Costa Rica. Não restam dúvidas de que o Estado que não cumpre com tais obrigações a que se submete, não terá zelado pela “ordem pública” e pelo

“bem comum” aos quais passou a se submeter o direito à propriedade privada, já que são conceitos derivados do interesse geral e, na medida em que se avocam como fundamento de limitação aos direitos humanos, devem ser objeto de uma interpretação estritamente ligada às ‘justas exigências’ de uma ‘sociedade democrática’ que tenha em conta o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e o fim da Convenção<sup>8</sup>,

que são, por assim dizer, o objeto e o fim gerais do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos.

---

6 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Ecuador.

7 COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6a Ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2008. P. 355

8 Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Ecuador.

## 5. O DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A despeito dos significativos movimentos operários e comunistas, que se iniciaram em 1922, com a criação do Partido Comunista Brasileiro, e atingiram seu auge entre 1945 e 1947, pouco período em que o Partido Comunista Brasileiro viveu na legalidade, o ordenamento jurídico sempre partiu da premissa de real existência jurídico-material da propriedade privada, de forma que desde já a Constituição monárquica preocupou-se em garantir o direito à propriedade privada de forma absoluta, sem nenhuma limitação, o que apenas aconteceu com a possibilidade de desapropriação pelo poder público a partir da Constituição republicana de 1891, a qual, entretanto, não menciona a função social.

Embora a Constituição de 1934 tenha introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a noção do “interesse social ou coletivo” que deve resguardar a propriedade privada, é apenas com a Constituição de 1988, que a função social da propriedade passa a ser objeto de interpretação extensiva proporcional e ter aplicabilidade com eficácia imediata.

Naquilo que se relaciona à integração do Brasil ao Sistema Internacional de Direitos Humanos, apesar de ter uma profunda tradição de respeito ao direito internacional no âmbito das relações internacionais propriamente ditas, o Brasil sempre demonstrou uma certa reticência em reconhecer o direito internacional como parte integrante do direito interno, de forma que não faz parte da tradição jurídica brasileira a alusão a tratados de direito internacional que tenham aplicabilidade imediata no ordenamento pátrio. No que tange às convenções internacionais sobre direitos humanos, a dificuldade brasileira em positivá-las no direito interno tem sido ainda maior. Apesar de o sistema de reconhecimento do direito internacional na legislação brasileira ser, em tese, monista, de forma que deveriam formar um corpo legislativo único e coeso, na realidade jurisdicional percebe-se que há uma grande dissonância entre a aplicabilidade do direito internacional face ao direito interno, sobrepondo-se este àquele em quase todos os casos concretos.

Após enormes esforços de parte de entidades de direitos humanos, o Poder Constituinte Derivado reconheceu tardiamente que

os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; os

tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CRFB, art. 5º, §§ 2º e 3º).

Sem embargo, o Pacto de São José da Costa Rica foi ratificado e entrou em vigor no direito brasileiro em 1992, ano anterior a 2004, quando o constituinte derivado estabeleceu a norma por meio da qual os tratados de direitos humanos cujo processo legislativo de ratificação que tiver assistido ao mesmo observado para a aprovação de emenda constitucional serão, da mesma forma, considerados partes integrantes do texto constitucional, como já ocorre em diversos países. Ora, é evidente que, antes de 2004, o Poder Legislativo não se ocupou de aprovar os tratados internacionais de direitos humanos através de um processo legislativo mais rígido quando não havia necessidade para tanto. Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que aqueles tratados internacionais de direitos humanos vigentes no Brasil que não observaram o disposto no art. 5º, §§ 2º e 3º, têm “hierarquia supralegal”. É dizer, eles estão acima do ordenamento infraconstitucional, mas abaixo da Constituição. Há aí uma profunda controvérsia doutrinária, visto que muitos autores consideram que o Pacto de São José da Costa Rica deve ser considerado emenda constitucional mesmo que sua aprovação pelo Parlamento não tenha seguido o rito processual rígido das emendas à Constituição.

Certamente que esse tardio reconhecimento por parte do Brasil à imprescindível aplicabilidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos por parte da Poder Judiciário brasileiro é fruto do extraordinário desenvolvimento e aceitação global do próprio Direito Internacional dos Direitos Humanos a partir das duas últimas décadas do século XX, mesmo com a tradicional resistência brasileira ao direito internacional.

Peculiarmente no que toca ao direito de propriedade privada, entretanto, a especial preocupação do Poder Constituinte Originário de 1988 em se resguardar o direito à propriedade privada no Brasil é nítida quando se percebe que a propriedade foi “igualada” aos direitos de “igualdade perante a lei”, “inviolabilidade do direito à vida”, “liberdade” e “segurança”, justamente no *caput* do artigo que traz os Direitos e Garantias Fundamentais. O mesmo artigo, inobstante, estabelece que “a propriedade atenderá a sua função social”. Deve-se salientar, aqui, que ao não caracterizar ou categorizar o “direito à propriedade privada”, preocupando-se apenas em limitá-lo ao cumprimento de sua função social, o Constituinte de 1988

estabeleceu um direito de propriedade dinâmico, submetido a intenso processo de relativização, sendo interpretado e aplicado fundamentalmente de acordo com outros dispositivos constitucionais e parâmetros fixados pela legislação infraconstitucional, desde que estes não violem a consecução da função social da propriedade.

Como formulação linguística socialmente objetivada, o direito à propriedade privada foi mencionado em outros dispositivos da Constituição de 1988 e, com ele, o atributo da função social. Ao estabelecer os princípios regulamentares da Ordem Econômica e Financeira, a Constituição determinou que

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:

(...)

III – função social da propriedade; (CRFB, art. 170, III)

Tanto sob a perspectiva do direito econômico como à luz do direito civil, regulamentares do direito de propriedade privada, esta é inadmitida na Ordem Constitucional se não for exercida mediante o cumprimento de sua função social. Assim, a legislação infraconstitucional civil regulamentar do direito à propriedade privada (art. 1.228, §1º, CC) e também a norma que estabelece as infrações à Ordem Econômica (Art. 1º, Lei n. 8.884/1994) cuidam de ratificar o comando presente no texto constitucional.

Embora o art. 5º, que estabelece os direitos e garantias fundamentais, garanta de forma ampla e geral o direito à propriedade, limitando-o categoricamente ao cumprimento de sua função social, ao cuidar da Política Urbana e da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, a Constituição estabeleceu critérios que caracterizam a chamada “função social”. Assim a função social da propriedade imóvel urbana é cumprida quando “atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, §2º). No que tange à propriedade imóvel rural, a Constituição determinou que se este não estiver cumprindo sua função social, compete à União desapropriá-lo para fins de Reforma Agrária (art. 184, *caput*). O texto constitucional foi ainda mais avançado ao parametrizar, expressamente, quando a função social da propriedade rural é atendida. É o que estabelece o art. 186.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em

lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, não há que se falar em silêncio do texto constitucional no que concerne à função social como pressuposto para o exercício do direito à propriedade privada, especialmente no que toca às propriedades privadas imóveis rurais, para as quais a própria Constituição estabeleceu o conceito de “função social”. É inequívoca, aqui, a influência que recebeu o avançado texto constitucional, de 1988, do Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 e que, dentre os tratados internacionais de direitos humanos, é o único que traz de forma tão expressa a condição da função social da propriedade privada.

Ao estabelecer os atributos do proprietário, ecoando o que dispõe a Constituição da República com base na tradição internacional dos direitos humanos, o Código Civil Brasileiro foi taxativo ao impor a condição da função social da propriedade sem a qual não há, propriamente, propriedade. Assim, estabeleceu a legislação infraconstitucional que

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, o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas (art. 1228, §1º, CC)

Note-se o quão significativo é este artigo. Nele observamos a marcante presença de direitos humanos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. Além da preocupação com o estrito cumprimento da função social, esta vai além qualificando-se como a necessidade legal de se preservar 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. O professor MIGUEL REALE, coordenador do anteprojeto do Código Civil em vigor, não deixou dúvidas a respeito, ao assegurar que a propriedade

é o direito real visto em razão do novo conceito de propriedade, com base no princípio constitucional de que a função da propriedade é social,

superando a compreensão romana quirritária de propriedade em função do interesse exclusivo do indivíduo, do proprietário ou do possuidor (REALLE, 2001, p. 64).

Tanto é assim que não há correspondência entre o artigo que disciplina o direito de propriedade com o cumprimento da função social do vigente Código Civil e aquele que foi promulgado em 1916. Desta forma, a doutrina civilística, que sob a vigência do antigo Código estava acostumada a encarar a propriedade privada como um direito absoluto, habituou-se ao novo dogma constitucional da função social.

A função social é o poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objeto de interesse coletivo. Não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas conformativa do legislador (LOUREIRO, 2012, p. 1205).

Assim, a função social não deve ser vislumbrada em oposição ou ódio ao proprietário, mas a razão em função do que o direito de propriedade foi atribuído ao sujeito. Conclui-se, destarte, que além de ter a obrigação negativa de usar, gozar, dispor e reaver a coisa, o proprietário tem, outrossim, a obrigação positiva do cumprimento de sua função social.

## 6. FUNDAMENTO JUSFILOSÓFICO E NATUREZA JURÍDICA DO “DIREITO HUMANO À PROPRIEDADE PRIVADA”

Para se intentar encontrar um fundamento jurídico-filosófico de existência da propriedade privada enquanto direito humano, faz-se mister projetar, ainda que de forma breve, a estrutura jurídico-filosófica de fundamentação dos próprios direitos humanos que se mostra a mais adequada para uma compreensão conjunta de todos os direitos humanos como direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais. A estrutura jurídico-filosófica a que nos referiremos é especialmente importante para se considerar o direito à propriedade privada a partir da perspectiva da função social, pois esta, como veremos, não permite classificá-lo, isoladamente, em nenhuma das “categorias” ou “gerações” de direitos humanos.

Sabemos que a corrente majoritária da doutrina, tanto dentre os filósofos do direito como dentre os internacionalistas e, sobretudo, dentre

os civilistas, aceita sem maiores questionamentos o idealismo segundo o qual os direitos humanos se fundamentam, em última análise, nos chamados direitos naturais. É dizer, para eles, os direitos humanos existem na medida em que são universais espaço-temporalmente e, como tais, são inerentes à condição humana desde o momento em que o ser humano nasce. Por outro lado, segundo a clássica dicotomia da filosofia do direito, estão os positivistas, para quem não interessa qual a fundamentação moral da norma, desde que esta esteja positivada no ordenamento jurídico: seja uma norma jurídica válida em seus aspectos formal e material.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na sua exposição de motivos, diz que é reconhecida a dignidade inerente a todos os membros da família humana, bem como o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais da pessoa. Ora, tais enunciados vão ao encontro dos princípios basilares do jusnaturalismo, segundo o qual os chamados direitos naturais existem natural e incontestavelmente desde que exista sociedade humana. Nesse sentido, o que faz a Declaração é nada mais que reconhecer direitos que sempre existiram, seja no tempo, seja no espaço, em todas as sociedades humanas. Na mesma linha doutrinária vai o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, quando diz, em seu preâmbulo, que reconhece que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana. Mais expresso ainda é o Pacto de São José da Costa Rica ao enunciar que reconhece que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ele ser nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justifica uma proteção internacional. Não resta a menor dúvida, dessarte, que os principais documentos internacionais de direitos humanos acham-se fundamentados na corrente jusnaturalista do direito.

Ora, se os direitos humanos são inerentes à condição humana, por que apareceram, como demonstramos anteriormente, tão tardiamente na história da humanidade? Os direitos humanos expressam a condição humana por si ou a condição social humana? A nosso ver, os direitos humanos, e como tal, o direito à propriedade privada, expressam a condição social do homem, que tem, inobstante, se modificado sensivelmente ao longo da história.

Uma vez observada a construção histórica dos direitos humanos, a partir da constante luta social que caracteriza a sociedade, observamos que seus principais documentos normativos surgiram exatamente após grandes hecatombes. Os direitos humanos, e assim a propriedade privada,



não nascem da inferência de um filósofo ou do ato de um jurista iluminado, mas nada mais que refletem uma demanda socialmente objetivada. Igualmente a universalidade que se espera dos direitos humanos sob a perspectiva jusnatural é absolutamente imperfeita. Ora, tanto os tratados internacionais de direitos humanos não estão ratificados por todos os países, como se levarmos em consideração apenas aqueles que os ratificaram, ainda encontraremos corriqueiras e voluntárias indisposições estatais de se levar a cabo uma política de direitos humanos – levando-se em conta que o destinatário precípua dos tratados de direitos humanos é o próprio Estado.

Em contrapartida aos justanaturalistas, na linha clássica que secciona a filosofia do direito, encontramos a fundamentação juspositivista, para a qual os direitos humanos existem e têm vinculação jurídica, na medida em que estão positivados e sistematizados. Destarte, será direito humano tudo quanto se tenha declarado de forma solene pelo Estado como direito humano. Ainda que todas as demandas socialmente objetivadas estivessem positivadas, o Estado não tem demonstrado aptidão e capacidade para garantir a fática existência dos direitos humanos da mesma forma que os proclama, impossibilitando, assim, sua eficácia jurídico-social. Por assim dizer, vale asseverar que não basta ao Estado que proclame ou que reconheça a existência jurídico-formal dos direitos humanos advindos de um tratado, mas que, sobretudo, os respeite, numa obrigação negativa, e os garanta e os promova, numa obrigação positiva. Para que haja um mínimo de eficácia jurídica por parte dos direitos humanos, efetivando-os, aplicando-os e promovendo-os, na imensa maioria dos Estados, é imprescindível remover os enormes obstáculos sob o ponto de vista social, político, econômico e epistemológico.

Por mais complexo, sem embargo, que seja o fenômeno da efetivação, aplicação e promoção dos direitos humanos com seu reconhecimento jurídico-formal pelo direito positivo, é necessário reconhecer-se, contudo, que essa realidade seria ainda mais complexa se não houvesse um sistema normativo positivo mínimo onde se apoiar. Vale asseverar, no entanto, que por muito recomendável que seja a positivação dos direitos humanos, de nada serve ela se não vier acompanhada de uma política de aplicação, garantia e promoção dos direitos humanos. É dizer, a positivação não é fundamental aos direitos humanos – tanto é assim que a propriedade privada, que já existia materialmente há séculos, apenas foi positivada em 1215 – mas apenas um dos atos necessários para a garantia

e promoção dos direitos humanos a partir do momento em que são demandados de forma socialmente objetivada.

Qual seria, portanto, o dogma jusfilosófico que serve como substrato para os direitos humanos e, dentre os quais, para a propriedade privada? Ante a incapacidade demonstrada pelas duas clássicas e dominantes correntes filosóficas do direito para explicar o fenômeno dos direitos humanos, o presente trabalho parte da perspectiva jusfilosófica materialista dos direitos humanos. É dizer, para nós, os critérios de validade dos direitos humanos não residem no *dever ser* normativo, mas no próprio *ser* normativo. Os direitos humanos são tratados aqui, assim, como *formulações linguísticas socialmente objetivadas* (BARCESAT, 1993), a partir das lutas e conflitos sociais, consoante conceito elaborado por EDUARDO BARCESAT a partir de uma perspectiva que une a *Teoria Ecológica do Direito* (COSSIO, 2007), de CARLOS COSSIO, com a *Teoria Tridimensional do Direito* (REALE, 1968), de MIGUEL REALE.

Não se pretende, por óbvio, uma delonga ou maior profundidade nesta complexa fundamentação filosófica, que pela diversidade de correntes e contundência dos argumentos demandaria todo um trabalho monográfico a parte. Assentadas tais premissas, porém, pode-se dizer que *o direito à propriedade privada existe na medida em que é uma formulação linguística que esteja socialmente objetivada em determinada sociedade*. Para as sociedades onde ele não esteja socialmente objetivado, como aquelas presentes nos Estados socialistas, por exemplo, a propriedade privada não é direito, mas apenas noção.

Tais categorias, contudo, poderiam se aplicar à generalidade dos chamados direitos humanos, os quais têm, por outro lado, peculiaridades em seus fundamentos de existência a depender cada espécie em particular, que mereceriam cada qual um capítulo em separado, sendo este dedicado ao direito à propriedade privada.

Assim, se, inicialmente, a concepção individualista do direito à propriedade o classificava no rol dos tradicionalmente conhecidos – pelos internacionalistas – direitos de primeira geração, sua dependência da função social transforma ou mesmo impossibilita essa tradicional classificação. Os direitos de primeira geração, por essa equivocada classificação “geracional”, seriam os denominados civis e políticos, cuja consolidação se teria dado no período do constitucionalismo clássico, entre o final do século XVIII e começo do XIX. Trata-se de direitos cuja exigibilidade pela pessoa humana é imediata e para cuja satisfação requer-se uma obrigação

negativa por parte do Estado. Ao contrário, os direitos que se classificariam na chamada segunda geração, correspondentes aos direitos sociais, econômicos e culturais, cuja cristalização levou-se a cabo ao longo do século XX com o movimento do constitucionalismo social, seriam os direitos destinados a uma coletividade e que exigiriam uma obrigação positiva por parte do Estado. A partir daí, perguntemo-nos, a qual “geração” corresponderia o direito à propriedade privada?

Ora, a propriedade privada, enquanto formulação linguística socialmente objetivada e, portanto, direito humano, é um direito individual – ou de uma coletividade individual, ou seja, uma coletividade específica dentro da sociedade de um Estado Nacional qualquer – que requer uma obrigação negativa do Estado, na medida em que o mesmo Estado, por meio de uma obrigação positiva, harmonize aquele direito individual aos direitos da coletividade que se inter-relacionam. Desta forma, e não apenas no que toca ao direito à propriedade, como assevera a doutrina, em todos os casos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – há aspectos e conteúdos de direitos de exigibilidade imediata<sup>9</sup>. Nesse sentido, percebe-se que a aplicabilidade de tais direitos, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos, passou primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia limitada.<sup>10</sup>

Nesse sentido, a superação da já ultrapassada dicotomia geracional dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, aliada ao solene reconhecimento por parte do Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conferem o incontestado mutualismo entre a propriedade privada e a sua inalienável função social. É dizer, quando existe, como é no caso do ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade privada não pode prescindir de sua função social.

9 PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*. 2a Ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2009, p.57.

10 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21a Ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 2007, p. 564.

## 7. DESAFIOS ATUAIS DO ESTADO

### 7.1 AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFICAZES

Ora, se o direito humano de propriedade privada existe na medida em que é uma formulação linguística socialmente objetivada em determinado intervalo espaço-temporal, ele é, como os demais direitos humanos, sob o ponto de vista formal, um direito igualitário, pois a norma jurídica permite a todos que sejam proprietários. É dizer, todos podem ser proprietários, desde que tenham condições de usar, gozar, dispor, reaver a coisa na medida de sua função social.

Num país com a enorme concentração fundiária e sob os efeitos danosos da especulação imobiliária sobre o espaço urbano como o Brasil, o incumprimento da função social por aqueles que detêm a posse, assim, deve permitir que a propriedade seja transferida àqueles que não a detêm. É o que prevê a Constituição, expressamente, no caso de propriedades rurais, quando estas não têm função social e, assim, são destinadas a Reforma Agrária (art. 184, CRFB). Da mesma forma, o texto constitucional criou o instituto da usucapião constitucional, que prevê um período temporal mais veloz para a aquisição da propriedade urbana por aqueles que não têm propriedade. Ambos os institutos consistem em mecanismos que o Estado brasileiro encontrou para possibilitar a diminuição da concentração fundiária e da espoliação das periferias urbanas. Assim, o Estado se mune de condições jurídicas para garantir e promover os direitos humanos, numa obrigação positiva, e não apenas respeitar, numa obrigação negativa, na esteira de suas obrigações jurídicas internacionais.

O Estado brasileiro, inobstante, tem-se mostrado inoperante e incapaz de levar a cabo ditas obrigações constitucionais e internacionais. É aí que a norma positiva se esbarra no obstáculo econômico de poder. É dizer, a noção do direito humano previsto na norma positiva constitucional não está socialmente objetivada. Está no mundo do *dever ser*, e não no mundo do *ser*. Por mais que se tenha a expectativa de direito humano à propriedade privada a partir de sua tradição jurídica internacional, constitucional e infraconstitucional, os donos do poder impedem que o Estado exproprie os falsos proprietários que não cumprem a função social.

Fato é que, apesar de ser elencada dentre o catálogo de direitos humanos, a propriedade privada não está socialmente objetivada, visto que grande parte dos pseudo-proprietários descumprem a função social. Ora,

uma vez que é a perfeita condição para o estabelecimento de uma estrutura de poder e dominação, o direito à propriedade privada foi exatamente o primeiro a ser constitucionalizado. Nesse sentido, esclarecem-nos NORBERTO BOBBIO, NICOLA MATTEUCCI e GIANFRANCO PASQUINO que

O aspecto preeminente que a Propriedade privada assume no sistema social como economicamente determinante (e sobre isto todos os autores citados estão de acordo) está na sua função de estrutura de poder, social e juridicamente reconhecida, mesmo que este reconhecimento remonte a um momento histórico em que tal função era menos visível e evidente que agora e se opunha, pelo menos parcialmente, às estruturas de poder então dominantes. Na medida em que uma parte dos sistema, dotada de uma autonomia ampla mas não absoluta, controla os recursos humanos e econômicos, dispõe deles e toma decisões que atingem e modificam todo o sistema, é não apenas uma força política real, mas, como tal, seu poder exclusivo (que, como é natural, quase sempre é exercido numa situação de concorrência com outras estruturas de poder, do mesmo tipo ou de tipo diferente) se estende para além dos limites juridicamente previstos. É neste sentido que a estrutura da Propriedade privada, como estrutura de poder em sentido político, torna mais evidente a sua característica de fator de desigualdade, de uma desigualdade que se auto-alimenta (Simmel), já implícita na sua própria definição, e de fator de não-liberdade, se bem que a burguesia, em sua origem, tenha equiparado os três “valores” num conjunto que pretendia ser indivisível (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO, 1983, p. 1025).

Assim, explicam-se sob o ponto de vista político as dificuldades brasileiras em se objetivar socialmente o direito à propriedade privada da forma como está normativamente previsto na Constituição e no direito internacional.

O presente trabalho não pretende esgotar os exemplos de “ausência de políticas públicas eficazes” para o cumprimento da função social da propriedade, pois tal tarefa demandaria outro artigo, mas apenas demonstrar, por meio de casos emblemáticos, como o Brasil é incapaz de levar a cabo uma verdadeira política de direitos humanos no que tange ao direito à propriedade privada.

Exemplo recente foi a responsável proposição do *3º Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH – 3)*, que trazia em seu projeto original uma série de metas de cumprimento das referidas obrigações constitucionais e internacionais. No que toca ao cumprimento da função social da propriedade, previa o PNDH – 3

garantir que nos projetos de reforma agrária e agricultura familiar sejam incentivados os modelos de produção agroecológica e a inserção produtiva nos mercados formais; fortalecer a agricultura familiar camponesa e a pesca artesanal, com ampliação do crédito, do seguro, da assistência técnica, extensão rural e da infraestrutura para a comercialização; garantir demarcação, homologação, regularização e desintração das terras indígenas, em harmonia com os projetos de futuro de cada povo indígena, assegurando seu etnodesenvolvimento e sua autonomia produtiva; assegurar às comunidades quilombolas a posse dos seus territórios, acelerando a identificação, o reconhecimento, a demarcação e a titulação desses territórios, respeitando e preservando os sítios de alto valor simbólico e histórico; garantir o acesso a terra às populações ribeirinhas, varzanteiras e pescadoras, assegurando acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica; garantir que nos programas habitacionais do governo sejam priorizadas as populações de baixa renda, a população em situação de rua e grupos sociais em situação de vulnerabilidade no espaço urbano e rural, considerando os princípios da moradia digna, do desenho universal e os critérios de acessibilidade nos projetos; promover a destinação das glebas e edifícios vazios ou subutilizados pertencentes à União, para a população de baixa renda, reduzindo o déficit habitacional.<sup>11</sup>

O esforço conjunto do Estado e de grande parte da sociedade civil organizada e dos movimentos sociais, por meio do PNDH – 3, em contemplar obrigações internacionais à quais o Brasil se vinculou, não por acaso, despertou a ira de setores conservadores da sociedade e da imprensa, os quais, ao pressionaram o Poder Executivo a abrir mão da maior parte do Programa, demonstraram, mais uma vez, sua irresponsabilidade para com as obrigações internacionais e constitucionais do Brasil. Sozinho, o Estado não é capaz de perseguir a contemplação de tais obrigações, mas requer o esforço conjunto da sociedade por meio de suas organizações e movimentos sociais de base. Nessa esteira, aloja-se o incontestável reconhecimento internacional do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terras (MST) como um dos principais movimentos sociais latino-americanos de transformação da realidade social de um país.

---

11 BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH - 3). 1a Ed. Brasília, 2010 pp. 38 - 59.

## 7.2 A RELUTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA: INVA-DIR VERSUS OCUPAR

Apesar dos significativos avanços no que tange ao reconhecimento da função social como *conditio sine qua non* da propriedade por parte do Poder Judiciário, poder-se-iam citar aqui dezenas de casos Brasil afora de anuência do Poder Judiciário ante o descumprimento da função social da propriedade e, destarte, de descumprimento do próprio direito à propriedade privada. Ora, tanto a legislação prevê a desapropriação em caso de incumprimento da função social, como a própria doutrina civilística já deu passos significativos acerca desse entendimento.

Questão das mais complicadas e de difícil trato é a vedação pelo ordenamento jurídico da tutela da propriedade que, por algum motivo, deixa de cumprir sua função social. É moeda corrente na melhor doutrina, na esteira do entendimento de Stefano Rodotà, que a sanção ao mau comportamento do proprietário, quando este desobedece a obrigações e ônus posto a seu carto, determina a superveniente carência de legitimação à titularidade ou ao exercício do direito. No mesmo sentido, assevera Pietro Perlingieri que a “ausência de atuação da função social, portanto, faz com que falte a razão da garantia e do reconhecimento do direito de propriedade” (LOUREIRO, 2012, p. 1205).

Ainda assim, diversos julgados insistem em tratar como “invasão” casos de ocupação de terras urbanas ou rurais, que estejam ociosas e descumprindo escancaradamente sua função social. É o que se constata a partir dos excertos dos seguintes julgados:

A invasão de propriedade urbana não encontra respaldo na ordem jurídica, inobstante enquanto movimento político os objetivos possam até ser justos, discussão sobre a função social da propriedade compete ao Poder Público municipal, estabelecendo e verificando seu cumprimento. Qualquer desapropriação há de ser realizada mediante prévia e justa indenização (RT 727/294).

A invasão de terras é necessariamente clandestina e violenta, não podendo gerar posse justa (STJ, REsp n. 219.549/DF, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 26.09.2000, DJU 04.12.2000).

Ora, os direitos humanos e constitucionais devem ser interpretados e aplicados de forma coesa e harmônica, de forma que o exercício ou aplicação de um não impeça ou exercício ou aplicação de outro. Neste caso, a jurisprudência aplica de forma equivocada o direito à propriedade

privada – pois o interpreta de forma absoluta, esquecendo-se da necessidade de cumprimento da função social – em detrimento do direito de moradia.

Por mais que cada caso deva ser analisado e julgado de forma individual e concreta, a jurisprudência brasileira dominante tem-se mostrado bastante relutante em aplicar a lei e, assim, reconhecer o legítimo direito das ocupações, sejam elas urbanas ou rurais.

## 8. CONCLUSÃO

A noção de *propriedade privada*, destarte, torna-se norma jurídica a partir do momento em que está *socialmente objetivada* em determinada sociedade. Os tratados internacionais de direitos humanos assim como a Constituição da República – fortemente influenciada por aqueles – incluíram a propriedade privada dentre os chamados “direitos humanos” e dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, atribuindo a ela um elemento sem o qual ela inexistente no ordenamento jurídico: a *função social*.

A partir daí, percebe-se que, a despeito do esforço normativo dos Poderes Constituintes Originário e Derivado bem como do legislador infraconstitucional de se criarem as condições normativas para o pleno cumprimento do direito à propriedade privada, com todas as suas limitações, não se observa, dos Poderes Executivo e Judiciário, um cumprimento à função social da propriedade privada.

Esbarram-se os Poderes Executivo e Judiciário no poder econômico que, por sua vez, se sustenta na própria propriedade privada, recorrentemente desprovida de todos os seus atributos, dentre os quais, a função social.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. MATTUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco.** Dicionário de Política. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 13ª ed., 2010.
- BONAVIDES, Paulo.** Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.
- BRASIL, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.** Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH – 3). 1ª Ed. Brasília, 2010



**COMPARATO, Fábio Konder.** A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.** Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Serie C No. 66.

\_\_\_\_\_. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

\_\_\_\_\_. A Opinião Consultiva da Corte IDH n. 6 de 1986.

\_\_\_\_\_. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez.. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

\_\_\_\_\_. Caso Salvador Chiriboga. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008.

**COSSIO, Carlos.** Teoría de la Verdad Jurídica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: El Foro, 2007.

**GONÇALVES, Carlos Roberto.** Direito Civil Brasileiro, volume 5: Direito das Coisas. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

**LOUREIRO, Francisco Eduardo.** Livro III – Do direito das Coisas. *In:* PELUSO, Cesar (coord.) Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência. Barueri (SP): Ed. Manole, 2012.

**PINTO, Mónica.** Temas de Derechos Humanos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2009.

**REALE, Miguel.** Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.

