

PROPRIEDADE E FUNÇÃO SOCIAL: EXAME CRÍTICO DE UM CASO DE “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO CIVIL ⁽¹⁾

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Sumário: 1. Introdução. 2. O direito de propriedade no Direito Constitucional comparado. 2.1. Investigação de textos constitucionais sobre o tratamento jurídico do direito de propriedade. 3. A “constitucionalização” do direito de propriedade no Brasil: refutando mitos e identificando problemas. 3.1. Delimitação de um conceito: a constitucionalização. 3.2. A constitucionalização do direito de propriedade de 1824 a 1988. 4. A qualificação do direito de propriedade e a técnica do suporte fático amplo (teoria interna) e do suporte fático restrito (teoria externa). 5. Conclusões. Referências.

ABREVIATURAS ⁽²⁾

CF/1988 — Constituição da República Federativa do Brasil de 1998
 CCB — Código Civil brasileiro de 2002
 BGB — *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemão de 1900)
 DJ — Diário da Justiça da União
Grundgesetz ou *GG* — Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949
 MS — Mandado de segurança
 n. — número
 p. — página
 RT — Revista dos Tribunais (periódico brasileiro)
 t. — tomo
 TCF — Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*)
 v. — volume
 WRV — *Weimarer Reichsverfassung* (Constituição da República de Weimar de 1918)

⁽¹⁾ Versão modificada e ampliada do texto “Propriedade e constitucionalização do Direito Civil”, publicado como capítulo do livro: MATIAS, João Luís Nogueira; Wachowicz Coords.) *Propriedade e meio-ambiente: da inconciliação à convergência*. Lisboa-Florianópolis: Fundação Boiteux-Universidade Técnica de Lisboa, 2010.

⁽²⁾ Na redação do artigo, observou-se o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 1.1.2009. As transcrições de textos legais ou doutrinários, no entanto, observaram as redações originais, sem qualquer correção ou adaptação. Respeitou-se, também, a grafia utilizada em Portugal, no que se refere às citações de obras desse país.

1. INTRODUÇÃO

Na dogmática brasileira, a chamada *constitucionalização do Direito Privado* encontra no instituto da propriedade (privada) sua *sedes materiae* por excelência. Há intensa produção doutrinária no Direito Civil sobre a *publicização do direito de propriedade*⁽³⁾, a *função social da propriedade*⁽⁴⁾ e a *constitucionalização da propriedade*⁽⁵⁾. Em larga medida, são os próprios civilistas que defendem quatro teses sobre essa “nova” conformação do direito de propriedade: 1) a *constitucionalização* da propriedade privada deu-se com o advento da CF/1988; 2) o Direito Civil, até 1988, considerava a propriedade (e não somente ela) de modo preponderantemente individualista e indiferente aos limites sociais de seu exercício⁽⁶⁾;

⁽³⁾ “Com o advento da Constituição de 1988 o direito de propriedade deixa de ter sua regulamentação exclusivamente privatista, baseada no Código Civil, e passa a ser um direito privado de interesse público, sendo as regras para seu exercício determinadas pelo Direito Público e pelo Direito Privado. Este processo de publicização do direito de propriedade é fundamental para a implementação da legislação referente à proteção do meio ambiente, que impõe limites ao exercício daquele direito.” (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade. Revista de Direito Ambiental*, v. 3, n. 9, p. 67-85, jan./mar., 1998. p. 68-69).

⁽⁴⁾ LIMA, Márcio Kammer de. *Usucapião coletivo e desapropriação judicial: instrumentos de atuação da função social da propriedade*. 1. ed., 2. tiragem. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 14-18; MELLO, Érico Marques. *Função social da propriedade como expectativa social. Revista Forense*, v. 105, n. 404, p. 145-167, jul./ago., 2009; PEGHINI, César Calo. *A função social da propriedade no Código civil e na Constituição federal. Revista Forense*, v. 105, n. 404, p. 43-104, jul./ago., 2009; TEPEDINO, Gustavo. *A função social da propriedade e o meio ambiente. Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, v. 36, n. 97, p. 93-112, 2009; FARIAS, Valter Nazareno. *A função social da propriedade como cláusula geral. Revista de Direito Privado*, v. 8, n. 32, p. 287-316, out./dez., 2007 (embora reconheça que a propriedade não foi subtraída do Direito Privado, p. 314).

⁽⁵⁾ “Assim, com a centralização jurídica em torno da constituição que, como tábua axiológica do sistema passou a condicionar toda legislação infraconstitucional e, portanto, o Código Civil, mostrou-se necessário a criação de um novo código, tendo em vista a total discrepância valorativa do então vigente — Código Civil de 1916 — com os ditames constitucionais.” (AZEVEDO, Jane Piñeiro G de. *Os novos contornos do instituto proprietário. A função social dos direitos autorais. (In)acesso versus funcionalização*. In. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; CASTRO, Celso Luiz Braga de; AGRA, Walber de Moura. *Novas perspectivas do Direito Privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.107). Idem: BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição de 1988 e a função social da propriedade. Revista de Direito Privado*. São Paulo, v. 7, p. 69-84, 2001. p. 73-74.

⁽⁶⁾ Nesse sentido, de modo genérico, embora na argumentação possa se compreender também o direito de propriedade: “A experiência brasileira de mau-trato dos princípios é emblemática. O Código Civil de 1916 ignorou-os. Retrato fiel do individualismo e do liberalismo jurídicos, procurou suprimi-los, até mesmo os que se consolidaram na consciência ética e moral dos juristas, como a boa-fé objetiva e a equidade. Fê-lo o legislador de 1916, conscientemente, pois os princípios levam à intervenção qualitativa do Poder Judiciário na resolução dos conflitos entre privados (...).” (LÔBO, Paulo. *A constitucionalização do Direito Civil brasileiro*. In. TEPEDINO, Gustavo (Org.) *Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 20).

3) a propriedade encontra-se *socialmente funcionalizada*; é direito coexistencial à função social ⁽⁷⁾; 4) a eficácia *imediata* dos direitos fundamentais em relação aos privados tem na função social da propriedade um modelo de aplicação.

Não se pretende refutar analiticamente as referidas teses, mas formular-lhes restrições teóricas (parciais ou totais), nos seguintes termos:

1) A “constitucionalização da propriedade” é fenômeno jurídico contemporâneo ao nascimento do Estado político brasileiro. A ideia de que a propriedade deve atender ao bem-estar social, ao bem-comum ou à função social é construção normativa e dogmática em curso desde a Constituição de 1934, com respeitável contribuição do Direito Civil mesmo antes de sua vigência.

2) Como decorrência lógica da tese n.º 1, o Direito Civil, ao menos por parte de sua doutrina, não subscreveu a concepção individualista e antissolidária de propriedade.

3) É necessário eliminar o hibridismo de conceitos em torno da função social da propriedade, demarcando o espaço das duas correntes teóricas mais influentes da atualidade, a saber, a que define a propriedade como um direito funcionalizado (propriedade *como* função social) e a que concebe a propriedade como um direito restringido pela função social (propriedade *com* função social).

Antes de apresentar essas três objeções, como preliminar metodológica, far-se-á o exame do tratamento do direito de propriedade, sob o ponto de vista puramente normativo, em diversas constituições. Objetiva-se demonstrar que existem padrões diferenciados de regulação dos direitos dominiais, o que se mostrará útil quando se expuser o panorama constitucional brasileiro e sua evolução nessa matéria.

2. O DIREITO DE PROPRIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

2.1. Investigação de textos constitucionais sobre o tratamento jurídico do direito de propriedade

O objeto deste trabalho não comporta a investigação empírica das mais de duzentas constituições políticas em vigor no mundo. Na verdade, essa tarefa

⁽⁷⁾ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 202-203. Em sentido aproximado: PRESTES, Vanêsa Buzelato. A função social da propriedade nas cidades: das limitações administrativas ao conteúdo da propriedade. *Interesse público*, v. 11, n.53, p. 277-312, jan./fev., 2009. p. 53.

seria de grande interesse para o Direito brasileiro, como forma de se conferir solidez ao debate jurídico sobre a natureza e os limites do direito de propriedade, tão marcado pelo excesso retórico.

Para esse mister, levou-se em conta a orientação de Jorge Miranda, no sentido de que “o Direito comparado tem por fim o estabelecimento de relações de semelhança ou diferença, de afinidade ou repulsa entre institutos e sistemas”. E, ainda segundo a divisão proposta pelo autor, fez-se uso da *microcomparação*, que “tem por objecto o exame das partículas jurídicas elementares que formam as ordens jurídicas”. O cotejo deu-se entre as normas constitucionais específicas sobre o direito de propriedade e suas limitações ou restrições.⁽⁸⁾

Com essas advertências, informa-se, ademais, que se realizou pesquisa de caráter puramente normativo, sem se considerar a orientação dogmática e jurisprudencial de cada um dos Direitos pesquisados. O levantamento baseou-se nas seguintes premissas: *a)* diversidade de continentes (todos forneceram ao menos um texto constitucional); *b)* utilização de critérios binários em relação ao regime de governo (constituições monárquicas e republicanas; constituições de *common law* e de *civil law*; constituições de Estados socialistas e capitalistas). Tomou-se como texto-base a última versão disponível, com as mais recentes emendas ou atos adicionais. Consideraram-se normas de natureza constitucional os atos de direitos fundamentais. Em alguns casos, como no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, o Ato de Direitos Humanos de 1998 (*Human Rights Act 1998*) foi parâmetro exclusivo, dada a inexistência de documento constitucional formalmente promulgado.

Propositadamente, não se incluiu na relação a CF/1988, que será utilizada como elemento de comparação para os resultados da pesquisa.

A pesquisa compreende 27 constituições políticas nacionais, distribuídas por todos os continentes, considerado o Oriente Médio de forma separada⁽⁹⁾.

A divisão é a seguinte:

a) África: Constituição da República da África do Sul; Constituição da República de Angola; Constituição do Reino do Marrocos; *b) América*

⁽⁸⁾ MIRANDA, Jorge. Sobre o direito constitucional comparado. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 14, n. 55, p. 243-260, abr./jun., 2006. p. 247.

⁽⁹⁾ Todos os textos constitucionais ou equiparados foram extraídos do sítio eletrônico <http://www.oup.com/online/us/law/oceanalaw/?view=usa#ccwo>, acessado em 8.10.2010. Trata-se de serviço editorial da *Oxford University Press*. As versões consultadas estão atualizadas, segundo os editores, até as últimas reformas constitucionais de cada Estado. Os excertos foram traduzidos livremente pelo autor, a partir do original em inglês. Para a tradução, foram cotejadas as versões do sítio *Oceana Law* com os originais, como é o caso das constituições em idioma alemão, espanhol e português.

Central: Constituição Política da República de Honduras; *c) América do Norte*: Ato da Constituição (consolidado) de 1982 do Canadá, com referência ao Ato Constitucional de 1867; Constituição dos Estados Unidos da América; Constituição dos Estados Unidos Mexicanos; *d) América do Sul*: Constituição da República Oriental do Uruguai; Constituição da República de Chile; Nova Constituição da República Bolivariana da Venezuela; Constituição da República Argentina; *e) Ásia*: Constituição da República Popular da China; Constituição do Japão; Constituição da República Democrática do Timor Leste; *f) Europa*: Ato dos Direitos Humanos do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte de 1998; Constituição da República da Sérvia; Constituição da República da Polônia; Constituição da República Portuguesa; Nova Constituição da Confederação Helvética; Constituição do Reino da Bélgica; Constituição da República da Finlândia; Constituição da República da Hungria; Constituição da República Federal da Alemanha; Constituição da República Italiana; Constituição do Reino de Espanha; *g) Oceania*: Ato da Constituição da Comunidade da Austrália; *h) Oriente Médio*: Constituição do Reino Hachemita da Jordânia; Leis Fundamentais do Estado de Israel (Ato da Dignidade Humana e Liberdade de 1992).

O resultado da investigação permite reunir as constituições em cinco grupos: 1) Propriedade como direito inviolável, sem referência à função social ou a limites a seu exercício, exceto quando se trata de desapropriação ou requisição; 2) Propriedade como direito limitado, condicionado ou exercido no marco da função social; 3) Propriedade como direito limitado pelo bem-comum, o interesse social ou o bem-estar coletivo; 4) Propriedade assegurada como direito fundamental, mas com delegação à lei para estabelecer limites ou restrições; 5) Propriedade não mencionada como direito fundamental.

Os grupos (2) e (3), na verdade, poderiam integrar um único item. Muita vez, a constituição associa o bem-comum à função social. Optou-se, contudo, por distinguir as espécies, em razão de que os dois conceitos jurídicos expressam origens históricas diferenciadas. A “função social” tem ligações com a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, enquanto os limites ditados pela coletividade são oriundos da Constituição de Weimar, com sua clássica fórmula “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*” (A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem da coletividade). E, é função secundária da pesquisa, embora não menos importante, estabelecer a genealogia dessas normas, o que se fará adiante.

(1) ***Propriedade reconhecida como direito fundamental, mas sem referência a limites a seu exercício ou restrições a seu conteúdo, exceto nos casos de desapropriação ou de requisição para o interesse público.*** A Constituição dos Estados Unidos da América, em seu artigo 5.º, afirma que ninguém será privado

de sua propriedade, sem o devido processo legal. Admite-se a perda da propriedade para uso público, desde que acompanhada da justa compensação. Não há limites ao conteúdo ou ao exercício do direito de propriedade. A ressalva da desapropriação é cláusula de estilo e segue a tradição do constitucionalismo francês do século XIX.

É, também, o caso da Constituição da República da África do Sul, cujo artigo 25 reconhece que a propriedade não será objeto de expropriação, salvo para atender os fins públicos ou o interesse público, mediante indenização. Há diversas disposições específicas sobre o direito de propriedade (e posse) de áreas envolvidas em conflitos raciais ou adquiridas sob leis racistas. Declara-se que é objetivo do Estado promover o acesso à terra. Essas regras, entretanto, não se inserem no conceito de função social da propriedade, ao menos em sua conformação teórica convencional.

A Constituição do Reino da Bélgica (artigo 16) define que ninguém será privado de sua propriedade, exceto em favor do interesse público, nos casos legalmente previstos e em contrapartida à justa compensação. Caso análogo é o da Constituição da República da Finlândia (artigo 15), ao proclamar, solenemente, que “a propriedade de todos é protegida”, ressalvada a possibilidade de serem editadas normas legais sobre desapropriação por interesse público, mediante completa indenização.

A Constituição do Reino Hachemita da Jordânia (artigo 11) assegura o direito de propriedade. Permite, excepcionalmente, a desapropriação por interesse público, levando-se em conta a “justa indenização”, nos termos da lei.

O Estado de Israel possui um conjunto de atos constitucionais, as chamadas “Leis Fundamentais”, divididas por matérias específicas. A propriedade é objeto do artigo 3 do Ato da Dignidade Humana e Liberdade, aprovado em 1992. Com singeleza, é dito que não haverá violação à propriedade de uma pessoa.

A Constituição da República Popular da China (artigo 13) possui um dos regimes de proteção ao direito de propriedade privada mais próximos do modelo norte-americano e da matriz clássica do século XIX, quando prescreve que os bens particulares (lícitos) dos cidadãos são invioláveis. Em seguida, diz que o Estado, de acordo com a lei, deve proteger esses direitos, inclusive os de herança. Admite-se a desapropriação ou a requisição de propriedade privada, em conformidade com a lei e para realização do interesse público, por meio de justa indenização.

A Constituição da República da Hungria (artigo 13) garante o direito de propriedade. A desapropriação é considerada medida excepcional, delimitada pelo interesse público, na forma da lei, sujeita à plena, incondicional e imediata indenização.

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 62.º, garante a todos o direito à propriedade privada. É prevista a necessidade de previsão legal e

indenização justa para os casos de requisição e expropriação por utilidade pública.

O artigo 17 da Constituição da República Argentina, no que se insere na tradicional formulação do século XIX, diz que a propriedade é inviolável. A desapropriação por utilidade pública deve ser objeto de comando legal e de prévia indenização.

A Nova Constituição da República Helvética (artigo 26) declara ser assegurado o direito de propriedade e, no caso de desapropriação ou forma equivalente, há de ser paga indenização integral.

(2) **Propriedade limitada pela função social.** É significativo o número de constituições que adotam a limitação do direito de propriedade e o fazem por meio do conceito jurídico indeterminado da função social.

Nesse campo, estão a Constituição Política da República de Chile (artigo 19, inciso 24 — *somente a lei pode dispor sobre as limitações à propriedade derivadas de sua função social*); a Constituição da República Democrática do Timor Leste (artigo 54 — *a propriedade privada não deve ser utilizada em detrimento de sua função social*) e a Constituição da República Italiana (artigo 42 — *a propriedade privada é garantida por lei, que determinará os limites a seu exercício, a fim de assegurar sua função social*).

A Constituição do Reino de Espanha (artigo 33) reconhece o direito à propriedade privada e à herança. No item 2 do mencionado dispositivo, prescreve-se que “a função social desses direitos delimitará seu conteúdo, de acordo com as leis”. É assim também na Constituição Política da República de Honduras, em cujo artigo 61 se garante a propriedade como direito fundamental e, no artigo 103, se diz que ela é assegurada “em seu mais amplo conceito de função social e sem mais limitações que aquelas estabelecidas em lei por motivos de necessidade ou de interesse público”.

A nova Constituição da República de Angola, em vigor desde 2010, possui diversas normas sobre a propriedade privada. No artigo 14.º, afirma-se que o Estado respeita e protege a propriedade, que será exercida nos termos da Constituição. No artigo 37.º, reproduz-se o texto da proteção à propriedade, mas com a ressalva das expropriações ou requisições, desde que mediante indenização. A função social da propriedade é apresentada no artigo 89.º, item 1, alínea “e”, como um dos princípios da organização e da regulação das atividades econômicas.

(3) **Propriedade limitada pelo bem-comum, interesse social ou coletivo.** A GG, artigo 14, garante o direito de propriedade e dá ao legislador a competência para determinar seu conteúdo e seus limites, ao tempo em que conserva a expressão nascida do texto constitucional de Weimar: “A propriedade obriga” (*Eigentum verpflichtet*). Exige, ainda, que o uso da propriedade sirva, ao mesmo tempo, ao proprietário e ao bem da coletividade.

O artigo 29 da Constituição do Japão considera o direito de propriedade inviolável, cabendo à lei sua definição, que se dará em conformidade com o bem-estar público. Admite-se a desapropriação em contrapartida à justa indenização.

A Constituição do Reino do Marrocos, em seu artigo 15, garante o direito à propriedade privada e à livre iniciativa. A lei, contudo, deverá impor limites a seu conteúdo e a seu exercício, ditados pelas exigências do desenvolvimento socioeconômico da Nação.

O Ato de Direitos Humanos de 1998, do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, no artigo 1.º, de sua Parte Segunda, confere às pessoas naturais ou jurídicas o direito ao gozo pacífico de seus bens e “ninguém será privado de suas posses exceto pelo interesse público”. Essas disposições se relacionam ao direito de expropriação dos bens dos particulares pelo Estado. Não se pode impedir o direito do Estado de fazer cumprir normas necessárias ao controle do uso dos bens em conformidade com o interesse geral.

A Constituição da República Bolivariana da Venezuela, em seu artigo 115, garante o direito de propriedade, que se submeterá às “condições, restrições e obrigações que estabeleça a lei com fins de utilidade pública ou de interesse social”. Em idêntico sentido, a Constituição da República Oriental do Uruguai (artigo 32) preceitua que “a propriedade é um direito inviolável, mas sujeito ao que disponham as leis que se estabelecerem por razões de interesse geral”.

(4) **Reconhecimento do direito de propriedade com delegação à lei para lhe estabelecer limites ou restrições.** Neste grupo, o constituinte simplesmente delega ao legislador a possibilidade de criar limites ou restrições a seu conteúdo ou a seu exercício. Não se institui, todavia, no próprio texto constitucional um parâmetro ao legislador, de modo a que sua atividade legislativa seja pautada por valores outros que não a liberdade individual, a livre iniciativa ou a vontade do proprietário.

É o caso da Constituição da República da Sérvia, que, em seu artigo 58, garante o direito de propriedade, que só poderá ser restringido pelo interesse público e com a necessária compensação. Essa fórmula equivale ao reconhecimento do direito de desapropriação ou de uso temporário dos bens particulares pelo Estado. O essencial está em seu terceiro parágrafo: “A lei poderá restringir o modo de exercício da propriedade.” Não se estatui qual o parâmetro dessa restrição.

A Constituição da República da Polônia, em seu artigo 64, determina que todos possuem direito de propriedade, que deverá receber igual proteção da lei. Os limites aos direitos do proprietário só podem ser criados por lei, desde que não violem sua própria essência.

(5) **Propriedade não indicada como direito fundamental.** O Ato da Constituição da Comunidade da Austrália e o Ato da Constituição (consolidado) do

Canadá, de 1982, embora não possam ser reconhecidos como documentos constitucionais nos moldes do Direito continental europeu, são os repositórios *materialmente* constitucionais desses antigos domínios do Império Britânico e servem aos propósitos da pesquisa. Na Austrália, não há menção ao direito de propriedade e, no Canadá, delega-se às províncias a competência para se tratar da matéria.

2.2. Conclusões da pesquisa e discussão dos resultados

A pesquisa revelou que não há simetria entre regimes políticos, famílias jurídicas, sistemas econômicos, localização geográfica e aspectos temporais, para fins de delimitação do tratamento constitucional do direito de propriedade.

Outro resultado da investigação é que não se pode estabelecer vinculação entre a ideologia de um Estado e o regime constitucional da propriedade. Essa afirmação seria evidentemente contestável antes do desmoronamento da União Soviética e dos Direitos por ela influenciados. Entrementes, a República Popular da China, que se declara formalmente um Estado comunista, situa-se no mesmo grupo dos Estados Unidos da América, do Estado de Israel e do Reino Hachemita da Jordânia. São quatro nações bastante distintas entre si, sob quaisquer dos critérios indicados alhures. Não há coerência no regime jurídico dominial privado entre as constituições ligadas às famílias de matriz inglesa, americana, francesa e soviética, bem assim às que não se integram nessas famílias, ao exemplo do sistemas constitucionais alemão e austríaco, conforme a classificação de Jorge Miranda ⁽¹⁰⁾.

Se a divisão em cinco grupos fosse simplificada, ter-se-iam: (a) Constituições sem referência ao direito de propriedade; (b) Constituições que reconhecem o direito de propriedade; (c) Constituições que limitam a propriedade ao interesse coletivo ou à função social.

O grupo (b) encontra sua gênese no modelo constitucional alemão (Weimar, 1918-Bonn, 1949), na sujeição ao interesse coletivo e na Constituição dos Estados Unidos Mexicanos, de 1917 (artigo 27), embora o conceito jurídico “função social” não tenha surgido em nenhuma delas. A primeira referência à função social, de entre as Constituições pesquisadas, deu-se na Constituição da República Italiana de 1948, em seu artigo 42. Ao menos na doutrina brasileira, não é dada a primazia necessária ao documento constitucional italiano.

É também possível identificar a matriz histórica dos conjuntos de constituições examinados no grupo 1.

⁽¹⁰⁾ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 57-134 (capítulo não conservado na segunda edição de 2009).

A utilização, bastante recorrente, como se observou, do adjetivo “inviolável” para qualificar o direito de propriedade é devida ao artigo 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que definiu o direito como “direito inviolável e sagrado”. É também desse documento que adveio a previsão de atos expropriatórios lícitos, desde que comprovada, por lei, a necessidade pública e “sob condição de justa e prévia indenização.”⁽¹¹⁾ De toda sorte, até os grupos que incluem a função social ou o interesse coletivo como fatores limitantes ao direito de propriedade fazem uso da técnica da expropriação indenizada, quando não repetem, em outros dispositivos, a inviolabilidade do direito dominial ⁽¹²⁾.

Evidentemente, (α) as limitações do estudo não permitem fazer o confronto das normas constitucionais com a realidade fática de cada Estado. Por idênticas razões, (β) não se fez o estudo comparativo com o direito ordinário, especialmente os códigos civis. Ficam abertas as portas para essa importante ampliação da pesquisa. Esses dois fatores, especialmente o primeiro (α), podem gerar desvios nos resultados. Veja-se o caso de se falar da realidade constitucional chinesa ou angolana, quando se sabe da notória debilidade dos mecanismos de controle democrático e social do Estado. Mas, nessas situações, os problemas reconduzem-se à excessiva intervenção estatal na propriedade privada, e não aos conflitos dessa com os princípios ditos sociais.

Por fim, é de ser considerado que a mera constitucionalização do direito de propriedade não implica, *de per se*, um elemento ótimo para seu exercício. Os exemplos do Canadá e da Austrália, países notoriamente conhecidos pela estabilidade de suas relações jurídico-públicas e jurídico-privadas, comprovam a ausência desse vínculo de causalidade necessária.

⁽¹¹⁾ Sobre a relevância histórica desse texto para o “novo direito de propriedade”, em contraposição ao direito de matriz feudal: “A primeira garantia do direito de propriedade no continente europeu está contida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. O art. 17 define o direito de propriedade como inviolável e sagrado, o que demonstrava uma tendência oposta ao ordenamento social corporativo-feudal, e em torno disso giram as relações entre propriedade e liberdade, pois o regime servil e a obrigatoriedade de pagamento de tributos do solo eram direitos de propriedade. Em um livro publicado em Berlim em 1790 sob o título *Freyheit und Eigenthum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der französischen Nationalversammlung* as intervenções em tais direitos de propriedade foram declaradas legítimas devido ao primado da liberdade individual. A propriedade deveria assegurar a liberdade e não feri-la.” (BENDA, Ernst. Função da garantia da propriedade na constituição moderna. *CADERNOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL E CIÊNCIA POLÍTICA*, v. 1, n. 1, p. 237-249, out./dez., 1992. p. 239).

⁽¹²⁾ Registre-se, porém, a primazia histórica da inclusão do *direito de propriedade* naquele que é considerado o primeiro documento do constitucionalismo britânico, a *Magna Charta* de 1215, em cujo teor se proibia a privação da propriedade de um homem em desacordo com a lei da terra e o devido julgamento por seus pares.

3. A “CONSTITUCIONALIZAÇÃO” DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL: REFUTANDO MITOS E IDENTIFICANDO PROBLEMAS

3.1. Delimitação de um conceito: a constitucionalização

Em trabalhos inéditos, de nossa autoria, teve-se oportunidade de apresentar a promiscuidade terminológica em torno da chamada “constitucionalização do Direito Civil” ⁽¹³⁾, indevidamente compreensiva de situações as mais diversas como: *a)* a interpretação do direito ordinário em conformidade com as normas constitucionais; *b)* o controle de constitucionalidade das normas de direito ordinário; *c)* a transposição de normas ordinárias para a Constituição ⁽¹⁴⁾; *d)* a eficácia direta dos direitos fundamentais em relação aos particulares ⁽¹⁵⁾.

Considerados os limites deste artigo, não se dedicará maior espaço ao tema do sentido exato da “constitucionalização”, que mereceu aportes críticos de excelente qualidade na obra de Virgílio Afonso da Silva ⁽¹⁶⁾. Trata-se de tema complexo e que não poderia ser, como infelizmente vem sendo, examinado de forma reducionista por parte da dogmática. O direito de propriedade, nesse contexto, é sede material de três teses deveras corriqueiras sobre o assunto: *a)* o direito de

⁽¹³⁾ Lição proferida nos cursos de mestrado e doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no âmbito das atividades de pós-doutoramento em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Catedrático Jorge Miranda, intitulada “Constitucionalização do Direito Civil, Direito Civil-Constitucional e eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares (*Drittwirkung*): Visão crítica da dogmática e da jurisprudência” (texto inédito) e versão escrita, também inédita, da palestra “Constitucionalização do direito civil: novos parâmetros para a compreensão da propriedade”, proferida no II Simpósio Internacional de Propriedade e Meio-Ambiente. Constitucionalização do Direito Civil: novos parâmetros para a compreensão da propriedade, em Florianópolis, promovida pela Universidade Federal do Ceará e pela Universidade Federal de Santa Catarina.

⁽¹⁴⁾ Outro conceito bastante impregnado por esses desvios é de “Direito Civil-Constitucional”, considerado por alguns como nada mais “que a aplicação de uma nova hermenêutica jurídica ao Direito Civil, buscando, assim, aplicar a norma Constitucional nas relações privadas que se revelem viciadas pela atual situação social apresentada” (PEGHINI, César Calo. *Op. cit.* p. 57). Sobre as contundentes críticas ao conceito: SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 171-172.

⁽¹⁵⁾ Importante construção teórica do direito alemão, que também sofre com os efeitos da simplificação e do reducionismo na dogmática brasileira. Confira-se a respeito dessa particular leitura da *Drittwirkung* no Brasil o texto de Jorge Reis Novais (Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. In. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) *A constitucionalização do direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 355-356).

⁽¹⁶⁾ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.* p. 38-49; 122-131.

propriedade foi *constitucionalizado* após 1988; *b*) o direito de propriedade, no Direito Civil pré-Constituição de 1988, era marcado pelo absolutismo e individualismo; *c*) a propriedade *funcionalizou-se*. Ela não seria mais um direito, e sim um direito-função.

Considerado o âmbito deste artigo, não se apresentarão os problemas relacionados ao conceito de *constitucionalização*. Para fins deste trabalho, basta o reconhecimento de que o direito de propriedade é objeto de normas constitucionais e integra o catálogo de direitos fundamentais. Assim, sua *constitucionalização*, por elevação hierárquica, existe no Direito brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824.

Instituto de Direito Civil — e a ele até hoje vinculado —, a propriedade é também matéria de Direito Constitucional, desde os primórdios do constitucionalismo. Os barões ingleses que forçaram o rei João Sem Terra a firmar a *Magna Charta* objetivavam resguardar, de entre outros, a inviolabilidade de seus direitos dominiais.

Logo, a *constitucionalização do direito de propriedade*, se tomada no sentido de *inclusão do instituto no texto constitucional*, é um truísmo. E não pode ser considerada como resultado do processo constituinte de 1987, salvo se o objetivo for retirar os méritos dos pais fundadores das instituições políticas do Brasil, como o Marquês de São Vicente ou o Marquês das Caravelas.

Se o enfoque se transferir para a *função social da propriedade*, ter-se-á de admitir sua *constitucionalização* desde os textos constitucionais de 1967/1969, com o incômodo de se tratar de contribuição das forças militares que empolgaram o Governo da República após 1964.

É possível tomar a *constitucionalização* sob outra acepção. Ocorreria a impregnação ou a irradiação (com as escusas por serem esses termos pouco científicos) das normas constitucionais pelo ordenamento jurídico. Esse fenômeno ocorre quando o ordenamento é irradiado pela norma (ou pelos valores) de uma nova regra ou de um novo princípio constitucional ⁽¹⁷⁾.

Se esse for o sentido, a ideia de prevalência do interesse social (ou coletivo) e do bem-estar (ou do bem comum) sobre o direito de propriedade (absoluto, individualista e egoístico) foi *irradiada* pelo ordenamento desde a Constituição de 1934 ⁽¹⁸⁾. E, mesmo quando suprimida da Constituição de 1937, nele per-

⁽¹⁷⁾ É esse o sentido apresentado por Riccardo Guastini (A 'constitucionalização' do ordenamento jurídico e a experiência italiana. Tradução por Enzo Bello. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.) *Op. cit.* pp. 271-272), que se baseia em ideia original de Louis Favoreu (La constitutionnalisation du droit. In: MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (eds). *La constitutionnalisation des branches du droit*. Paris: Economica; Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1998. p. 36-37).

⁽¹⁸⁾ Como reconhece acertamente Márcio Kammer de Lima (*Op. cit.* p. 16).

maneceu até hoje. A esse propósito, tanto civilistas quanto constitucionalistas participaram dessa construção jurídica.

Chega a ser curioso que os próprios civilistas — e não os constitucionalistas —, imputem à dogmática privatista do século XX a injusta responsabilidade pelo conceito absolutista e individualista do direito de propriedade, que nem mesmo era aceito pelos doutrinadores coevos a cada uma das Constituições brasileiras do período republicano. Além da impropriedade técnica, essas afirmações colocam o Direito Civil sob uma onda retórica depreciativa de sua grande contribuição para a formação de uma *nova concepção de propriedade*. Os civilistas clássicos não merecem essa imputação, muito menos o Direito Civil deve assumir essa postura defensiva. Eventuais desvios no campo jurisprudencial, que precisam de estudos empíricos sérios, capazes de colocá-los sob filtros comprováveis, não se confundem com os contributos da boa dogmática civil dos últimos cem anos.

Na verdade, esse discurso retórico, bastante difundido nos dias atuais, tem servido para ampliar o terceiro problema metodológico que se apontou acima: a simplificação do conceito de propriedade e a ausência de critérios técnicos firmes para exposição dos graves conflitos hermenêuticos decorrentes da aplicação dos dispositivos legais e constitucionais assecuratórios da propriedade e da função social.

É conveniente, agora, demonstrar essas assertivas.

3.2. A constitucionalização do direito de propriedade de 1824 a 1988

A constitucionalização do direito de propriedade no Brasil não se deu em 1988.

Em verdade, desde a Constituição Imperial de 1824, a propriedade é considerada como direito fundamental. Seu artigo 179, inciso XXII, já definia que a propriedade era garantida *em toda sua plenitude*, sendo direito inviolável dos cidadãos brasileiros, assegurado pela Constituição ⁽¹⁹⁾.

É inegável que, durante o século XIX e início do século XX, no Direito Civil, houve o embate entre as visões *individualistas* e *finalistas* do direito de

⁽¹⁹⁾ “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

.....
XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.”

propriedade. Mas, como bem recorda Ernst Benda, juristas conservadores como Rudolf von Ihering e Otto von Gierke adotaram posturas profundamente críticas quanto ao conceito de propriedade do projeto de Código Civil alemão de 1900 ⁽²⁰⁾. No Brasil, mesmo sem aludir às questões de limites sociais da propriedade, Lafayette Rodrigues Pereira, civilista do século XIX, ensinava que a propriedade era um direito ilimitado, compreensivo da prática de todos os atos que são compatíveis com as leis da natureza, “todavia é ele suscetível de limites e restrições que lhe pode impor ou a lei ou a vontade do senhor (*dominus*)” ⁽²¹⁾.

A Constituição de 1891 manteve, em termos bastante similares, o regime jurídico da propriedade advindo do Império, ao considerá-la direito inviolável de brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, mantido em toda sua plenitude, salvo os casos de desapropriação ⁽²²⁾.

Tanto a Constituição Imperial quanto a primeira Constituição republicana, conferiram à propriedade a proteção “*em toda a sua plenitude*”. Em 1824, esse direito “*é garantido*”.

Em 1891, ele “*mantém-se em toda a sua plenitude*”. João Barbalho Uchoa Cavancanti, ao comentar o dispositivo de 1891, sobreleva que a propriedade é “elemento fundamental da ordem civil”. Sua garantia “anima e incrementa o trabalho, expandindo-se a aplicação da actividade individual e colectiva, com proveito dos particulares e das rendas dos Estado, e da prosperidade geral”. Quanto ao aproveitamento da fórmula imperial de plenitude da proteção do

⁽²⁰⁾ “Em 1877 em uma tomada de partido bem clara contra o conceito de propriedade individualista, Ihering previa: ‘Quando for reconhecida à verdade a vitória no mundo, então virá a era em que a propriedade se investirá em uma outra forma que hoje, na qual a sociedade reconhecerá tão pouco o pretensio direito do proprietário de acumular os bens deste mundo na quantidade que lhe aprouver, como o direito do pai romano de dispor sobre a vida de seus filhos, o direito de desafio e o assalto de estradas dos cavaleiros medievais, como o direito corporativo da Idade Média’. Otto von Gierke, um outro crítico de sua época que evidentemente podemos classificar como moderado, qualificava pouco tempo depois o conceito de propriedade do projeto do Código Civil com o domínio irrestrito do proprietário como uma ficção, e na verdade, como ele afirmava, ‘uma ficção de perigo geral.’” (BENDA, Ernst. *Op. cit.* p. 239-240).

⁽²¹⁾ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direito das coisas*. Adaptado ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. t. 1. p. 99.

⁽²²⁾ “Art 72 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
§ 17 — O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.”

domínio, o autor afirma que “não é menos categorica a afirmação da Constituição republicana”⁽²³⁾.

O texto do civilista Carlos Maximiliano, em comentários ao artigo 72, § 17, da Constituição de 1891, não se distinguiria de seus equivalentes atuais, quando afirmava que não mais se aceita “a doutrina da propriedade illimitada, nem tão pouco o conceito individualista de uma prerrogativa, que é mantida por motivos sociaes”⁽²⁴⁾.

Virgílio de Sá Pereira, também civilista, analisou o direito de propriedade sob a óptica constitucional e infraconstitucional. Indagava ele o “que vem a ser esse direito que a Constituição *mantém* e o Código de 1916 *assegura* no art. 524?”⁽²⁵⁾ O autor, inicialmente, contesta a origem romana da ideia de propriedade como expressão do *ius abutendi*, o que chama de “*erro antigo, communissimo erro*”, com apoio em Cesare Nani⁽²⁶⁾. E, como que a demonstrar que a interpretação doutrinária da época não era comprometida com a tese do individualismo extremado, ele complementa: “(...) o nosso legislador não tomou attitude egoistica do velho *quirites*, mas a do homem moderno, cuja alma é trabalhada por todas as solicitações altruisticas da solidariedade social”⁽²⁷⁾.

A fórmula da “inviolabilidade” do direito de propriedade é conservada na Constituição de 1934, mas com o importante acréscimo de que seu exercício não poderia se dar “contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar”⁽²⁸⁾.

Essa inovação é atribuída pela doutrina à influência de três documentos, a Encíclica *Rerum novarum*, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição

⁽²³⁾ BARBALHO UCHOA CAVALCANTI, João. *Comentários à Constituição Federal de 1891*. Edição fac-similar de 1902. Brasília: Senado Federal, 1992. p. 324.

⁽²⁴⁾ MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 717.

⁽²⁵⁾ PEREIRA, Virgílio de Sá. Direito das coisas: Da propriedade. In: LACERDA, Paulo (Coord). *Manual do Código Civil brasileiro*, v. 8. 2. ed. histórica atual. legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

⁽²⁶⁾ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Op. cit.* p. 19.

⁽²⁷⁾ PEREIRA, Virgílio de Sá. *Op. cit.* p. 29-30.

⁽²⁸⁾ “Art 113 — A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.”

de Weimar, de 11.8.1919 ⁽²⁹⁾. Sem dúvida, porém, o marco teórico dessa transformação encontra sua *sedes materiae* no famoso texto do artigo 153, *in fine*, WRF, que solenemente proclamava: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste*” (A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem geral.) Sua força retórica (e normativa) é tamanha que o texto permanece intacto na Lei Fundamental de Bonn de 1949, em seu artigo 14, item 2: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen*” (A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem da coletividade).

É curioso que o texto de 1934 poderia ter introduzido expressamente a “função social” se adotasse a redação do projeto do Governo Provisório, de 1933, que afirmava ter a propriedade, antes de tudo, “uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo”. Os constituintes, como expõe Moacyr Lobo da Costa, optaram pela redação mais neutra do artigo 113, item 17, que preferiu restringir o uso da propriedade contra o “interesse social ou coletivo” ⁽³⁰⁾.

O impacto da Constituição de 1934, no que se refere ao direito de propriedade, foi sentido pelo Código Civil de 1916, como demonstra um texto pouco conhecido de Clóvis Beviláqua intitulado “A Constituição e o Código Civil”, que corresponde a uma conferência pronunciada em Fortaleza, Estado do Ceará, em 15 de janeiro de 1935, no Salão Juvenal Galeno. Segundo o autor, a nova Constituição “(...) não se contentou com traçar a *synthese* geral das experiências jurídicas, necessárias à existência dos brasileiros. Em muitos passos, admitiu regras que são fontes positivas de uma segunda classe. Prejudicou-se a *technica*, possivelmente, em proveito da utilidade prática” ⁽³¹⁾.

Em razão disso, “(...) o Código Civil recebeu modificações ou confirmações directas, em lugar de repercussões lógicas”. ⁽³²⁾ Sobre esse aspecto, Clóvis Beviláqua reconheceu que “o conceito de propriedade se apresentava no Código Civil sob um cunho algum tanto rígido, apesar da tentativa de o adaptar às exigências da vida social, que propuzera o Projecto primitivo.” Assim, a Constituição teve a oportunidade de fixar “a verdadeira doutrina social da propriedade” no item 17 do artigo 113, por ele considerado como uma “formula feliz, porque

⁽²⁹⁾ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. Desmistificando a função social da propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 860, p. 91-133, jun., 2007. p. 97-98.

⁽³⁰⁾ COSTA, Moacyr Lobo. *Três estudos sobre a doutrina de Duguit*. São Paulo: Ícone, 1997. p.46.

⁽³¹⁾ BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, p. 31-38, set. 1935. p. 32.

⁽³²⁾ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.* p. 32.

atende na propriedade, ao elemento individual, de cujos estímulos depende a prosperidade do agrupamento humano; do elemento social, que é a razão de ser e a finalidade transcendente do direito; e, finalmente, às mudanças, que a evolução cultural impõe á ordem jurídica”⁽³³⁾.

A Constituição de 1937 manteve a redação tradicional das constituições republicanas, ao incluir a propriedade no rol de direitos assegurados aos nacionais e estrangeiros aqui residentes. Retirou, entretanto, a menção ao uso da propriedade contrariamente ao interesse social ou coletivo⁽³⁴⁾. Caberia ao legislador ordinário definir o conteúdo e os limites da propriedade e de seu exercício. A irradiação da propriedade com limites sociais, entretanto, já se havia operado. Independentemente dessa ablação do texto constitucional, a melhor dogmática *civilista* entendia não ser mais possível fazer essa dissociação, como que a provar a inexistência de supremacia axiológica da Constituição. A despeito da opção do texto de 1937, o Direito Civil (por seus melhores doutrinadores) reconhecia que “(...) a primeira restrição e a mais genérica a que o direito de propriedade está sujeito é a submissão do direito de propriedade ao interesse da coletividade”⁽³⁵⁾.

Em obras de Direito Constitucional, a noção de que a ideia “individualista da propriedade, outrora preponderante, vem sendo substituída por outra, segundo a qual a propriedade só é considerada legítima quando se baseia na utilidade

⁽³³⁾ BEVILÁQUA, Clóvis. *Op. cit.* p. 36. Em outra obra, posterior à conferência no Salão Juvenal Galeno, Clóvis Beviláqua considerou que a Constituição de 1934, em seu artigo 113, item 17, ao conceituar a propriedade, refletia “a orientação socialista, porém de modo vago, impreciso.” (*Direito das Coisas*. Atualizado por José de Aguiar Dias. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1. p. 114). Crê-se que não procede a crítica feita por Gilberto Bercovici (*Op. cit.* p. 72, especialmente nas notas n.ºs 15 e 16), no sentido de que “a função social estava fora de suas cogitações [*de Clóvis Beviláqua*]”. O texto de 1935, de Clóvis Beviláqua, é contraditório a esse juízo sobre as posições do autor do Código Civil de 1916.

⁽³⁴⁾ “Art. 122 — A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício; (...).”

⁽³⁵⁾ Prossegue Francisco Clementino de San Thiago Dantas (*Programa de direito civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1981. p. 116): “Corresponde ao individualismo jurídico a concepção de um direito de propriedade absoluto que se sobrepõe mesmo ao interesse da coletividade, não admitindo para si outra medida, senão o interesse do proprietário. Essa não era a concepção romana, essa não é senão a concepção filosófica individualista do direito de propriedade, que talvez não tenha sido uma expressão legislativa completa de nenhuma época, em nenhum sistema. Sempre se sentiu que o direito de propriedade, considerado como um poder absoluto, comprometia a convivência social, por isso que importava em reconhecer a alguém poderes que, eventualmente, poderiam erguer-se contra os interesses mais legítimos de todos.”

social” encontrava idêntico apoio, mesmo quando se comentava o item 14 do artigo 122, CF/1937, que não prestigiara o “interesse da coletividade” na definição de domínio ⁽³⁶⁾. A irradiação da propriedade ligada a valores não-individuais, ainda que sem o reconhecimento do texto constitucional de 1937, ocorrera de modo inequívoco ⁽³⁷⁾.

Com a queda do Estado Novo, promulgou-se a Constituição de 1946, que conservou a estrutura e a localização tradicionais das normas relativas ao direito de propriedade ⁽³⁸⁾. A nova Constituição, todavia, retomou os princípios de 1934, ao definir que o “uso da propriedade será condicionado ao *bem-estar social*” ⁽³⁹⁾. Essa concepção de propriedade condicionada se situou no capítulo da Ordem Econômica, e não no rol dos direitos fundamentais. O constituinte reconduziu a propriedade ao Direito Econômico, e não mais apenas ao Direito Civil.

Waldemar Ferreira, ao comentar os novos dispositivos constitucionais de 1946 em relação à propriedade, destacou que esta “tem função social inequívoca e não se concebe abstratamente, ainda quando se lhe imprima o mais acentuado cunho individualístico” ⁽⁴⁰⁾. A propriedade ter-se-ia *socializado*, contudo, “sem deixar de ser privada”. Em tal medida, “não se mudou, evidentemente, o conceito da propriedade. É êle o mesmo conceito civilístico, que se depara em todos os códigos, em que se exarou o advindo da concepção romana. Deixou apenas a propriedade de ser absoluta para entrosar-se no relativismo das coisas terrenas e humanas” ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ CASTRO, Araujo. *A Constituição de 1937*. Edição fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2003. p. 290-291.

⁽³⁷⁾ “A propriedade deixa assim de ser um direito sagrado e intangível, para adaptar-se às necessidades sociais” (CASTRO, Araujo. *Op. cit.* p.291 — com forte inspiração nas teorias de Léon Duguit).

⁽³⁸⁾ “Art. 141 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁽³⁹⁾ “Art. 147 — O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.”

⁽⁴⁰⁾ Convém dizer que Waldemar Ferreira era um jurista de impecáveis credenciais conservadoras. Com a queda do presidente Washington Luís, após a Revolução de 1930, manteve-se fiel ao regime caído e exilou-se em Portugal, onde mereceu a hospitalidade lusitana e foi professor visitante na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa.

⁽⁴¹⁾ FERREIRA, Waldemar. O conteúdo econômico da constituição brasileira de 1946. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 43, p. 91-112, 1948. p. 97-98. Em seguida, comple-

As Constituições de 1967⁽⁴²⁾ e 1969⁽⁴³⁾, de par com a reiterada colocação da propriedade como direito inviolável, possuem o mérito de haver introduzido formalmente o princípio da “função social da propriedade”, uma das bases da Ordem Econômica. A redação de ambas as cartas constitucionais é idêntica: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) III — função social da propriedade; (...)”⁽⁴⁴⁾.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda criticou norma do artigo 160, inciso III, CF/1969, por ter abandonado o conceito de condicionamento da propriedade ao bem-estar social, nos moldes de 1946, o que se deu, segundo ele, pela “freada” de “elementos reacionários”⁽⁴⁵⁾. Ainda assim, ele defende a ideia de que o sentido da norma constitucional era o de que “o uso da propriedade há de ser compatível com o bem-estar social”. Seu caráter não seria meramente programático. Aquele que sofrer prejuízo em razão do uso da propriedade de modo contrário ao bem-estar social teria a prerrogativa de invocar o inciso III em seu favor⁽⁴⁶⁾.

menta: “A propriedade é direito real; como tal, afeta a coisa direta e imediatamente, sob todos ou certos respeitos, e segue-a em poder de quem quer a detenha. E a coisa somente pode ser usada pelo proprietário de conformidade com o bem-estar social. Êste inexistente sem que para êle contribua o bem-estar dos indivíduos, o da generalidade destes e não o de alguns que detenham a maior soma de riqueza, sobrepujando aos outros por seu poderio econômico.” (FERREIRA, Waldemar. p. 99).

⁽⁴²⁾ “Art. 150 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....
 § 22 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1.º Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.”

⁽⁴³⁾ “Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

⁽⁴⁴⁾ Artigo 157, inciso III, CF/1967, e artigo 160, inciso III, CF/1969.

⁽⁴⁵⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: Com a Emenda n.º 1, de 1969.* (Arts. 160-200). Rio de Janeiro: Forense, 1987. t.6. p.40.

⁽⁴⁶⁾ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Op. cit.* p. 47.

A maior parte dos constitucionalistas não atribuem às constituições do período militar a primazia na introdução do conceito jurídico de “função social da propriedade”⁽⁴⁷⁾. Essa é uma perspectiva que merece reservas. Na verdade, a inserção da “função social da propriedade” no ordenamento jurídico brasileiro é resultado de uma lenta evolução, iniciada formalmente em 1934 e concluída em 1967/1969. A Constituição de 1988, nesse sentido, valeu-se da contribuição teórica e legislativa do século XX, que, ao exemplo do que já demonstrado, não foi alheia ao Direito Civil.

Avance-se, não obstante, para a Constituição de 1988, devendo-se retomar o problema do reconhecimento da pré-existência do conceito de função social da propriedade no ordenamento e na dogmática.

A Constituição de 1988 repetiu os dizeres clássicos sobre ser a propriedade um direito garantido a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País, de modo inviolável, com o reconhecimento de sua garantia, mas com a exigência de que “a propriedade atenderá a sua função social”⁽⁴⁸⁾. No capítulo da Ordem Econômica, reproduziu-se a função social como princípio a ela inerente⁽⁴⁹⁾. Evidentemente, o tratamento conferido à propriedade é mais abrangente e detalhado que nas Constituições anteriores, com elevados níveis de intervenção estatal no campo da desapropriação, das limitações aos direitos dominiais e na progressividade tributária como mecanismo de desestímulo às práticas especulativas.

Esse reconhecimento deve vir acompanhado da ampliação do debate sobre a natureza do direito de propriedade e suas conexões com a função social.

⁽⁴⁷⁾ A título de exemplo: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva 2002. p. 299-300; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 209-210; SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120-121; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 817-819. Como exceção, citem-se os seguintes autores, que abordam o problema da função social da propriedade com a necessária perspectiva histórico-evolutiva: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1290-1291; COSTA, Nelson Nery. *Constituição Federal anotada e explicada*. 4 ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 22-23.

⁽⁴⁸⁾ “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII — é garantido o direito de propriedade;

XXIII — a propriedade atenderá a sua função social; (...).”

⁽⁴⁹⁾ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

III — função social da propriedade; (...).”

Rigorosamente, esse é um campo teórico bem antigo. Não é fruto da Constituição de 1988, e sim resultado de polêmicas datadas do século XIX, para não se retroceder ainda mais no tempo. Nesse ponto, têm-se as escolas de Leon Duguit e de Karl Renner, que influenciam até hoje a busca pelo conceito mais preciso de função social da propriedade.

Nesse contexto, apresentam-se as seguintes correntes teóricas sobre a natureza do direito de propriedade ⁽⁵⁰⁾:

- a) *Propriedade como função social*. Inspirada na teoria de Leon Duguit da *propriedade-função* e da *propriedade-dever*, essa concepção se funda na **teoria interna** da propriedade. Seus limites e condicionamentos integrariam o suporte fático de seu conteúdo. A função social seria coexistencial à propriedade, que deixaria de ser um mero direito para se constituir em direito-função.
- b) *Propriedade com função social*. Seguindo a **teoria externa**, a propriedade seria condicionada ou limitada pela função social. O suporte fático do direito de propriedade seria mais estreito e ter-se-ia de resolver o problema da colisão entre o direito de propriedade (reconduzido ao princípio da ordem econômica da propriedade privada) e a função social (ela mesma um princípio).

4. A QUALIFICAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E AS TEORIAS INTERNA E EXTERNA

O Código Civil brasileiro de 2002 manteve o conceito tradicional de propriedade, de raízes romanas quando reconheceu ao titular desse direito a facul-

⁽⁵⁰⁾ Evidentemente, as correntes teóricas não se limitam a esses dois marcos. Existem posições que se alojam em zonas de sombra entre a teoria interna e a teoria externa. Em geral, há algum compromisso ou simpatia com a teoria interna, mas a formulação conceitual não permite a plena identificação com seus postulados. É o caso da seguinte passagem: “Por tais motivos, forçoso concluir que, no Direito brasileiro, a propriedade, *embora não sendo* uma função social, *tem* esta como seu elemento indissociavelmente integrante, ou, melhor dizendo, a função social constitui o contorno jurídico do direito de propriedade” (FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A propriedade no Direito Ambiental*. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2010. p. 96). Eros Roberto Grau (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 256) afirma que “o princípio da *função social da propriedade*, desta sorte, passa a integrar o conceito jurídico-positivo de *propriedade* (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade”. Aparentemente, ele se mostra signatário da teoria interna. Mas, sua posição é mais complexa, pois defende a divisão da propriedade em duas espécies: *a)* a propriedade dotada de função individual; *b)* a propriedade dotada de função social. Desse modo, seria necessário distinguir entre bens individuais e bens de produção, no contexto dos quais a função social operaria com efeitos e finalidades diferenciados.

dade de uso, gozo e disposição da coisa, além do direito de reivindicação e sequela (artigo 1.228, *caput*). A principal inovação, porém, encontra-se no § 1.º desse dispositivo, que vincula o exercício da propriedade a “suas finalidades econômicas e sociais”, além da preservação do meio-ambiente e do patrimônio histórico, nos termos de legislação especial. Haveria, nesse contexto, a necessidade de se respeitar (a) a função econômica; (b) a função social; (c) a função socioambiental e (d) a função sócio-histórico-patrimonial da propriedade. É deveras interessante que esse parágrafo haja contemplado essas quatro funções delimitantes do direito de propriedade e não se tenha dado o necessário desenvolvimento a essa contribuição do Direito Civil ao tema.

Não é, contudo, este o espaço para se aprofundar tal questão. Aqui, importa voltar-se para o ponto central desta seção: a propriedade é um direito de suporte fático restrito. A função social não lhe é coexistencial.

Na doutrina brasileira, Leonardo Martins⁽⁵¹⁾ e Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁽⁵²⁾ posicionam-se corretamente em favor da existência de um suporte fático restrito para o direito de propriedade (privada), que seria objeto de limitações determinadas pela função social. Entre ambos não haveria preeminência axiológica ou hierárquica.

Os argumentos de Leonardo Martins podem ser resumidos dessa forma: (a) o direito fundamental à propriedade é definido e limitado pelo legislador ordinário⁽⁵³⁾; (b) não há relação jerárquica entre a garantia do direito de propriedade do inciso XXII, artigo 5.º, CF/1988, e a regra de que a propriedade atenderá a função social do inciso XXIII do mesmo dispositivo, “a Constituição brasileira, como toda Constituição do tipo ocidental democrático, não privilegia, abstratamente falando, interesses públicos, coletivos ou sociais em detrimento de interesses individuais.”⁽⁵⁴⁾; (c) a afirmação de que o exercício do direito de propriedade se liga à função social é uma obviedade, mas integrar a última no suporte fático da primeira é algo que não encontra fundamento “no texto constitucional, sobretudo não no art. 5.º *caput* (‘inviolabilidade’) c.c. art. 5.º XXII CF, como também carece de sentido dogmático”⁽⁵⁵⁾.

Nesse último aspecto [*item (c)*], Leonardo Martins apresenta a concepção mais adequada para se entender o conteúdo e o alcance da função social,

⁽⁵¹⁾ MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à propriedade e tratamento constitucional do instituto da propriedade privada. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais — RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 215-246, jan./mar. 2007.

⁽⁵²⁾ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 1291.

⁽⁵³⁾ MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 219.

⁽⁵⁴⁾ MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 233.

⁽⁵⁵⁾ MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 233.

que dá o necessário valor ao transcrito § 1.º do artigo 1.228 do Código Civil de 2002:

“Note-se que a sistemática escolhida pelo legislador civil segue a dogmática geral dos direitos fundamentais, na medida em que no caput do art. 1.228 define o que abrange a área de proteção do direito à propriedade e nos parágrafos fixa algumas limitações que legitimam intervenções neste direito.

Em suma, conclui-se que a função social corresponde, formalmente falando, também, podendo passar em muito da metade dos casos concretos, a uma limitação qualificada por um propósito prescrito imposta ao direito fundamental à propriedade. É o que decorre tanto da sistemática do texto constitucional, quanto da lei civil definidora de seu conteúdo. Materialmente falando, a função social corresponde à harmonização do exercício do direito de propriedade, imposto pela via interventora legítima (vez em que coberta por uma limitação constitucional proporcional!), com os mais diversos interesses gerais, coletivos ou sociais, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e sobretudo a redistribuição da riqueza nacional com o objetivo de se reduzir as vultosas desigualdades sociais brasileiras.”⁽⁵⁶⁾

O direito fundamental à propriedade não é absoluto. Ele se pauta, como todos os direitos dessa espécie, por restrições, limites e intervenções. O problema está em se resolver os conflitos advindos dessa constatação. Segundo Martin Borowski, existem dois referenciais teóricos que se prestam a esse fim: a **teoria interna** e a **teoria externa**, que, como corretamente aponta Virgílio Afonso da Silva, “não são, contudo, criação da dogmática dos direitos fundamentais e são conhecidas no âmbito do direito civil há muito tempo, tendo suscitado intensos debates sobretudo na França, entre Planiol e Ripert, de um lado, e Josserand, de outro”⁽⁵⁷⁾.

A **teoria interna** compreende o direito como uma realidade previamente limitada pelo conteúdo que lhe atribui o ordenamento jurídico. As restrições seriam imanentes ao direito. A propriedade privada, por atender sua função social, seria um direito cujo conteúdo pré-excluiria o exercício contrário à função social⁽⁵⁸⁾. Uma definição típica da teoria interna, e bastante comum na

⁽⁵⁶⁾ MARTINS, Leonardo. *Op. cit.* p. 234.

⁽⁵⁷⁾ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado: RDE*, v. 4, p. 23-51, out.-dez. 2006. p. 36.

⁽⁵⁸⁾ BOROWSKI, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Auflage. Baden: Nomos, 2007. p. 37.

dogmática nacional, é a que considera a propriedade não apenas “um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza de satisfazer as necessidades gerais”⁽⁵⁹⁾.

Seu prestígio não é exclusivo do direito brasileiro. Em Espanha, para o Tribunal Constitucional, “a função social constitui um elemento estrutural da definição mesma do direito à propriedade privada e um fator determinante da delimitação legal de seu conteúdo”⁽⁶⁰⁾. A função social integra o conteúdo da propriedade e limita suas faculdades⁽⁶¹⁾.

A **teoria externa** baseia-se na existência de um suporte fático restrito. O direito apresenta-se como um objeto e, de outro lado, radicam-se as restrições a esse direito.⁽⁶²⁾Essas restrições podem ou não ser invocáveis no caso concreto, a depender de previsões legislativas e dos critérios utilizados para a solução dos conflitos oriundos de sua aplicabilidade.

A adoção da teoria externa é mais adequada ao modelo constitucional brasileiro, porque não elimina o conteúdo do direito de propriedade nem o alija de elementos essenciais por métodos retóricos de pré-exclusão de seu suporte fático⁽⁶³⁾. O nível de concretização dos direitos fundamentais é integrado pela atuação do legislador civil (como bem o fez na elaboração do Código Civil de 2002), sem privilegiar direitos fundamentais de qualquer espécie, além de abandonar o discurso de que haveria preponderância da função social sobre o direito à propriedade, por meros critérios ideológicos. Sem embargo de condicionar a propriedade ao exercício da função social como fator de atribuição do direito ao seu titular. Dito de outro modo, realizar a função social seria condição para se legitimar o título, o que é impensável⁽⁶⁴⁾. As assimetrias devem ser

⁽⁵⁹⁾ CARDOSO, Alenilton da Silva. A funcionalização social do direito privado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 409, p. 1-26, jan-mar. 2010. p. 9.

⁽⁶⁰⁾ GUTIÉRREZ-BARQUÍN, Pedro González. El derecho a la propiedad privada en la jurisprudência del Tribunal Constitucional. BASTIDA, Francisco J. (coord). *Propiedad y derecho constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2005. p. 138.

⁽⁶¹⁾ MONTANECHEZ RAMOS, Manuel. Concepto constitucional de la propiedad: especial referencia a la propiedad urbana. BASTIDA, Francisco J. (coord). *Op. cit.* p. 163.

⁽⁶²⁾ BOROWSKI, Martin. *Op. cit.* p. 34-35.

⁽⁶³⁾ Na doutrina civilística contemporânea, adotam a teoria externa: VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos reais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. t. 5. p. 150-156; MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. *Op. cit.* p. 131.

⁽⁶⁴⁾ Gustavo Tepedino (A função social da propriedade e o meio ambiente. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figuerêdo. *Novo Código Civil: Questões controvertidas: Direito das Coisas*. São Paulo: Método, 2008. p. 56-58) toma posição em favor da teoria interna, mas reconhece que, nos anos 1970, ganhou ímpeto o movimento da “função social de combate”, “no sentido de que a propriedade se tornaria meio de transformação política da sociedade, de tal modo que a propriedade não seria dotada de função social, mas deveria ser considerada, ela própria, função, ou seja, instrumento de transformação, reduzindo-se os espaços e os poderes privados dos particulares como

resolvidas por métodos objetivos, resultantes do reconhecimento de restrições não-imanentes, mas externas ⁽⁶⁵⁾.

Como leciona Jorge Miranda, que se declara adepto da teoria externa, por considerá-la mais adequada ao princípio da liberdade, essa concepção é “mais propícia a formas efectivas de controlo perante intervenções abusivas do legislador à margem dos princípios consignados no art. 18, n.ºs 2 e 3 [*da Constituição da República Portuguesa* ⁽⁶⁶⁾]”, sendo certo que “a teoria interna, levando as suas premissas lógicas até ao fim, poderia negar o verdadeiro alcance desses princípios” ⁽⁶⁷⁾.

A tese de que o *direito de propriedade* existe ou deve ser exercido *em razão* da função social é rejeitável também pelo exame analógico das relações entre a autonomia privada e a função social do contrato. O artigo 421, CCB/2002, prescreve que “*a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*”. Para além da atecnia no uso de liberdade de contratar por liberdade contratual, o dispositivo parece sujeitar a autonomia privada, em sua forma parcelar, à função social. Trata-se de evidente *lapsus calami* do codificador civil, cujas consequências não foram ignoradas pelo Congresso Nacional, que pretendeu modificar a redação do artigo 421, nos termos do Projeto de Lei n.º 6.960/2002, de autoria do Deputado Federal Ricardo Fiúza, conforme a seguinte exposição de motivos:

“A alteração proposta, atendendo a sugestão dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Antônio Junqueira de Azevedo, objetiva inicialmente

titulares dos meios de produção capitalista. Não se atribuía, portanto, qualquer sentido jurídico para a função social da propriedade, assumindo o debate conotação político-ideológica.” Atualmente, segundo o autor citado, não mais seria necessário recorrer a essa missão ideológica. O próprio texto constitucional já serve de fundamento para se entender que a função social não é limitação externa da propriedade, mas razão de atribuição do direito de propriedade a determinado sujeito.

⁽⁶⁵⁾ “(...) a função social da propriedade é um tipo de norma que não se implementa em termos absolutos e excludentes de outras — antes opera gradualmente e dentro do possível — a depender tanto de condições fáticas, que são impostas pela realidade extranormativa, quanto de condições jurídicas, a serem determinadas pelos princípios e regras compostos” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p. 1291).

⁽⁶⁶⁾ “Artigo 18.º Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

⁽⁶⁷⁾ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos fundamentais*. 4. ed. rev. actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. t. 4. p. 374.

substituir a expressão ‘liberdade de contratar’ por ‘liberdade contratual’. Liberdade de contratar a pessoa tem, desde que capaz de realizar o contrato. Já a liberdade contratual é a de poder livremente discutir as cláusulas do contrato. Também se procedeu à supressão ‘em razão’. A liberdade contratual está limitada pela função social do contrato, mas não é sua razão de ser”⁽⁶⁸⁾.

Cuidar de limites à autonomia privada é acertado, mas imaginar que o contratante, ao se vincular negocialmente, deve agir em *razão* da função social equivale a incluir na estrutura desse direito um elemento não-essencial e que, na maior parte das vezes, nem é suposto pelo sujeito. Os propósitos egoísticos do contratante não podem sofrer sindicância *a priori* pelo legislador, até porque a livre empresa (ou livre iniciativa) é também princípio constitucional. O objetivo da norma é a previsão de limites à liberdade, o que serve analogicamente de argumento para não incluir no núcleo essencial do direito de propriedade a função social.

Um último argumento em sentido contrário à utilização da teoria externa no direito de propriedade está na diferente conformação jurídico-constitucional da matéria no Direito brasileiro e no Direito alemão.

Evidentemente, na *GG*, o direito de propriedade é garantido, com seu conteúdo e seus limites determinados por lei (artigo 14, 1)⁽⁶⁹⁾. A lei civil, no § 903, *BGB*, estabelece que o proprietário de uma coisa, contanto que não atue de modo contrário à lei e aos direitos de terceiros, pode proceder com a coisa segundo sua vontade e excluir outros de toda intromissão no objeto⁽⁷⁰⁾. No caso brasileiro, o artigo 5.º, *caput* e incisos XXII e XXIII, CF/1988, assegura a inviolabilidade do direito à propriedade (*direito fundamental*), que será garantida e atenderá sua função social.

A ausência da fórmula “a lei determinará o conteúdo e os limites”, tal como prevista na *GG*, não implica que o direito de propriedade seja *funcionalizado* de modo absoluto.

Admita-se, com Konrad Hesse, que a restrição de direitos (*Beschränkung*) e a conformação (*Ausgestaltung*) podem, de modo ocasional, apresentar-se

⁽⁶⁸⁾ Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa-fé objetiva; teoria da imprevisão; e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 308, p. 7-25, jun. 2003. p. 11.

⁽⁶⁹⁾ No original: “Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.”

⁽⁷⁰⁾ No original: “Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen”.

indistintamente, como se dá no artigo 14, 1, *GG*, quando ao legislador se confere a função de dar conteúdo e estabelecer limites ao direito de propriedade ⁽⁷¹⁾. Conquanto exista a ordem de que o legislador crie as margens de conformação, pré-existe a restrição constitucional ao direito de propriedade com a cláusula de que “a propriedade obriga” e que ela deverá servir ao bem-estar coletivo.

O TCF, a esse respeito, no exame do caso *Feldmühle* ⁽⁷²⁾, pronunciou que a propriedade, assim como a liberdade, é um direito fundamental elementar (“*ein elementares Grundrecht*”). Seu compromisso com esse direito é uma decisão valorativa da *GG*, de particular importância para o Estado Social de Direito (“*von besonderer Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat*”). A propriedade necessita de conformação (*Ausgestaltung*) pelo ordenamento jurídico e, para isso, o artigo 14, item 1, 2, Lei Fundamental, deu ao legislador a competência para dispor o conteúdo e fixar os limites da propriedade. Essa liberdade de conformação do legislador é, aparentemente, sem limites (“*keine Schranken gesetzt*”); no entanto, essa determinação legal há de observar a decisão axiológica fundamental da *GG* em favor da propriedade privada (em seu sentido convencional), mas, ainda, deve harmonizar-se com outras normas constitucionais, ao exemplo do princípio da igualdade e os princípios do Estado de Direito e do Estado Social.

A Constituição brasileira, ao colocar a propriedade ao lado de sua função social, predeterminou a necessidade de adequação e harmonia entre os dois institutos. A *GG* também o fez, mesmo com expressa liberação ao que o legislador criasse uma margem de conformação. É esse o entendimento do TCF, no caso da Lei de diques da Baixa Saxônia (*Niedersächsisches Gesetz*) ⁽⁷³⁾, quando reconheceu que o legislador é obrigado a determinar o conteúdo e os limites do direito de propriedade, por efeito do artigo 14, I, 2, *GG*, o que implica estabelecer a adequada harmonia entre a liberdade individual e os interesses da coletividade. O inciso II do artigo 14, *GG*, estabeleceu “uma diretriz vinculante” (“*eine verbindliche Richtschnur*”), que lhe impõe, ao lado da conformação do conteúdo do direito de propriedade, a exigência de que se observe o bem comum ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷¹⁾ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg: C. F. Muller, 1999. p. 138-139.

⁽⁷²⁾ BVerfGE 14, 263.

⁽⁷³⁾ BVerfGE 25, 112.

⁽⁷⁴⁾ Ernst Benda (*Op. cit.* p. 244), ao analisar diversos casos da jurisprudência do TCF, destaca que a Constituição, ao estabelecer uma cláusula garantidora do direito de propriedade, “conclama o indivíduo e possibilita-lhe participar em responsabilidade própria e com interesses privados na edificação e concepção da ordem jurídica e social”. A “garantia da propriedade

É desnecessário insistir em outros acórdãos do TCF ⁽⁷⁵⁾. Importa salientar que não se mantém os argumentos contra a diferença entre os regimes constitucionais alemão e brasileiro, pelo simples fato de GG haver atribuído expressamente funções de conformação ao legislador.

No Brasil, mesmo sem comando constitucional, o codificador civil assim o fez no § 1.º do artigo 1.228, CCB. Eventuais excessos do legislador serão inevitavelmente confrontados com a Constituição. E, reconheça-se, a função social da propriedade, por sua excessiva abstração, carece de concretização infraconstitucional. Essa conformação legislativa, *de per se*, não é ilegítima, boa ou ruim. Do contrário, impedir que assim o faça o legislador é o mesmo que abrir às portas para a atuação exclusiva dos juízes, o que também não é o mais legítimo.

É o que aponta Ernst Benda, ao dizer que “o Estado só pode limitar a propriedade na proporção da vinculação social descrita; no patrimônio ele só poder intervir sob as condições rigorosamente especificadas na Constituição” ⁽⁷⁶⁾. Teresa Ancona Lopez sintetiza com precisão: “A propriedade *atenderá*, ou seja, observará sua função social e *nunca* a propriedade é função social” ⁽⁷⁷⁾.

significa também o fomento à livre iniciativa”, até porque esta última “é mais rica em idéias e mais flexível do que um dirigismo burocrático centralizado”.

⁽⁷⁵⁾ O exame da jurisprudência do STF sobre a função social da propriedade revela a existência de cinquenta e oito acórdãos contendo esse verbete, de uma série histórica que vai de 1986 até 2010. No primeiro julgado que alude expressamente à função social da propriedade, o debate girava em torno do direito de desapropriar imóvel rural para fins de reforma agrária. Entendeu-se que não haveria ilegalidade no decreto expropriatório, que realizaria concretamente o “princípio programático” da função social, em razão de que as terras estavam inexploradas. Ademais, “além de já consumada a desapropriação, na data da impetração do writ, verifica-se que na área já foram assentadas 50 famílias, que desenvolvem atividades agrícolas concretizando a partilha da terra, o que torna irreversível o decreto impugnado”. (MS 20585, Relator Min. Carlos Madeira, Tribunal Pleno, julgado em 3/9/1986, DJ 26-09-1986, pp.17717). É bem nítido que, nesse julgamento, não houve propriamente colisão de direitos fundamentais. A referência à função social apresenta-se mais retórica do que útil para a resolução do caso. Boa parte dos julgados refere-se a uma questão ordem tributária, a saber, a constitucionalidade da tributação progressiva sobre imóveis urbanos, instituída por lei municipal. Considerou-se nesse “grupo de casos” que, até a aprovação da Emenda Constitucional no 29/2000, essa progressividade era inconstitucional, salvo se fundada na função social da propriedade. A posição do STF foi consolidada na redação da Súmula 668: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da emenda constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada ao cumprimento da função social da propriedade urbana”.

⁽⁷⁶⁾ BENDA, Ernst (*Op. cit.* p. 246-247).

⁽⁷⁷⁾ LOPEZ, Teresa Ancona. Artigo 5.º, incisos XXII e XXVI. In. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura; BILAC PINTO FILHO, Francisco; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 147. Em idêntico sentido: FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 19.

5. CONCLUSÕES

Não foi possível avançar em aspectos de significativa importância para o tema da propriedade no marco da chamada “constitucionalização” do Direito Civil, pela própria natureza do artigo.

Algumas conclusões, porém, ficaram assentadas.

A primeira é que se faz necessária a revisão, especialmente por parte dos civilistas, do papel da Ciência do Direito Civil na construção teórica do instituto da propriedade. A pesquisa, ainda que limitada à parte dogmática, revelou a antítese do discurso geralmente aceito do compromisso civilista com uma concepção estéril do individualismo no campo do Direito das Coisas. Os embates travados na codificação alemã de 1900 tiveram reflexos no Brasil. Esquece-se de que um dos grandes artífices da “função social” foi o positivista francês Auguste Comte, que teve profunda influência na formação acadêmica brasileira (e nos quadros que proclamaram a República em 1889).

A segunda é que a “constitucionalização” do direito de propriedade não ocorreu repentinamente em 1988, mas é resultado de um lento e gradual processo histórico-jurídico. E, mesmo quando se deu a “desconstitucionalização” (por deslizamento para baixo) da restrição da propriedade pelo interesse coletivo, em 1937, o Direito Civil manteve-se fiel a esse primado.

A terceira conclusão é que se fazem necessários o abandono de debates retóricos em torno do direito de propriedade e a tomada de posição consciente em face das teorias interna e externa, no plano dos direitos fundamentais, aplicada ao Direito Civil. O exame do direito de propriedade, sob a óptica da teoria externa, apresenta-se com melhores condições de resolver os graves problemas decorrentes de seu conflito com a função social. Entre ambos não se pode preestabelecer relação de primazia, mas, sim, de restrição. Ao legislador deve-se preservar a margem de conformação, sem juízos *a priori*, como se sua atividade fosse necessariamente boa ou ruim ⁽⁷⁸⁾.

A partir daí, abre-se espaço para outras discussões, a exemplo do barateamento da *Drittwirkung* nas relações que envolvam direito de propriedade e da necessidade de pesquisa sobre o tratamento histórico desse direito pelos tribunais brasileiros ao longo do século XX. Resultados instigantes advirão dessas investigações, cuja amplitude não é suportada nestes limites.

⁽⁷⁸⁾ Em igual medida, “não se deve chamar a toda e qualquer restrição de *função social*. A função social é uma restrição constitucional positiva da propriedade voltada a atingir um interesse social delineado no ordenamento jurídico, não devendo ser tratada como uma declaração de boas intenções” (MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. *Op. cit.* p. 128-129).

