

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: em busca de uma contextualização entre a Constituição Federal e o Novo Código Civil.

Rodrigo Xavier Leonardo*

“A terra ainda é sinônimo de vida, apesar de tanta matança ter havido em seu nome. E é vida não só porque oferece frutos que matam a fome, mas porque purifica o ar que se respira e a água que se bebe. Fosse pouco, dá ainda o sentido do viver humano, sua referência, sua história, sua utopia e seu sonho. (...) A cultura que confunde a terra e sua função humana, social, com o direito abstrato de propriedade, exclusivo e excludente, faz uma opção contra a vida” (MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre : Sérgio Fabris, 2003, p.15).

I. Introdução

A função social da propriedade insere-se no centro do dilema entre a perspectiva do direito privado *individualista e patrimonialista* – solidificado pelas principais codificações liberais –, e uma perspectiva comprometida com outros valores, emergentes em uma sociedade imersa em desigualdades.

Referidas desigualdades, que são destacadas no artigo 3.º, inciso III, da Constituição Federal, em grande medida foram sustentadas pelas velhas escolhas de *como* distribuir os bens necessários para satisfação das necessidades humanas.

A função social da propriedade, por sua vez, surge no século XX como uma nova tentativa de estabelecer critérios para a distribuição e manutenção da terra (que, inquestionavelmente, insere-se dentre os bens essenciais para a satisfação de necessidades fundamentais do ser humano).

Com a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/02), parece necessária uma revisão crítica do tema, voltada para buscar uma contextualização entre este recente diploma legislativo com a Constituição Federal. Procura-se, do mesmo modo,

* Mestre e Doutorando em Direito Civil pela USP - Professor adjunto de Direito Civil da UTP/PR

investigar a compatibilidade do texto normativo do Novo Código Civil com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial a respeito do assunto.

Durante os mais de oitenta anos de vigência do Código Civil, o instituto da propriedade foi remodelado por intermédio de alterações legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais. Daí a necessidade de se refazer esse caminho para que se possa lançar algumas reflexões, ainda que iniciais, sobre as possibilidades de contextualização do Novo Código com este percurso já consolidado.

II. A transformação das 'terras' em 'propriedades'.

A propriedade, tal como estruturada nas grandes codificações, refletia a ideologia da filosofia liberal que lançou as bases da construção *moderna* do direito privado¹, solidificando-se como um *pressuposto* para a garantia da liberdade dos indivíduos.

Foi esse conteúdo ideológico que, em maior ou menor medida, acabou por iluminar a redação do Código Civil Francês de 1804², do Código Civil Alemão de 1900³ e do Código Civil Brasileiro de 1916, refletindo uma idéia de direito privado como o protetor das situações do *ter* individual, que seriam operacionalizadas pelas construções jurídicas das noções de *sujeito de direito* e de *direito subjetivo*, amarrados aos limites do *direito objetivo* determinado pelo Estado.⁴

¹ Podemos partir – à título de exemplo das bases filosóficas da noção de propriedade na modernidade –, do pensamento de John Locke que, na clássica obra do “segundo tratado sobre o governo”, ao enfrentar o tema *dos fins da sociedade política e do governo*, enuncia que: “O objetivo grande e principal da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade” (LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: *Coleção os pensadores*. tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo : Nova Cultural, 1991, p.264). A posição de Locke insere-se dentre a corrente jusnaturalista que vislumbra o direito de propriedade como algo anterior ao Estado (que não surge com a organização política estatal) e, em certa medida, independente do Estado, sendo apenas protegida pelo Estado em razão da incerteza própria ao estado de natureza. Outros filósofos liberais, como Hobbes e Rosseau, fundam o direito de propriedade na constituição do Estado. À luz de outra perspectiva liberal, Emmanuel Kant discorre sobre o meu e o teu externos e, assim, mantém uma posição intermediária entre os filósofos jusnaturalistas citados. Para uma leitura didática do tema, cf. TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. *Revista do departamento de filosofia da FFLCH da USP*. São Paulo : Polis, 1983, p.113-146; BOBBIO, Norberto. Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. Brasília : ed.UNB, 1992.

² “Art. 544. A propriedade é o direito de fazer e de dispor das coisas do modo mais absoluto, contanto que delas não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos” (Código Napoleão ou Código Civil dos Franceses. Tradução de : Souza Diniz. Rio de Janeiro : Record, 1962, p.115).

³ “Art. 903. Le propriétaire d’une chose peut, sauf disposition contraire de la loi, et sauf l’effet des droits qui appartiennent aux tiers, se comporter à l’égard de cette chose comme bon lui semble et empêcher qu’aucune autre personne en fasse le moindre usage” (Code Civil Allemand. Traduction de l’Office de Législation étrangère et de Droit international. Paris : L.G.D.J., 1923, p.210).

⁴ Nesse sentido, o Professor José Antonio Peres Gediel explica que “A idéia primitiva de direito subjetivo, que continua a liberdade em potência, transmuta-se, na moldura do Estado de Direito, em vontade livre ou autônoma, segundo a lei. As potencialidades individuais foram pouco a pouco assimiladas pelo Direito estatal, sobrevivem limitadas pelo critério de licitude e assumem o caráter de vontade condicionada por critérios jurídicos. (...) O poder de vontade individual apresenta-se como o ponto central para a compreensão do direito subjetivo, mas também é de fundamental importância o fato de esse poder ser atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica estatal. Vale dizer, não é um poder natural, imanente, e moral, mas sim concedido pelo Estado, sem preocupações morais, ou, em outras palavras, o direito objetivo é que cria o direito subjetivo e determina sua moralidade” (GEDIEL, Jose Antonio Peres. *Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo*. Curitiba : Moinho do Verbo, 2000, p.20-25).

Não é por outra razão que o artigo 524 do Código Civil de 1916⁵ – bem como a clássica doutrina que lhe seguiu –, limitava-se a definir a propriedade por intermédio da descrição das *posições jurídicas ativas* a ela atinentes *de usar, de fruir, de dispor* (aspecto interno ou econômico) e de *reaver* de quem quer que injustamente a detenha (aspecto externo).⁶

A posse, por sua vez, era concebida como uma exteriorização da propriedade – nos moldes propugnados pela teoria objetiva de Ihering –, cuja proteção nada mais seria senão uma decorrência do valor maior da *propriedade*.⁷

O Código Civil Brasileiro de 1916, muito longe de buscar soluções compatíveis com a realidade fundiária brasileira, preferiu tentar tomar posição⁸ entre as teorias de Savigny e Ihering que, em essência, reportavam-se ao direito romano como *argumento de autoridade*.⁹

E assim solidificava-se o caminho, descrito pelo Professor Carlos Frederico Marés, de transformação da concepção da *terra* como um bem de utilidade comum, de todos, para a noção de propriedade individual, essencialmente excludente do outro.

⁵ “Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

⁶ Segundo lições do Professor Gustavo Tepedino, os aspectos interno e externo comporiam a estrutura da propriedade (TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 85, v.306, 1989, p.73).

⁷ “7. A posse das cousas é a exterioridade da propriedade. Sómente esta noção pôde expressar, como a posse a propriedade se unem mutuamente, conforme o quer o interesse do commercio. Assim concebida, a posse acompanha sempre a utilidade economica da propriedade e o proprietário não tem que receiar que o direito o abandone enquanto usar da cousa de um modo conforme com o seu destino” (IHERING, Rudolf Von. *O fundamento dos interdictos possessorios*. Tradução de: Adherbal de Carbalho. 2.ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1908, p.241). Merece destaque, todavia, a crítica de Michel Villey, ao destacar que essa releitura do Direito Romano foi orientada para a adequação dos interesses liberais: “Pode ser útil notar que estas fórmulas absolutistas não são romanas; encontram a sua origem, em lugar de em Roma, na filosofia moderna liberal individualista (e o que se chama correntemente ‘tipo romano de propriedade’ não deveria ser assim designado). Em Roma, de fato, os poderes do proprietário sofriam diversas limitações, provenientes não apenas dos hábitos familiares, mas também do controlo do censor e mais tarde das leis imperiais. Mas sobretudo, os juristas romanos parecem ter-se absteido de dar alguma definição dos poderes do proprietário: o fim do direito em Roma, era apenas repartir as coisas e não de medir poderes” (grifo nosso, cf. VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Porto : Resjurídica, 1990, p.131).

⁸ A despeito do posterior posicionamento da doutrina, apontando diversos elementos subjetivos da noção de posse no Código Civil de 1916 (nesse sentido, v.g., a crítica de Luiz Edson Fachin e Darcy Bessone), essa era a *mens legislatoris*. Nas palavras de Clóvis Bevilacqua: “O código civil brasileiro foi o primeiro a consagrar, inteira e francamente, a doutrina de Jhering sobre a posse”. (BEVILAQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1955., p.965). No mesmo sentido, BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil*. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 1961, p.19.

⁹ Nesse sentido, destaca-se a crítica do Professor Darcy Bessone: “Em lugar de se aplicarem os douts à elaboração de uma teoria da posse compatível com os novos fatos da vida, Savigny preferiu devotar-se a profundas pesquisas sobre a posse em Direito Romano, este compatível só com as realidades de 1800 anos antes. Conseqüência desse diletantismo intelectual foi a réplica de Jhering. O fulgurante duelo atraiu as atenções de todos para o que era a posse ao tempo de Roma, não para o que ela era no século XIX. Ninguém se dispôs à criação ou, pelo menos, à recriação de concepções coadunáveis com a era seguinte à Revolução Francesa e aos códigos napoleônicos. Todos, por mais penetrantes que fossem, esqueceram-se da evolução sofrida pelos fatos e pela economia que deveria refletir-se no Direito, mas à qual este não se mostrou sensível. No Brasil, principalmente nos aprofundados estudos de Emundo Lins e Tito Fulgêncio, o vírus também se instalou. Até mesmo os juristas mais modernos continuam a discutir as análises do direito possessório romano de vinte séculos atrás, não o que concerne às realidades da vida contemporânea” (BESSONE, Darcy. *Da posse*. São Paulo : Saraiva, 1996, p.6).

Essa noção, por sua vez, seria protegida pelo manto de um *conceitualismo* que sustentaria a idéia de que a apropriação dos bens sempre foi assim no mundo, sendo apenas e tão-somente, refletida na letra da lei dos Códigos Liberais.¹⁰

III. A crise de um modelo individual de apropriação dos bens.

As estruturas individualistas e, por conseqüência, fortemente excludentes, descritas no tópico precedente, não conseguiram se sustentar pela eternidade pretendida por alguns de seus teóricos.

Diversos fatores contribuíram para uma alteração desse modelo, que vão desde as lutas e reivindicações daqueles que eram destituídos da posição de proprietários, até as próprias insuficiências internas do idealizado liberalismo, que – longe de semear o bem estar pela livre atuação dos agentes econômicos –, sustentaram a desigualdade material entre os indivíduos e uma rígida separação entre Estado e sociedade civil.

Nesse trajeto histórico, dentre outros acontecimentos, merece destaque o posicionamento da Igreja Católica – especialmente por intermédio da Encíclica *Rerum Novarum* (1891)¹¹ –, os movimentos sociais europeus e latino-americanos ao final do século XIX e início do século XX, a doutrina marxista e a Revolução Russa de 1917, sem prejuízo da grande crise do capitalismo em 1929 e das duas grandes guerras.¹²

E assim, a opressão dos excluídos e a desfuncionalidade da liberdade irrestrita para a própria sobrevivência do capitalismo, compeliu o Estado a atuar em dois sentidos¹³:

¹⁰ MARE'S, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003, p.17-38.

¹¹ Por meio da Encíclica *Rerum Novarum* do Papa Leão XIII, a Igreja Católica manifesta-se expressamente contra o socialismo como remédio para as mazelas sociais, consagrando a propriedade como um direito natural que, todavia, deve ser destinado ao benefício de todos: "Parte Prima. Il socialismo, falso rimedio (...) A rimedio di questi disordini, i socialisti, attizzano nei poveri l'odio ai ricchi, pretendono si debba abolire la proprietà, e far di tutti i particolari un patrimonio comune, da amministrarsi per mezzo del municipio e dello stato. (...) Ma questa via, non che risolve le contese, non fa che danneggiare gli stessi operai, ed è inoltre ingiusta per molti motivi, giacché manomette i diritti dei legittimi proprietari, altera le competenze degli uffici dello Stato, e scompiglia tutto l'ordine sociale (...) La proprietà privata e di diritto naturale (...) la natura deve aver dato all'uomo il diritto a beni stabili e perenni, proporzionati alla perennità del soccorso di cui egli abbisogna, beni che può somministrargli solamente la terra, con la sua inesauribile fecondità. (...) La terra, per altro, sebbene divisa tra i privati, resta nondimeno a servizio e beneficio di tutti, non essendovi uomo al mondo che non riceva alimento da essi" (*Rerum Novarum*. In: www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals. Acessado em 10.03.2003). A importância da Encíclica *Rerum Novarum* advém de um posicionamento da Igreja, em busca de um *tertium genus* entre o culto liberalismo puro e o socialismo. Consta na Pequena Enciclopédia de Doutrina Social da Igreja que "Leão XIII, há 100 anos, alertava para as graves conseqüências dos dois sistemas que já, como correntes ideológicas, assediavam a consciência católica: o liberalismo capitalista exaltara a liberdade ao preço de uma imensa iniquidade social; o coletivismo socialista reivindicava a igualdade ao preço de um sacrifício intolerável da Igreja" (Verbetes *Rerum Novarum*. In: *Pequena enciclopédia de doutrina social da Igreja*. São Paulo : Loyola, 1992, p.320-391. Sobre o assunto, conferir, ainda, dois importantes textos católicos: Discurso Inaugural de João Paulo II na 3ª Conferência geral do episcopado latino-americano e constituição *gaudium et spes* sobre a igreja no mundo atual.

¹² Nas palavras do Professor Carlos Frederico Marés "ninguém podia mais concordar com o desumano contrato de trabalho da indústria européia e poucos deixavam de criticar as condições a que foram submetidos o povos dos outros continentes pelo colonialismo. A reformulação dos Estados estava na ordem do dia e os Movimentos Políticos disputavam entre si proposta inovadoras lançando ao futuro esperanças de melhores dias. Viviam-se momentos de grandes expectativas, lutas e esperanças" (MARE'S, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003, p.82-83).

¹³ CORTIANO JUNIOR, Erolth. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002, p.138.

a) em direção ao econômico, por meio de mecanismos de correção do mercado; b) recuperação, para os excluídos, do sentido do viver social.

Para tanto, o Estado – antes visto como mero garantidor das posições de igualdade formal, liberdade e propriedade –, passa a tomar a posição de agente atuante para a *promoção* de condutas socialmente desejáveis, bem como para controle do mercado no sentido de proteção do sistema de trocas capitalista.

É nesse contexto que as idéias de *função social da posse e da propriedade* vêm à tona – não apenas como crítica da doutrina social da igreja ou da crítica marxista –, mas como algo absorvido como imperativo de uma nova organização entre Estado e Sociedade, bem como de uma nova ordem para a apropriação dos bens entre particulares, sem implicar em uma verdadeira *ruptura* com o sistema de troca capitalista.

Os conflituosos objetivos de contextualização social da propriedade e manutenção do sistema de trocas capitalista foram ganhando espaço no direito positivo, sobretudo no constitucionalismo do século XX, bem como nas legislações infra-constitucionais.

Merece destaque, nesse sentido, a articulação normativa encontrada na América Latina, especialmente na Constituição do México de 1917, na Carta Soviética de 1918 – chamada de Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado (na qual negava-se o próprio direito individual de propriedade¹⁴) – e, por fim e *posteriormente*, no velho mundo europeu capitalista, com a Constituição Alemã de 1919.¹⁵

Essa transformação não foi linear. Podem ser percebidos avanços e retrocessos legislativos, ao sabor das concretas posições políticas e ideológicas firmadas ao longo do século XX, que acabavam por refletir o dilema do mundo, entre o caminho socialista aberto pela revolução Russa e a remodelagem proposta pelos chamados Estados do bem estar social.¹⁶ Daí a percepção de uma grande mutabilidade nessa matéria, refletindo avanços e retrocessos próprios da tensão entre incluídos e excluídos, sob o chão das diversas nacionalidades.

¹⁴ “Capítulo II. Visando precipuamente a suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países, o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes dos deputados operários, soldados e camponeses decide o seguinte: 1.º A fim de realizar a socialização do solo, fica extinta a propriedade privada da terra; todas terras passam a ser patrimônio nacional e são confiadas aos trabalhadores sem nenhuma espécie de reembolso, na base de uma repartição igualitária em usufruto” (Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado. In: www.eselx.ipl.pt/cidadania/tratados/1918.htm. Acesso em 13.02.03).

¹⁵ Ao retratar esse desenvolvimento histórico, o Professor Carlos Frederico Marés chama atenção para a especial importância da Constituição Mexicana de 1917 no contexto histórico da América Latina: “ (...) a Constituição Mexicana de 1917, ainda vigente, foi um marco mais importante do que a de Weimar porque organizava o Estado contemporâneo em uma região cujos conflitos não se estabeleciam entre camponeses servos transformados em trabalhadores livres e a propriedade, mas entre camponeses livres, na grande maioria indígena, que queriam continuar sendo livres e indígenas contra o novo regime de propriedade privada, tal como ocorreu em Canudos e Contestado. Daí que esta Constituição tem uma cara marcadamente agrária, nitidamente camponesa e forte sotaque latino-americano” (MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003, p.93).

¹⁶ MARÉS, p.95

No Direito Brasileiro, a despeito desse processo ter começado algumas décadas mais tarde, pode-se dizer que desde adoção da forma republicana, perpassando pelos regimes autoritários, pela redemocratização constitucionalista e agora, pelo Novo Código Civil, esses *avanços e retrocessos* entre concepções *individuais e sociais* do direito de propriedade podem ser percebidos.

A Constituição Brasileira de 1934 apresenta-se como primeiro marco histórico de uma alteração normativa da propriedade. Nesse sentido, determina o seu artigo 113 que “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na fórmula que lei determinar”.

Referido caminho foi obstruído pela Constituição de 1937, nomeadamente pelo artigo 122, inciso 14, que deixava de se reportar ao interesse social, ao garantir o direito de propriedade.¹⁷

A restrição do direito de propriedade ao bem estar social volta a aparecer na Constituição Brasileira de 1946, que em seu artigo 147 enuncia que “O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá com observância do disposto no artigo 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”

Nesse caminho, em novembro de 1964 (pouco tempo após o golpe militar), o Presidente Castello Branco sanciona a Lei n.º 4.504, de 30 de novembro de 1964, chamada de “Estatuto da Terra”.

É nessa Lei que, pela primeira vez, utiliza-se a expressão *função social* atrelada à *propriedade da terra*, não apenas como limitação de um direito, mas também como garantia de acesso à terra.

Merece destaque o artigo 2.º do Estatuto da Terra que determina: “É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. §1.º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem”.

Em seqüência, a Constituição Federal de 1967, em seu artigo 157¹⁸, e a Emenda Constitucional de 1969, em seu artigo 160¹⁹, adotam expressamente a função social da

¹⁷ “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 definidos nas leis que lhe regularem o exercício (redação dada pela Lei Constitucional n.º 5, de 10.03.1942).

¹⁸ “Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III – função social da propriedade”

¹⁹ “Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios: (...) III. função social da propriedade”.

propriedade, abrindo caminho para o especial tratamento da matéria encontrado na Constituição de 1988.

Sob essa perspectiva é que entendemos ser necessário um esforço teórico para uma contextualização da função social da propriedade, em razão do Novo Código Civil, bem como de sua necessária interpretação à luz da Constituição Federal de 1988.

IV. A Constituição Federal de 1988 como fundamento dogmático da propriedade.

Pode-se dizer que, atualmente, no direito brasileiro, o fundamento jurídico da propriedade não mais se encontra no Código Civil. O primeiro e principal fundamento dogmático-jurídico da propriedade se encontra na Constituição Federal.

Na Constituição Federal de 1988, a propriedade é qualificada como direito e garantia fundamental e como princípio da ordem econômica (artigos 5.º, *caput* e inciso XXII e no artigo 170, inciso III).

Um olhar penetrante sob o modelo dogmático estabelecido na Constituição da República demonstra a ocorrência de uma sensível alteração desse instituto em relação ao velho código civil de 1916. Estaria o Código Civil de 2002 nesse mesmo compasso?

IV.I. A propriedade: de direito subjetivo individual à categoria de instituto da ordem econômica.

Analisando a Constituição de 1988, a primeira consideração que deve ser feita quanto ao tema diz respeito à alteração da propriedade, de simples direito subjetivo – que determinaria poderes ao seu titular –, para *princípio geral* da organização social e econômica da sociedade.

O autor português Cabral de Moncada, ao tratar dessa re-categorização da propriedade – ocorrida em termos similares no ordenamento jurídico Português –, lança lições que nos parecem apropriadas para a compreensão da noção de propriedade como *instituto da ordem econômica e social*:

“se conclui que a nossa Constituição trata a propriedade muito mais como instituto econômico que como direito subjetivo acentuando preferencialmente a sua estrutura de princípio geral de organização econômica a par de outros, em vez da sua estrutura defensiva de direito subjetivo liberal contra o Estado. Esta preferência acaba por determinar o tratamento constitucional da propriedade privada, ao sabor do programa econômico e social da Constituição, diminuindo o âmbito dos poderes e faculdades que tradicionalmente lhe estão associados”.²⁰

²⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 2.ed. Coimbra : Coimbra ed., 1988, p.153

Nada, propriamente, para se estranhar. No século XX tornou-se claro que a configuração do instituto da propriedade representava um dado fundamental de identificação de algumas das escolhas fundamentais em matéria de constituição econômica. Escolhas entre a propriedade privada ou coletiva... Escolhas entre uma economia planificada ou uma econômica de mercado... Na medida em que todas essas escolhas desembocam em uma determinada concepção de propriedade, inevitavelmente, esta base fundamental para a organização da sociedade deveria ser determinada na Constituição de cada país.²¹

Pode-se perceber, assim, que a alocação da propriedade dentre os direitos e garantias fundamentais – bem como dentre os princípios da ordem econômica –, colore este instituto com um *status* diverso do individualismo próprio ao direito subjetivo absoluto, preconizado no século XVIII e XIX.

É verdade que, na qualidade de instituto da ordem econômica e social, a propriedade, continua sendo *funcionalizada* a um contexto de *livre iniciativa* (art. 1.º, inc. IV, art. 170, *caput*), sustentando as atividades de produção e circulação de riquezas.²²

Trata-se, justamente, de um instituto inserido na conflituosidade própria a um texto constitucional *compromissório* com diferentes setores da sociedade, promotor e garantidor de direitos fundamentais que, segundo expressão cunhada pelo Professor José Antonio Peres Gediel, devem propiciar uma *pedagogia da cultura jurídica nacional*.²³

Sob a conformação de instituto da ordem econômica e social, portanto, a propriedade – para além dos interesses egoísticos do sujeito proprietário –, *submete-se* e deve *subverter-se* aos objetivos constitucionalmente estabelecidos de promoção da dignidade da pessoa humana (art.1.º, III, C.R., art. 170, *caput*), da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, II, C.R.) da erradicação das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, III, art. 170, VII), da defesa do meio ambiente (art. 170, VI) e de todo o composto que integra o projeto fundamental da Constituição da República.

Destaque-se que a fundamentação constitucional, por si só, não retira o aspecto conflitivo que o exercício do direito de propriedade, inevitavelmente, enseja em uma sociedade materialmente desigual. Apontam-se, todavia, valores predominantes que devem prevalecer a partir das escolhas que marcam o *cerne* do programa constitucional.

²¹RAISER, Ludwig. La costituzione economica come problema giuridico. *Il compito del diritto privato*. Milano : Giuffrè, 1990, p.33.

²² Partimos da noção de *iniciativa econômica* desenvolvida por Francesco Galgano: “Il concetto di iniziativa economica identifica, nella sua più lata accezione, l’attività di chi utilizza la ricchezza per produrre nuova ricchezza. La libertà che l’art. 41 riconosce ai privati è, perciò, libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali umane; è, in secondo luogo, libertà dei privati di organizzare l’attività produttiva e, quindi, è libertà dei privati di decidere che cosa produrre, come produrre, dove produrre” (GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 10. ed. Padova : Cedam, 1999. p.501).

²³ GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, p.153. Sobre o princípio da liberdade de iniciativa e sua relação com outros valores constitucionais, cf. OPPO, Giorgio. L’iniziativa economica. *Rivista di Diritto Civile*. Padova, Cedam, a.XXXIV. n.3. mai./giu. 1998. p.309.

Conforme magistério do Professor José Antonio Peres Gediél:

“(...) a atividade econômica, como expressão e exercício da livre iniciativa, da propriedade privada e da livre disposição dos bens individualmente apropriados, só se torna possível ao se apresentar conformada pelo respeito à dignidade humana e pelos direitos fundamentais”.²⁴

A propriedade, na qualidade de instituto da ordem econômica, ao mesmo tempo que reflete as dinâmicas materialmente contraditórias de uma realidade econômica conflituosa, traz consigo o vetor proveniente das opções constitucionais traçadas em 1988.

IV.II. A função social da propriedade.

A segunda grande alteração no texto Constitucional corresponde à determinação da função social da propriedade como direito e garantia fundamental, bem como princípio da ordem econômica (artigo 5.º, inciso XXIII e artigo 170, inciso III, ambos da Constituição da República).

Quais as conseqüências dessa nova conformação da propriedade, dita *funcionalizada*? A resposta tem sido desenvolvida amplamente pela doutrina, sob diversos enfoques.

Em linhas gerais – expostas, propositadamente, de modo esquemático –, podemos dizer que as principais conseqüências da função social da propriedade são as seguintes: a) ruptura da unicidade da propriedade; b) alteração do *próprio* conteúdo do direito subjetivo de propriedade.

IV.II.I A ruptura da unicidade da propriedade.

Como direta decorrência do racionalismo moderno, os códigos liberais pretendiam encerrar toda e qualquer noção de propriedade sobre o mesmo plexo de poderes: usar, gozar, dispor e reaver de quem quer que injustamente detenha.

Na medida em que a propriedade é funcionalizada, pode-se vislumbrar a ruptura dessa unicidade da propriedade. Este fenômeno pode ser percebido, no direito brasileiro, mediante pelo menos duas perspectivas: a) as diferenças entre o *direito de propriedade* e o direito à propriedade; b) o reconhecimento de uma diversidade de estatutos de propriedade, a partir da diversidade dos sujeitos de direito, bem como dos objetos de apropriação.

²⁴ GEDIÉL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003, p.156.

Quanto ao primeiro aspecto (a), pode-se dizer que a funcionalização social da propriedade promove uma ampliação de sua conformação, para além do conhecido direito **de** propriedade, para consolidar uma verdadeira garantia de acesso (direito) **à** propriedade.

Essas idéias são marcantes na obra do Professor Luiz Edson Fachin, retratadas em sua *teoria crítica do direito civil*:

“passa-se a entender que esse direito subjetivo tem destinatários no conjunto da sociedade, de modo que o direito de propriedade também começa a ser lido como **direito à propriedade**. Gera, por conseguinte, um duplo estatuto: um de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso”.²⁵

O *direito à propriedade* encontra-se determinado no *caput* do artigo 5º, *in fine*: “*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*”

O direito à propriedade detêm conteúdo diverso do direito real de propriedade, vez que se trata de um direito fundamental de acesso à propriedade de bens voltados para possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais anteriores – previstos no mesmo *caput* do artigo 5º – referentes à *vida, à liberdade, à igualdade, à segurança*.

Nos termos do artigo citado, tem-se que é impossível garantir a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança dos indivíduos, sem um mínimo de propriedade que lhes garanta o acesso ou a manutenção de uma *real* condição de dignidade.²⁶

O projeto constitucional aponta como elemento central, como diretiva básica, a *dignidade da pessoa humana* (artigo 1º, inciso III e artigo 170, *caput*), ou seja, concebe-se um direito à propriedade conectado com a a personalidade em sentido ético-jurídico e não, simplesmente, com a garantia da liberdade, conforme propugnado pelo pensamento liberal.²⁷

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro : Renovar, 2000, p.289. No mesmo sentido, conforme aponta o Professor Alcides Tomasetti Júnior, uma leitura atenta da Constituição Federal de 1988 propicia a distinção entre o direito à propriedade – correspondente a uma garantia de acesso à propriedade –, e o direito de propriedade, de titularidade dos proprietários, defendido pelo em conferência proferida no projeto “diálogos FEA & Largo de São Francisco”: “A propriedade, nesse contexto, assume um particular significado, que não se repete nos incisos XXII e XXIII do mesmo art. 5º. Uma coisa é o direito à propriedade; outra o direito de propriedade” (TOMASETTI JR, Alcides. A ‘propriedade privada’ entre o direito civil e a constituição. *Revista de direito mercantil*. a. XLI, n.126, p.125, abr/jun. 2002).

²⁶ Insere-se, nessa discussão, o chamado *direito à moradia*. Sobre o assunto, cf. CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. *Direito à moradia*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.32, n.127, p.49, jul./set. 1995.

²⁷ Conforme ensinamentos do Professor Alcides Tomasetti Júnior: “No *caput* ao art. 5º da Constituição Federal, o direito à propriedade garante-se, no mais elevado plano, juntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança. Parece que o direito à propriedade, neste contexto, tem um sentido axiologicamente personalístico, coextensivo à ‘dignidade da pessoa humana’, ou seja, a um dos fundamentos da ordenação constitucional do Estado Democrático de Direito (CF, 1º, inciso III). Cuida-se da propriedade (em senso larguíssimo) no grau ético máximo, em que se hajam de estadar tanto a instituição social (fenômeno pré-positivo) como o reconhecimento e a tutela a ela predispostos pelo ordenamento jurídico (institutos jurídicos)” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentário ao recurso de apelação civil n.º 212.726-1/8 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista dos Tribunais*, a.85, v.783, jan. de 1996, p.204-223).

Esse duplo caminho – fundamentado à luz do personalismo ético –, propiciaria um direito de acesso a um patrimônio mínimo –essencial para sustentar um mínimo de dignidade humana²⁸, bem como a percepção da *dignidade da pessoa humana* inserida em um contexto social.

A distinção entre o direito de propriedade e o direito à propriedade, todavia, não esgota o rompimento da unicidade do direito de propriedade.

Na medida em que a propriedade passa a ser vista como instituto da ordem econômica, reconhece-se que nem todos os objetos de propriedade devem ser tratados da mesma forma (e por consequência, reconhece-se a inexistência de um estatuto único para a propriedade), bem como reconhece-se que nem todos os proprietários devem ser tratados da mesma forma.

Com efeito, parece difícil crer que diante de uma enorme diversidade de bens passíveis de apropriação (bens de produção, bens de consumo, bens materiais, bens móveis, bens imóveis, bens imateriais, etc.) *seria possível manter o mesmo fundamento jurídico único* para sustentação do exercício da propriedade sobre esses diversos bens.

Pode-se dizer que ocorre uma diversificação da noção de propriedade – e, por consequência, dos seus respectivos estatutos–, em razão da diversidade de bens sujeitos à apropriação, bem como em razão da diversidade das condições materiais dos sujeitos em relação a esses bens.²⁹

Essa multiplicidade de estatutos das ‘propriedades’ pode ser percebida, na Constituição Federal de 1988, pela diferente configuração da função social da propriedade imobiliária urbana (art. 182, §2.º, C.R.) em relação à propriedade imobiliária rural (art. 186, C.R.), bem como nos diferentes caminhos traçados, pelo direito infra-constitucional, para reger o exercício do domínio sobre esses bens (expressivo exemplo é dado pelo Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257/2001, bem como na diversidade de sanções para os casos de descumprimento).³⁰

²⁸ Sobre o assunto, cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

²⁹ Conforme aduz Cabral de Moncada, “há assim um conjunto de diversos <estatutos> da propriedade variando em cada caso o acervo de poderes e facultades que englobam, de acordo com a natureza de cada bem. Há assim que proceder a uma cuidadosa distinção entre os variados objetos do direito de propriedade” (MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2.ed. Coimbra : Coimbra ed., 1988, p.157). A *funcionalidade* destinada aos bens sujeitos à apropriação também contribui para a ruptura da unicidade da propriedade. Segundo magistério do Professor Fábio Konder Comparato, v.g., a taxionomia da propriedade – para além do binômio entre propriedade móvel e imóvel –, destaca as diferenças entre a propriedade *funcionalizada* ao consumo e a propriedade *funcionalizada* à produção. COMPARATO, Fábio Konder. *Função social da propriedade dos bens de produção. Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo : Saraiva, 1990, p.27

³⁰ Importantes consequências da distinção entre *bens de produção* e *bens de consumo* são extraídas pelo Professor Alcides Tomasetti Júnior: “o ‘direito à propriedade’, a que alude o *caput* do art. 5.º, da Constituição Federal, implica, desenganadamente, a pertinência de *bens de consumo em sentido estrito* – isto é, destinados, ao desfrutamento pessoal no círculo individualizado em que figura o titular deles (*‘propriedade personalíssima’*) –, e isto sem prejuízo dos chamados *bens sociais*, correlacionados à *seguridade, à educação e à cultura, ao meio ambiente, à proteção da maternidade, da infância e da senectude*. Os *bens de produção* não se podem conter num espaço vital individualizado. A propriedade privada dos bens de produção redunha em poder sobre os *bens* que também se projeta e se exerce sobre *homens*. Não é por outra razão que a propriedade privada sobre os bens de produção – a qual dá suporte decisivo à livre iniciativa empresarial, configuradora, por excelência, da atividade econômica, consoante o modelo constitucional (arts. 1.º, III; 170, II e 173, *caput*) – está funcionalizada à meta de ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’” (TOMASETTI JR, Alcides. A ‘propriedade privada’ entre o direito civil e a constituição. *Revista de direito mercantil*. a. XLI, n.126, p.126, abr/jun. 2002)

Além da pluralidade de estatutos, pertinente à diversidade de bens, também reconhece-se uma diversidade de estatutos em razão da diversidade de potenciais titulares. Conforme aduz Cabral de Moncada,

“bem vistas as coisas a proteção constitucional e legislativa da propriedade varia também consoante a qualidade do respectivo titular. Atente-se na diferença de tratamento concedida pela Constituição e pela lei ao latifundiário e ao minifundiário, ao grande, médio e pequeno empresário, ao cultivador direto, ao rendeiro, e ao proprietário absentista no caso da propriedade agrícola, ao desfavorecimento de uns em benefício da situação subjetiva dos outros (no caso a proteção da concorrência, a produtividade da pequena propriedade, o combate ao grande poder econômico privado, etc.)”.³¹

A propriedade, portanto, é repensada a partir da multiplicidade de necessidades de um homem que – para além da abstração da noção de sujeito de direito –, encontra-se inserido em um determinado contexto, cuja consolidação de sua personalidade exige a satisfação de um *concreto e real* espaço vital.³²

Nesse ponto, todavia, não se pode negar o fato de a Constituição Federal tratou a matéria *aquém* da evolução encontrada na própria legislação infra-constitucional.

O Estatuto da Terra – a despeito de ser uma Lei infraconstitucional de 1964 –, determina relevantes diferenças (restritivas) de regimes para os latifúndios em relação às demais espécies de propriedade. Foram diversificados os estatutos de propriedade, portanto, segundo um critério fundamental: a distinção da simples propriedade privada do *latifúndio*.³³ Nesse assunto, a Constituição Federal silenciou...

³¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2.ed. Coimbra : Coimbra ed., 1988, p.158

³² É nesse sentido que o professor Pietro Perlingieri defende a existência de propriedades e não propriedade no direito civil contemporâneo: “Em geral, com base nas razões de ordem qualitativa, propõe-se uma distinção entre os vários regimes de propriedade em relação ao diverso bem que é seu objeto. Esse é um perfil que pode ser aceito, mas que deve ser correlacionado, integrado com outro de natureza quantitativa: A disciplina da propriedade ao nível constitucional – mas já para o Código Civil – é diversa segundo esta incida sobre um bem de consumo ou de produção; a distinção, de natureza econômica, tem relevância também jurídica (art. 43 e 44 Const.). A disciplina do bem varia segundo a titularidade da faculdade de gozo sobre ele pertença a uma particular que exerça, ou não, uma atividade empresarial” (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 1997, p.218). Eis a readequação essencial da propriedade a partir do personalismo ético, seguindo a doutrina do Professor Alcides Tomasetti Júnior, pode-se dizer que: “O personalismo ético energe na propriedade o primado da possibilidade de que o ser humano – com os bens ou graças aos bens a ele atribuídos como próprios – tenha a oportunidade de criar, expandir e consolidar a sua personalidade, na medida em que se lhe assegure, juridicamente, o desfrute de um espaço vital, individualizado ao ponto de favorecer o surgimento de uma pessoa, em sentido ético-jurídico, de um ente dotado de liberdade e dignidade (o que significa ser um fim em si mesmo; único, e irredutível a fins alheios). Em suma: o fundamento ético da propriedade pessoal dessume-se da circunstância de que o indivíduo, pelo intermédio dela, cria um ‘ambiente vital’, ou uma ‘esfera personalíssima de influência’, de que é titular em situação de fluxos relacionais recíprocos, tanto que, àquele ‘ambiente’, imprime o próprio caráter, o qual, nesse mesmo ambiente se reflete, se revela, se constrói e se reconstrói, interativamente” (TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentário ao recurso de apelação cível n.º 212.726-1/8 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista dos Tribunais*, a.85, v.783, jan. de 1996, p.215).

³³ GEDIEL, José Antonio Peres. Anotações da disciplina de Direito Reais, no ano de 1997, no curso de graduação da Faculdade de Direito da UFPR.

Considerando que um dos mais graves problemas da propriedade – na qualidade de instituto da ordem econômica e social –, reside justamente na manutenção de inúmeros latifúndios, ao arrepio de qualquer projeto sério de reforma agrária, o silêncio constitucional parece grave, a despeito de não haver propriamente uma contrariedade, nesse aspecto, entre o Estatuto da Terra e a Constituição da República.

IV.I.II O direito de propriedade funcionalizado: posições jurídicas ativas e passivas atribuídas ao sujeito proprietário.

A consagração da função social da propriedade não poderia deixar de alterar o próprio conteúdo do velho direito subjetivo reconhecido ao proprietário.

A alteração do direito subjetivo de propriedade, por sua vez, pode ser percebida na medida em que não mais apenas se atribuem poderes ao titular desse direito, mas também deveres que – para além de meras restrições extrínsecas –, condicionam a própria conformação e o reconhecimento desse direito.

Nesse sentido, o Professor Erolths Cortiano Júnior assevera que

“como a função social é um elemento essencial definidor do próprio direito de propriedade, e não uma técnica jurídica limitativa do exercício dos poderes proprietários, pode-se afirmar que não há propriedade sem função social. Equivale dizer: o proprietário que não faz cumprir a função social da propriedade não merece a tutela que é atribuída ao proprietário que utiliza sua propriedade de forma adequada ao interesse social”.³⁴

Igualmente enfático a este respeito, é o posicionamento do Professor Gustavo Tepedino:

“A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social, poder-se-ia assinalar, como patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio, inserindo-se em seu ‘*perfil interno*’ e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um ‘*massimo sociale*’. Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre a sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico”.³⁵

³⁴ CORTIANO JÚNIOR, Erolths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.184. O Professor Alcides Tomasetti Júnior, em comentário a acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, explica a ocorrência de uma alteração na própria ação em sentido material do titular do domínio: “a ação (em sentido material) para que o titular de direito de domínio, sobre lotes residenciais urbanos, possa haver (não se tratava de reaver) a posse da coisa, tem de ser julgada em adequação ao modelo constitucional de propriedade, desacolhendo-se a pretensão real à inmissão quando não seja justamente deduzida, conforme o princípio da função social” TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. Comentário ao recurso de apelação cível n.º 212.726-1/8 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Revista dos Tribunais*, a.85, v.783, jan. de 1996, p.209.

³⁵ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In MENEZES DIREITO, Carlos Alberto (org). *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.323-324. Em sentido contrário, ainda que em texto datado, o posicionamento do Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello: “a propriedade está claramente configurada como um direito que deve cumprir uma função social e não como sendo pura e simplesmente uma função social, isto é, bem protegido tão só na medida em que a realiza” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público*. *Revista de Direito Público*, n. 84, p.41).

Nessa toada, a jurisprudência brasileira tem apresentado soluções interessantes, ao decidir conflitos nos quais a *própria noção do clássico direito subjetivo de propriedade* confrontava-se com a realidade.

Vale citar, a respeito deste posicionamento da doutrina, paradigmático acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo Desembargador José Osório, que julgou improcedente a ação vindicatória de domínio proposta contra favela consolidada sobre terreno urbano loteado:

“O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5.º, XXII e XXIII; 170, I e III; 182, 2.º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário. (Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, ‘Direito Constitucional Positivo’, 5.ed., p.249/0, com apoio em autores europeus).

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos”.³⁶

³⁶ Recurso de apelação cível n.º 212.726-1/8 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publicado na *Revista dos Tribunais*, a.85, v.783, jan. de 1996, p.208, com subseqüentes comentários do Professor Alcides Tomasetti Júnior. Cite-se, ainda, acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Ruy Portanova: “O art.5.º da Constituição Federal diz: inciso XXII: é garantido o direito da propriedade. Inciso XXIII: a propriedade atenderá sua função social. Minha interpretação. Só é propriedade aquela que tiver função social. Propriedade é função. E social” (STROZAKE, Juvelino José (org.) *Questões agrárias: julgados comentados e pareceres*. São Paulo : Método, 2002, p.32).

A função social da propriedade, ainda, cria uma série de poderes atribuídos aos não proprietários, consubstanciados, justamente na tutela do interesses de que as propriedades, dos demais titulares, *efetivamente* cumpram com sua função social.

Pode-se perceber, nesse sentido, uma *substancial* alteração do direito de propriedade que, definitivamente, não pode ser mais percebido como um direito que implica na *exclusão do outro*. A propriedade funcionalizada exige justamente a interação com o *outro*, propiciando conseqüências até mesmo opostas à noção clássica de propriedade.

V. A função social da propriedade no Novo Código Civil.

O Novo Código Civil – para dizer o menos –, não promove qualquer alteração *efetivamente* substancial na noção da propriedade. Basta notar que sua *menção* à funcionalização da propriedade resume-se apenas a um aspecto meramente externo, vinculado muito mais à vedação de um exercício abusivo dos poderes do proprietário do que a uma alteração da clássica noção da propriedade.

Chama a atenção, nesse sentido, os parágrafos primeiro e segundo do artigo 1.228, que disciplina o direito de propriedade:

“Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§1.º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§2.º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem (...).”

O texto desses dispositivos do Código Civil Brasileiro que recentemente entrou em vigor, se comparados com o entorno social da realidade brasileira, com a Constituição Federal, bem como com o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial acima citados, demonstra uma grave *defasagem* de momentos que, por sua vez, denuncia uma fratura entre o texto do *codex* e a vida.

É verdade que a boa hermenêutica deve impedir retrocessos, na medida em que a Constituição Federal é que deve conformar a disciplina do Código Civil. Nunca o contrário.

Não é menos verdade, todavia, que em um campo no qual o *político* e o *jurídico* encontram-se tão próximos, o texto do Novo Código *referencia* um posicionamento teórico diverso daquele conquistado a partir da paulatina construção doutrinária e jurisprudencial consolidada.

A disciplina da apropriação e exercício do poder sobre os bens em um país no qual a escassez, aliada a uma injusta distribuição, provoca tanta distorção social não pode aplaudir um retrocesso legislativo. Até mesmo porque, a história do Brasil demonstra que em um campo de tantos conflitos, o que ocorre são avanços e retrocessos, sendo que a regra jurídica é apenas um dos elementos que influenciam esse processo.

Ainda que a melhor doutrina identifique a função social da propriedade como uma cláusula geral, que por meio de uma constante comunicação *inter, intra* e *extra-sistemática* comporia uma constante atualização de um sistema parcialmente aberto³⁷, não convém desprezar a força que uma regra do Código Civil acaba apresentando como ponto argumentativo para construção de uma sentença, voltada para decidir questões de *propriedade* na realidade brasileira.

Em um contexto um tanto quanto diverso, passados dez anos de vigência da Constituição Italiana de 1948, Piero Calamandrei procurou fazer um balanço entre o *compromisso constitucional inicial*, as afirmação de um *inadimplemento constitucional* e a diferença entre a *constituição de fato e de direito*.

Logo nas primeiras páginas, denunciava-se a crítica do prestigiado pensador com a provocativa assertiva de “*como si fa a disfare una Costituzione*”³⁸. Uma das estratégias para se *desfazer uma constituição*, citadas por Calamandrei, se dava justamente pela alteração da legislação infra-constitucional

Até que ponto podemos refletir sobre o novo Código Civil iluminados pela provocação de Calamandrei? Certamente, passado apenas um ano da entrada em vigor no Novo Código Civil, inexistem dados para um posicionamento consolidado. Ainda assim, pode-se refletir...

Se o final do século XX foi marcado pela busca por uma *constitucionalização do direito civil brasileiro*, esperava-se que no século XXI a doutrina e jurisprudência pudessem concentrar esforços por novos caminhos a partir daquilo que já se consolidava.

³⁷ “a técnica utilizada foi a das cláusulas gerais, que permitem tanto a ligação intra-sistemática (entre as normas do próprio código) quanto a conexão intersistemática (por exemplo, entre o Código e a Constituição) e mesmo extra-sistemática (remetendo o intérprete para fora do sistema jurídico, a fim de concretizar determinado valor ou diretiva” (MARTHINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da ‘ética da situação’. In: MARTHINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002, p.99).

³⁸ CALAMANDREI, Piero. *Questa nostra costituzione*. Milano : Bompiani, 1995, p.4.

O retrocesso do novo Código Civil, todavia, reabre a discussão do século passado e, com isso, exige que se tire mais suco da mesma fruta, perdendo-se a oportunidade de descobrir novos pomares. Na melhor das hipóteses, apenas perda de tempo. Na pior das hipóteses, uma coincidência que, ao lado das últimas emendas constitucionais editadas nos últimos anos, infelizmente denotam algo mais significativo.

VI. Referências bibliográficas.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Novos Aspectos da função social da propriedade no direito público. **Revista de Direito Público**, n. 84, p.41.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de direito civil**. 4.ed. São Paulo : Saraiva, 1961.

BESSONE, Darcy. **Da posse**. São Paulo : Saraiva, 1996.

BEVILAQUA, Clóvis. **Código dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1955.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 2.ed. Brasília : ed.UNB, 1992.

CALAMANDREI, Piero. **Questa nostra costituzione**. Milano : Bompiani, 1995.

CODE CIVIL ALLEMAND. Traduction de l'Office de Législation étrangère et de Droit international. Paris : L.G.D.J, 1923.

CÓDIGO NAPOLEÃO OU CÓDIGO CIVIL DOS FRANCESES. Tradução de : Souza Diniz. Rio de Janeiro : Record, 1962.

COMPARATO, Fabio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Direito Empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo : Saraiva, 1990.

CORTIANO JUNIOR, Erolths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Direito à moradia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a.32, n.127, p.49, jul./set. 1995.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO POVO TRABALHADOR E EXPLORADO. In: www.eselx.ipl.pt/cidadania/tratados/1918.htm. Acesso em 13.02.03.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 10. ed. Padova : Cedam, 1999.

GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Anotações da disciplina de Direito Reais**, ano de 1997, curso de graduação da Faculdade de Direito da UFPR.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba : Moinho do Verbo, 2000.

IHERING, Rudolf Von. **O fundamento dos interdictos possessórios**. Tradução de: Adherbal de Carbalho. 2.ed. Rio de Janeiro : Francisco Alves, 1908.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: **Coleção os pensadores**. tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo : Nova Cultural, 1991.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003.

MARTHINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'. In: MARTHINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo : Saraiva, 2002

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito economico**. 2.ed. Coimbra : Coimbra ed., 1988.

OPPO, Giorgio. L'iniziativa economica. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, Cedam, a.XXXIV. n.3. mai./giu. 1998.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

Rerum Novarum. In: www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals. Acessado em 10.03.2003.

STROZAKE, Juvelino José (org.) **Questões agrárias: julgados comentados e pareceres**. São Paulo : Método, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. A nova propriedade (o seu conteúdo mínimo, entre o Código Civil, a legislação ordinária e a Constituição). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 85, p.73, v.306, 1989.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In MENEZES DIREITO, Carlos Alberto (org). **Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

TERRA, Ricardo Ribeiro. A doutrina kantiana da propriedade. **Revista do departamento de filosofia da FFLCH da USP**. São Paulo : Polis, 1983.

TOMASETTI JR, Alcides. A 'propriedade privada' entre o direito civil e a constituição. **Revista de direito mercantil**. a. XLI, n.126, p.125, abr/jun. 2002.

_____. Comentário ao recurso de apelação cível n.º 212.726-1/8 da 8ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista dos Tribunais**, a.85, v.783, jan. de 1996, p.204-223.

Verbete *Rerum Novarum*. In: **Pequena enciclopédia de doutrina social da Igreja**. São Paulo : Loyola, 1992.

VILLEY, Michel. **Direito Romano**. Porto : Resjurídica, 1990.

