# O SIGNIFICADO JURÍDICO DA EXPRESSÃO "FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE"

**João Alberto Schützer Del Nero***
*Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor titular de Direito Romano da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Professor assistente-doutor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.*

*1. Considerações Preliminares - 2. Direito e função Social do Direito - 3. Função Social e Direito de Propriedade - 4. Função Social e Constituições Brasileiras - 5. Considerações Finais*

## 1 - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

***1.1*** - A expressão "função social da propriedade" incorporou-se à linguagem jurídica contemporânea, sendo hoje em dia de uso corrente até mesmo nas constituições. Contudo, o sentido dessa expressão está bem longe de certa uniformidade, mostrando-se, pelo contrário, vago e ambíguo; ora reflete uma certa maneira de interpretar o direito positivo; ora uma determinada forma de conceber, sistemática ou filosoficamente, o próprio direito; ora transpõe para o campo jurídico algumas concepções econômicas e sociais sobre o papel desempenhado pelos bens imóveis — a terra, sobretudo. Por outro lado, essa falta de uniformidade de sentido descamba muitas vezes para discussões de caráter nitidamente ideológico, em que eventual consenso é ainda mais difícil. Tudo isso com sérios prejuízos para a ciência do direito, que, sendo forçada a compreender a expressão — até porque freqüentemente usada na legislação, mesmo a constitucional —, se vê diante de *vexata quaestio*.

Essas observações levam a pensar que a expressão "função social da propriedade" deveria ser analisada pragmática e funcionalmente, isto é, poderia chegar a compreender-se seu sentido se se identificasse a função jurídica por ela desempenhada, respondendo-se às seguintes indagações: **1.ª**) como e por que surge a dita expressão, no campo do direito?; e **2.ª**) para que se presta essa expressão, juridicamente falando?

***1.2*** - Nessa linha de raciocínio, conviria estudar a passagem do Estado liberal do século XIX para o Estado social do século XX, especialmente no que concerne aos reflexos jurídicos das novas concepções; depois, deter-se rapidamente na questão da propriedade privada dos bens; e, finalmente, para particularizar a reflexão, procurar identificar a função jurídica desempenhada pela expressão "função social da propriedade" no direito brasileiro — mais especificamente nas Constituições brasileiras de 1967-1969 e de 1988.

Eis aí os antecedentes deste despretensioso trabalho, cujo desenvolvimento sugerirá vários pontos que mereceriam mais detença e aprofundamento — impossíveis, lamentavelmente, dentro dos modestos limites que se lhe impôs.

## 2 - DIREITO E FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO

***2.1*** - A teoria geral do direito, a filosofia do direito e a hermenêutica jurídica não

poderiam manter-se à distância das novas exigências sociais e econômicas, surgidas a partir do século passado; se, num primeiro momento, coube à hermenêutica jurídica a tarefa de interpretar o direito objetivo segundo as necessidades de uma sociedade em muitos aspectos diferentes da sociedade liberal do século XIX — com sua ordem jurídica reproduzida especialmente pelos códigos civis —, logo depois a teoria geral do direito viu-se diante do desafio de compreender e explicar, cientificamente, um novo sistema jurídico — diverso dos sistemas axiomaticamente fechados então dominantes e cujo mais notável exemplo é o da pandectística alemã —, enquanto à filosofia do direito cumpria fundamentar a nova ordem jurídica — dada a insuficiência do positivismo, quer sociológico, quer legalista. Parece que o problema é apenas um, embora visto de três perspectivas diferentes, mas complementares e sucessivas: a necessidade prática de adequar o direito objetivo a novas situações exige respostas, isto é, soluções, da hermenêutica jurídica; e essas respostas ou soluções devem ser, depois, tratadas cientificamente pela teoria geral e fundamentadas pela filosofia do direito. Veja-se, com mais vagar, o que sucedeu.

Após as codificações do final do século passado e do começo deste, nota-se, nos países de sistema romanista, um contínuo trabalho da jurisprudência na busca de soluções novas para situações também novas. Nos primeiros tempos de vigência dos códigos, esse labor é praticamente nulo, mas, a pouco e pouco, os juízes a ele se entregam, atentos ao seu dever de hesitação cautelosa, porém com agilidade superior à dos jurisconsultos romanos e à dos juízes anglo-saxões. Com o passar do tempo, o direito privado de fato "vigente" — especialmente a teoria geral e o direito das obrigações — não pode mais ser deduzido apenas dos textos de lei[1].

Um exemplo notável encontra-se na teoria geral do negócio jurídico: com a evolução da sociedade — uma de cujas conseqüências é o surgimento dos negócios jurídicos em massa ao lado dos negócios jurídicos isolados —, a teoria da declaração de vontade e da conclusão negocial são harmonizadas por meio da transição da teoria da vontade da pandectística para o princípio da confiança ou da vigência, do controle judicial dos contratos-tipo e das condições gerais de contratação, bem como da teoria do silêncio no comércio jurídico. Na teoria das sociedades de fato, na das relações de trabalho de fato — enfim, na teoria dos contratos de fato —, deixa-se, à custa da autonomia privada, a concepção dos contratos como atos que envolvem apenas os próprios contratantes e passa-se a uma outra, em que se realça sua função social; de outro lado, a jurisprudência, preocupada com a justiça concreta do contrato, passa a examinar cuidadosamente os motivos individuais dos declarantes. Diga-se de passagem que essas conseqüências nada mais são do que reflexos da tensão — típica da evolução recente — entre as tendências tipificadoras e as concepções subjetivo-moralizantes no tocante à justiça individual dos casos concretos[2].

Toda essa evolução tem sua principal inspiração na crescente preferência pela função social de um direito quando confrontada com a situação jurídica meramente formal engendrada pela vontade das partes. Note-se, porém, que a Jurisprudência dos interesses não constitui a única teoria de interpretação influenciada pela concepção teleológica do direito — própria do naturalismo jurídico; na França, Duguit, Saleilles e Gény renovaram a hermenêutica jurídica a partir da definição do direito como função social[3].

---

(1) *Cfr.* Franz Wieacker — História do direito privado moderno, *tradução portuguesa de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian [s.d.], pp. 591 e 592.*

(2) *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 594 e 595.*

(3) *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 596 e 669.*

**2.2** - O cerne do princípio do Estado social está na limitação do conteúdo dos direitos subjetivos individuais: responsabiliza-se não apenas a sociedade, mas também o indivíduo, pela existência digna e pelo bem-estar dos outros. Na legislação do direito privado contemporâneo, essa responsabilização pode ser detectada sobretudo na proteção dos inquilinos e nas relações de vizinhança; essa concepção, porém, manifestou toda a sua eficácia no contínuo trabalho jurisprudencial de interpretação e aplicação do direito objetivo, de que é exemplo o alargamento dos deveres dos proprietários em suas relações com outros indivíduos. Esse utilitarismo social — oposto ao individualismo rigorista e muitas vezes farisaico da metade do século passado — funda-se, em última análise, numa concepção naturalista do direito privado: este, além das finalidades que lhe são próprias, deve ser instrumento também para a realização de finalidades sociais. Todavia, essa concepção naturalista do direito privado, embora correta, não reflete toda a verdadeira dimensão do problema[4], conforme se verá adiante.

Na Alemanha, o surgimento do novo direito social e econômico — que, a partir da Primeira Guerra Mundial, haveria de quebrar a preeminência do direito privado e dissolver-lhe a unidade interna — foi favorecido pela manutenção, na ordem jurídica, de blocos de leis de origem não liberal, provenientes de estruturas políticas feudais do Estado absolutista, tais como o direito público referente ao solo, o direito das águas, da caça e da pesca, o direito agrário referente à terra, ao crédito e à sucessão. O ponto de partida deste processo evolutivo, contudo, encontra-se na economia de guerra da Primeira Guerra Mundial, que acarretou, pela primeira vez, severas restrições à liberdade de contratar e à liberdade de utilização da propriedade, na medida em que se publicizou a comercialização de quase todos os bens e se tomaram providências legislativas referentes à carência de habitação. É nesse contexto que os empresários, os planejadores econômicos e os socialistas puderam introduzir nos seus modelos econômicos, a partir das mais diversas fundamentações, primeiro as associações de empregadores (note-se que os cartéis nada mais são do que formas de organização da economia global justificadas pelo sistema) e depois as associações de empregados — os sindicatos. Nesse novo contexto passa-se do individualismo para o pluralismo econômico, em que o confronto dos interesses econômicos não é mais solucionado — nem seu equilíbrio procurado — por sujeitos econômicos isolados, mas sim por intermédio de representações coletivas de interesses.

É evidente que as tendências de evolução do direito privado têm de ser analisadas à luz dessas alterações econômicas: a nova economia exige, em todo lugar onde falha a livre-concorrência e onde a solidariedade social se vê ameaçada, a intervenção dos poderes públicos e o exercício de uma função dirigente da economia por parte da administração pública; daí as novas formas jurídicas que surgiram no direito público da terra, no direito da habitação e da construção civil, no direito da locação, no direito do trabalho e no direito econômico — formas essas que haveriam de ser sinteticamente descritas, segundo a fórmula antecipadora de Otto von Gierke, como direito social. O princípio funcional típico desse novo domínio, situado entre o direito público tradicional e o direito privado — campos até certo ponto bem distintos e nos quais o confronto entre Estado e sociedade tinha encontrado sua expressão clássica —, é o de que o exercício das funções sociais e econômicas não é dirigido nem pela ordenação estatal, nem pelo livre jogo da autonomia privada dos sujeitos econômicos, mas sim pela cooperação entre os diversos grupos sociais ou pela concorrência coordenada pelos poderes públicos. Como é óbvio, nesse sistema ordenador, os princípios

---

(4) *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 624 e 625.*

constitutivos do direito privado clássico — a fundamentação dos direitos subjetivos privados e da autonomia da vontade, bem como as conexões conceituais e a própria unidade interna do sistema — são postos à prova e submetidos a mudanças em suas funções; assim, a busca de uma nova legitimidade do direito privado na consciência jurídica do Estado social e sua convincente harmonização com o direito social e econômico, além de sua integração numa economia concorrencial encarada como princípio de funcionamento do mercado, passaram a constituir, hoje em dia, a tarefa mais premente da teoria geral e da dogmática do direito civil[5].

Conforme já se salientou, com o desenrolar da revolução industrial — que deu ao quarto Estado uma cidadania plena e estabeleceu, no lugar da sociedade de empresários, em que a cidadania correspondia à propriedade, uma sociedade baseada nas funções de seus membros —, o *pathos* político e o *ethos* econômico da antiga sociedade desapareceram a pouco e pouco; eles já não eram suficientes para a legitimidade da ordem jurídica privada perante a consciência social: a legislação, a administração, a justiça e a opinião pública são cada vez mais dominadas pelo *pathos* e pelo *ethos* do Estado social; esse fenômeno acentua-se com a passagem do Estado-providência para o Estado do bem-estar social, por força das crescentes expectativas individuais de felicidade. Assim, atenua-se progressivamente a separação nítida — típica do Estado constitucional do século XIX — entre os poderes públicos e a sociedade dos sujeitos privados; entre o Estado e os particulares introduzem-se poderes — legítimos alguns, e ilegítimos outros — dos grupos, poderes esses que constituem a origem e a sede do direito social. O *pathos* da sociedade atual é o da solidariedade, isto é, responsabilidade não apenas dos poderes públicos, mas também da sociedade e de cada um dos seus membros pela existência social digna e pelo bem-estar de todos os demais.

Isso não obstante, as sociedades decidiram conservar o Estado de direito, isto é, decidiram não sacrificar ilimitadamente a esfera jurídica autônoma dos indivíduos em nome de sua responsabilização pelas necessidades coletivas da sociedade, como a produção e o bem-estar de todos; essa opção é clara na medida da proclamação dos direitos fundamentais do indivíduo e da garantia das liberdades pessoais diante dos poderes públicos, da vinculação do legislador às maiorias eleitorais e da administração e dos juízes às leis elaboradas segundo o *due process of law*. Aliás, é justamente em decorrência dessa opção que surge a constante tensão entre os dois modelos axiológicos — representada, no âmbito constitucional, pelo conflito entre Estado social e Estado de direito.

Cumpre salientar que a solidariedade social não se resumiu à limitação dos direitos subjetivos privados pelo direito público, mas, por intermédio da jurisprudência, alcançou a concepção das relações contratuais intersubjetivas, dos direitos patrimoniais e, sobretudo, do direito de propriedade — este, quando considerado diante de outros indivíduos; compreende-se: a economia social de mercado concebe o contrato, a indenização de prejuízos e os limites do direito de propriedade não apenas como conflito de interesses privados, mas também como função econômica global.

Isso, porém, traz para o sistema do direito privado, como questão de princípio, uma nova justificação das suas principais figuras — o direito subjetivo, a autonomia privada, o contrato e a liberdade de associação; contudo, o traço de Estado de direito — típico do Estado social atual — reflete uma opção prévia no sentido de conceber-se o direito privado também como sistema de esferas individuais de liberdade e de limitações dessa liberdade. Essa concepção mantém-se em todos os campos onde o exercício dos direitos não corresponde

---

[5] *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 632 e 633.*

a nenhuma função social vital. De outro lado, todavia, em decorrência do questionamento do valor dessas figuras — às quais se ligava o exercício do poder econômico e social — para o Estado social de direito, ordens jurídicas atuais — *pari passu* com o estatuto da economia social de mercado, que se contrapõe à sociedade liberal de empresários — atribuem ao contrato, aos direitos patrimoniais, à propriedade, ao capital e outros meios de produção e à constituição de associações de natureza econômica uma função social global: todos eles são encarados como instrumentos que garantem uma existência digna a todos e asseguram uma justa distribuição da riqueza. Nesse sentido, os conteúdos típicos dos direitos subjetivos privados vinculados a contratos de alienação ou de uso, de trabalho, de seguro, de responsabilidade por indenização, bem como o próprio direito de propriedade, adquirem, no âmbito de uma aplicação do direito conforme aos interesses sociais, um novo valor, especialmente para o contratante hipossuficiente e para os titulares de pretensões opostas. Esses contratos e direitos permanecem ainda nos espaços autônomos de liberdade, mas esta, por sua vez, não é mais limitada apenas pela liberdade dos outros indivíduos, senão também pelos reflexos da solidariedade social nas relações intersubjetivas entre os diversos sujeitos de direito[6].

***2.3*** - A recusa em manter as tradições legalistas e dogmáticas trouxe novos problemas: as súbitas mudanças da jurisprudência e sua inclinação para uma justiça individualizada do caso prejudicaram a segurança externa do direito, isto é, a previsibilidade da decisão pelas partes e por seus advogados e a própria uniformidade na aplicação do direito, previsibilidade e uniformidade essas indispensáveis assim para a redução das querelas judiciais como para a fixação de uma consciência jurídica dominante e comum entre os diversos atores do direito. Demais, o também progressivo abandono das bases conceituais e sistemáticas da pandectística teve suas desvantagens, visto que a exigência constante da rigorosa dogmática do século XIX de legitimar-se perante a "verdade interna e a coerência" do sistema conceitual e da dogmática jurídica, bem como de controlar a consciência jurídica por meio de construções isentas de contradições — o que, em rigor, constitui a justificação última da dogmática jurídica —, também tinha favorecido a justiça material e a coerência interna da ordem jurídica — valores autênticos da ética prática do direito. Finalmente, cumpre salientar que uma confiança sem limites na justiça absoluta das avaliações ético-jurídicas pode ser até prejudicial ao desempenho das tarefas concretas da justiça (como se vê, por exemplo, na história do jusnaturalismo), que não podem ser levadas a bom termo senão mediante constante esforço para obter-se a maior proximidade possível com a própria justiça[7].

O abandono do caráter vinculativo de um código — como, por exemplo, o BGB ou o Código Civil brasileiro — implica necessariamente o abandono de seu sistema interno, dos seus conceitos jurídicos e das conexões internas que foram, por um certo tempo, o fundo de recorrência do direito civil; toda a ruptura direta da jurisprudência no sentido da função social tem seu preço: a destruição do sistema, a reformulação dos conceitos, o abuso ou o abandono dos sistemas construtivos. E o fato é que, hoje em dia, a prática jurídica elegeu como sua missão principal não mais a solução sistemática ou conceitualmente justificada, ou ainda elegantemente construída, mas sim a decisão do caso concreto, segundo a razão jurídica de uma dada ordem jurídica. Quanto ao sistema privatista clássico, essa inclinação no sentido do Estado social passou dos lindes fronteiriços da codificação para o núcleo do direito civil — e é por isso mesmo que um panorama correto do estágio atual do direito

[6] *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 718-720.*
[7] *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., p. 615.*
[8] *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., p. 627.*

privado somente se obtém mediante minuciosa análise do âmbito central do direito social, âmbito esse que influenciou diretamente os direitos e deveres privados[8].

Iniciada no século XIX, a luta entre formalismo e naturalismo jurídico, entre Jurisprudência dos conceitos e realização das finalidades — Jurisprudência dos interesses e aplicação teleológica da lei —, parece ter alcançado, na atual Jurisprudência das avaliações, um certo equilíbrio; e, na determinação de valores, exerceu notável influência a díade "espaço de liberdade – função social dos direitos". Mas o método da ciência do direito civil encontra-se em crise: são ainda obscuras as questões da construção conceitual sistemática do direito privado, bem como a própria questão dos objetivos específicos do conceito de sistema; aqui o confronto ocorre entre processos tópicos (indutivos) e processos axiomáticos (dedutivos), que, porém, alcançam uma certa harmonia na medida em que, de um lado, se reconhece a necessidade de sistemas abertos — ao invés de sistemas axiomaticamente fechados — e, de outro, mesmo os mais ardorosos defensores dos processos tópicos de achamento do direito julgam relevante estabelecer uma "hierarquia dos pontos de vista" adequada aos princípios gerais do conjunto da ordem jurídica. Não há solução, ainda, para a questão de saber se a tarefa da dogmática do direito civil é a construção de uma técnica de resolução correta de problemas ou se é a construção de um arcabouço doutrinário e conceitual — logicamente contingente, porém — de contextos dedutivos; parece, contudo, que a missão social da ciência do direito aponta para a primeira tese. Finalmente, cumpre salientar que são incipientes os esforços para inserir o antigo sistema do direito privado no conjunto da ordem jurídica atual; os temas acima mencionados tendem a transportar-se para o estatuto social e para o direito administrativo, econômico e social, minguando o núcleo do direito privado clássico. Para evitar esse perigo, cumpre à ciência do direito privado dedicar-se à preparação e elaboração sistemática dos problemas que se formam na região fronteiriça entre o novo estatuto social e a proteção dos interesses privados — exatamente no mesmo campo em que se situam as questões materiais sobre o destino do direito privado[9].

## 3 - FUNÇÃO SOCIAL E DIREITO DE PROPRIEDADE

***3.1*** - Evidentemente, as novas necessidades sociais e econômicas — que exigiram os esforços interpretativos da hermenêutica jurídica, a elaboração científica da teoria geral e a fundamentação da filosofia do direito — refletiram-se também, e talvez principalmente, no que concerne ao direito subjetivo de propriedade. Da perspectiva da hermenêutica jurídica, o recurso à função social da propriedade parece fornecer respostas satisfatórias para algumas das novas exigências sociais e econômicas; da perspectiva da filosofia do direito, contudo, a fundamentação do direito de propriedade talvez não encontre em sua função social base segura. Assim, as controvérsias acerca do direito de propriedade são acirradas, chegando alguns até a defender sua supressão, socializando-se a propriedade não apenas da terra, mas de todos os meios de produção. Parece, em primeiro lugar, que o cerne da discussão está na função social como fundamento filosófico do direito de propriedade, e não na função social da propriedade como parâmetro hermenêutico, isto é, diverge-se quanto à função de fundamento da função social da propriedade, mas não — ou, pelo menos, não tão intensamente — quanto à sua função hermenêutica; e, em segundo lugar, parece que a fundamentação filosófica do direito de propriedade ultrapassa o âmbito da filosofia do direito, pertencendo antes ao campo de uma "visão do mundo" (*Weltanschauung*), ou seja, uma fundamentação filosófica do direito de propriedade deve ser buscada no conjunto das concepções sociais, econô-

---

[9] *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 721 e 722.*

micas, históricas, jurídicas, políticas — culturais *lato sensu*, enfim — de um povo, e não apenas numa filosofia do direito — que talvez seja incapaz de fornecer-lhe uma base sólida.

A partir de 1911, Léon Duguit, com base em indícios que, observados de longe, parecem frágeis - a jurisprudência sobre o abuso de direito e a destinação determinada das igrejas aos cultos, nos termos da lei de 2 de janeiro de 1907 —, vislumbrou, dentre as transformações do direito privado napoleônico, a passagem da propriedade–direito subjetivo para a propriedade–função social. Outros acontecimentos, porém, estavam por vir: as duas guerras mundiais e a Revolução Russa. Eles trariam às mudanças uma amplitude inesperada, mais por suas conseqüências psicológicas do que por si mesmos: fazer guerra é acostumar-se a preferir o direito da necessidade atual ao respeito pelos direitos adquiridos anteriormente; e as duas guerras mundiais trouxeram os hábitos do comunismo militar: comunismo de penúria e de requisição, mas também de entusiasmo e de inflação. Quanto ao movimento de outubro de 1917, saliente-se que, sem ele, a abolição da propriedade privada dos meios de produção jamais teria sido levada a sério: a partir de então, as concepções sobre a propriedade — mesmo quando a defendem — sofrem a influência, ainda que inconsciente, das ordens jurídicas comunistas[10].

A decadência das antigas concepções é muito mais acentuada quanto ao direito individual de propriedade: ele é contido em nome do interesse geral, despedaçado em favor dos usuários da coisa, atacado por todos os lados, e, portanto, destrona-se o proprietário, que deixa de ser o que parecia — monarca absoluto e inviolável — segundo a Declaração de 1789 e o Código Napoleão. A decadência da propriedade ocorre em todos os aspectos; mas não só da propriedade, senão também do contrato e da responsabilidade por danos — as duas outras colunas da ordem liberal e individualista do século XIX[11].

Apesar de tudo isso, observando-se os fatos, percebe-se que ser proprietário não é algo desprovido de interesse: a importância de sê-lo desmente grande parte das afirmações sobre a crescente socialização do direito e mostra que o direito de propriedade continua a ser, tal como nos primórdios do individualismo, a principal relação entre os homens e as coisas[12].

A doutrina liberal do século XIX definia a propriedade como direito absoluto, exclusivo e perpétuo — esses três atributos entendidos em sua acepção puramente técnica e, às vezes, com prolongamentos filosóficos. A crise do liberalismo trouxe, aqui também, uma novidade: ao absolutismo anterior opõe-se, atualmente, um relativismo, um funcionalismo do direito de propriedade; a propriedade é um direito–função em que os poderes são condicionados pelos deveres. Mas deveres para com Deus ou para com a sociedade? A resposta depende da ideologia: para os profanos, atraídos pelo sabor de um socialismo difuso, o direito não poderia ser exercido contrariamente à utilidade social; para os outros, seduzidos por um quê de cristianismo medieval, o direito de propriedade deveria dirigir-se ao bem comum. De qualquer maneira, porém, as conseqüências práticas das novas concepções têm sido pequenas: o fato de a jurisprudência ter coibido o abuso do direito de propriedade — surgindo daqui a idéia de um direito–função — parece mais uma tentativa de moralização dos direitos de vizinhança que mudança conceitual; realmente significativo seria, por exemplo, admitir, em épocas de aguda carência de habitação, que o fato de uma propriedade urbana não estar exercendo sua função social — abrigar pessoas — pudesse justificar uma espécie de "requi-

---

[10] *Veja-se a excelente e irônica exposição de* Jean Carbonnier — Flexible droit; textes pour une sociologie du droit sans rigueur, *5ème édition, révue et augmentée, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, pp. 225 ss.*

[11] *Cfr.* Jean Carbonnier, *op. cit., p. 227.*

[12] *Cfr.* Jean Carbonnier, *op. cit., p. 227.*

[13] *Cfr.* Jean Carbonnier, *op. cit., p. 230.*

sição privada" (*squatagge*) —, mas isso os tribunais nunca admitiram[13].

***3.2*** - O conceito de direito subjetivo serve tipicamente para descrever uma situação em que a ordem jurídica deseja assegurar a alguém liberdade e poder de comportar-se como queira a fim de proteger seus próprios interesses; o conceito de direito subjetivo reflete a auto-afirmação autônoma do indivíduo. Isso não significa individualismo desenfreado, nem é antítese do caráter social de toda ordem jurídica: significa apenas que, em virtude de razões que se referem ao bem-estar da comunidade, se tem como desejável atribuir ao indivíduo, dentro de certos limites, a possibilidade da liberdade de ação. Atualmente tornou-se lugar comum dizer que a propriedade é uma função social; há algo de verdade nisso porque a ação do proprietário, hoje em dia, está muito mais circunscrita que sob o individualismo extremado do século XIX, mas a afirmação esconde o fato de que a propriedade, não obstante com seu conteúdo restrito (lembre-se que o conteúdo específico de um direito subjetivo é a restrição à liberdade de ação de outra pessoa, ou a correlativa faculdade do titular do direito; e que o conteúdo do direito de propriedade é a faculdade do proprietário de exigir que todos os demais se abstenham de perturbar seu uso e sua fruição de uma certa coisa) continua a servir à autonomia do indivíduo: a autonomia restrita continua a ser autonomia, e não função social. É importante salientar esse aspecto porque a noção de direito subjetivo não deveria incluir liberdades e poderes para a proteção de interesses sociais; numa comunidade, freqüentemente atribuem-se a algumas pessoas liberdade de ação e poder privilegiados, para a proteção dos interesses dos outros ou de interesses coletivos — isto é, são atribuídos como função social —, e não no interesse da autonomia de seus titulares; a atribuição de liberdades e poderes como função social implica algo mais que simples pretensão moral: é que tais liberdades e poderes são juridicamente limitados e o espírito com que são exercidos é submetido a controle por intermédio de autoridades, de regras referentes ao abuso de poder etc. Em tais situações o uso lingüístico corrente tende para os termos "autoridade" ou "poder" (autoridade pública, pátrio-poder), e não para "direito subjetivo"; e assim se deveria proceder também, em nome da clareza[14].

***3.3*** - Do ponto de vista marxista, nenhuma combinação de imperativos e obrigações poderia fornecer o significado autônomo e real do direito subjetivo, tal como ele se encarna em todo proprietário da sociedade burguesa. Veja-se, por exemplo, a propriedade: a tentativa de reduzir o direito de propriedade a uma série de proibições a todos os demais é apenas um procedimento lógico, uma construção mutilada e forçada; mas a representação do direito de propriedade burguês como uma obrigação social é, além disso, uma hipocrisia: considerar a propriedade privada — como faz, por exemplo, Duguit — não como um direito subjetivo arbitrário, mas como um bem posto à disposição do indivíduo, juridicamente protegido na medida em que seu titular exerce funções socialmente úteis, isto é, considerar as funções sociais da propriedade, embora seja um sintoma do declínio do capitalismo, em nada a compromete; a antítese real da propriedade privada não é sua concepção como função social, mas sim sua abolição, com o estabelecimento da economia planejada socialista. Nenhuma formulação pode tornar socialmente úteis os contratos celebrados com base no direito civil, nem transformar os proprietários em pessoas que exercem uma *função social*: essa abolição

---

[14] *Cfr.* Alf Ross — Sobre el derecho y la justicia, *tradução castelhana de Genaro R. Carrió, 4.ª edición [s.l.], Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, pp. 171, 172 e 178.*

[15] *Cfr.* Eugeny B. Pachukanis — A teoria geral do direito e o marxismo, *tradução portuguesa de Soveral Martins, Coimbra, Centelha, 1977, pp. 115 e 116.*

verbal da economia capitalista e do direito privado somente obscurece sua abolição real[15].

***3.4*** - Historicamente, parece ser um fato que a vida econômica do indivíduo em sociedade exige, dentre outros requisitos, o controle de certos bens corpóreos — meios naturais de que depende a existência do ser humano. Assim, nas sociedades civilizadas, o indivíduo deve estar habilitado a acreditar — não apenas com uma crença meramente psicológica, mas também, e sobretudo, com *opinio iuris ac necessitatis* — que pode usar e manter, em seu benefício, os bens que descobriu e de que se apropriou para seu uso próprio, os que criou com seu próprio trabalho, físico ou intelectual, e os que adquiriu de acordo com a ordem social e econômica — jurídica, portanto — vigente. O direito individual de propriedade, em sentido amplo, nada mais é do que o instrumento para a efetivação desse postulado de exigências ou necessidades sociais para a existência do indivíduo em sociedade[16].

Contudo, os argumentos em favor da exclusão da propriedade privada de certos bens são invocados, cada vez mais, quanto aos bens imóveis — e até quanto aos bens móveis. Herbert Spencer, tratando das *res communes*, afirma: "Se um indivíduo interferir nas relações de outro para [*rectius*: com] os meios naturais de que depende a vida do último, o primeiro infringe idêntica liberdade de outros, pela qual a sua própria é medida." De outro lado, se se privilegiasse a perspectiva da máxima eficácia da ordem econômica, e não a perspectiva da máxima atividade individual — como faz Spencer —, poderia ser forçoso distinguir — como se faz, por exemplo, no direito soviético — os bens de produção dos bens de consumo: aqueles, como instrumentos ou meios de produção, seriam mais eficientemente usados quando socializados, e estes, bens apenas de consumo e conforto individual, sem nenhuma potencialidade produtiva, destinar-se-iam aos indivíduos. Essas e outras objeções fizeram da justificação racional do chamado direito natural de propriedade e da fixação de seus limites uma questão tormentosa para a filosofia do direito e, portanto, para a própria dogmática jurídica[17].

Dentre as várias teorias que procuram justificar racionalmente a propriedade privada, como instituição social e jurídica — teorias de direito natural; teorias metafísicas; teorias históricas; teorias positivas; teorias psicológicas; e teorias sociológicas — interessam mais de perto as históricas (especialmente no que concerne ao surgimento e à evolução do direito de propriedade), as sociológicas e as social-utilitaristas[18].

As teorias históricas fundamentam-se, basicamente, em duas proposições: **1.ª**) a concepção da propriedade privada, tal como a concepção da personalidade individual, teve lenta, mas constante e progressiva evolução, desde os primórdios da organização jurídica da sociedade; e **2.ª**) a propriedade privada individual desenvolveu-se a partir de direitos de grupos, tal como os interesses individuais da personalidade se emanciparam gradualmente dos interesses de grupos. Examinando-se analiticamente o direito de propriedade, distinguem-se três graus ou estágios do poder que os indivíduos têm de influenciar — ou de tentar influenciar — o comportamento dos outros, no tocante aos bens corpóreos. O primeiro é uma simples questão de fato, mera sujeição ou controle físico da coisa, sem a presença de nenhum outro elemento; no direito romano, tratava-se, provavelmente, da *possessio naturalis* e, atualmente, cuida-se da detenção — elemento da posse (*corpus*), segundo os jurisfilósofos analíticos. Essa posse natural é algo que pode existir independentemente de qualquer ordem

---

(16) *Cfr.* Roscoe Pound — Introdução à filosofia do direito, *tradução em português de Álvaro Cabral, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1965, p. 107.*

(17) *Cfr.* Roscoe Pound, *op. cit., p. 111.*

(18) *Cfr.* Roscoe Pound, *op. cit., p. 112.*

jurídica e *a fortiori* do Estado: o simples fato de um indivíduo ter em suas mãos uma coisa, isto é, ter sua posse real, atribui-lhe uma posição de vantagem diante dos outros; contudo, essa posição de vantagem decorrerá apenas da força física do indivíduo ou do reconhecimento e do respeito de sua personalidade por parte dos demais, e não de uma atribuição jurídica — exceto na medida em que a ordem jurídica protege a personalidade do indivíduo. O segundo estágio, analiticamente falando, é o da posse jurídica, a *possessio civilis* do direito romano, que se contrapunha à *possessio naturalis*: trata-se de um desenvolvimento jurídico da noção — extrajurídica — de detenção. A ordem jurídica passa a atribuir ao possuidor de uma coisa, desde que à posse se acrescente o elemento mental de posse, o poder (jurídico) de mantê-la e de exigir sua restituição imediata, se esbulhada. No caso da posse natural, a ordem jurídica garantiria a relação entre o indivíduo e a coisa — indiretamente, porque apenas na medida da proteção ao próprio indivíduo; no caso da posse jurídica, a ordem jurídica protegeria a relação entre a vontade do indivíduo e a coisa. No terceiro estágio, a ordem jurídica vai mais longe ainda e passa a garantir ao indivíduo o uso exclusivo e o controle das coisas que excedem sua capacidade quer de deter, em posse natural, quer de possuir, em posse jurídica. Essa é, em traços gerais, a linha do desenvolvimento histórico do direito de propriedade, sendo de ressaltar-se que a posse natural é noção puramente de fato, alheia a qualquer norma jurídica, em que o interesse do possuidor é interesse em sua própria personalidade; a posse jurídica é noção de fato e jurídica: existe como relação de fato, independentemente de origem jurídica, mas é protegida e garantida pela ordem jurídica em si e por si, não em decorrência da proteção à personalidade do possuidor; e o domínio é noção puramente jurídica: da ordem jurídica ele se origina e depende[19].

As teorias sociológicas basicamente têm inspiração ou positivista, ou psicológica, ou social-utilitarista. Exemplo típico de teoria sociológica positivista é a teoria da interdependência social mediante a similaridade de interesses e a divisão de trabalho, formulada por Léon Duguit. Embora não concluída, essa teoria contém afirmações relevantes, como, por exemplo, a de que o direito de propriedade se está socializando, sem que a propriedade se torne coletiva: a propriedade deixa de ser concebida nos estreitos limites do direito privado para ser observada em sua função social; o direito de propriedade atende à necessidade econômica de destinar certas riquezas a usos individuais ou coletivos previamente estabelecidos, bem como à conseqüente necessidade de proteger e garantir essa destinação. Assim, a sociedade incentiva os atos conformes aos usos da riqueza que satisfaçam essa necessidade econômica e restringe os atos contrários. Nesse sentido, a propriedade é instituição social baseada em necessidades econômicas da sociedade organizada mediante a divisão do trabalho[20].

As teorias social-utilitaristas explicam e justificam a propriedade como instituição que garante um máximo de interesses, ou satisfaz a um máximo de necessidades, concebendo-a como instrumento seguro e criterioso do mecanismo social, quando julgada pelos resultados. No entanto, algumas teorias sócio-econômicas mais recentes tentaram identificar a função da propriedade no Estado contemporâneo: a propriedade — encarada como poder absoluto de dispor de uma coisa — fora inicialmente instituição jurídica adequada e justa para sociedades em que a propriedade, o trabalho e o uso estavam reunidos numa ordem econômica simples e rudimentar; Karl Marx, porém, afirmou que, na evolução da sociedade, a propriedade de um complexo de coisas deixou de coincidir com o trabalho e o uso pessoais,

---

[19] *Cfr.* Roscoe Pound, *op. cit., pp. 120-122.*
[20] *Cfr.* Roscoe Pound, *op. cit., p. 126.*

transformando-se — como controle absoluto desse complexo de bens, concebido como capital — em fonte de poder; e Karl Renner defendeu a tese de que, embora a concepção jurídica da propriedade seja a mesma, sua função mudou: o possuidor passa a usar seu controle sobre certas coisas para controlar outras pessoas; assim, embora na forma jurídica a propriedade continue a ser instituição de direito privado — um complexo poder de a pessoa fazer o que quiser com a coisa que lhe pertence —, em relação aos efeitos econômicos ela se transformou em instituição de direito público, na medida em que constitui um poder sobre outras pessoas, exercido por intermédio de instituições jurídicas incidentais e desenvolvido a partir do direito das obrigações. Contudo, a advertência de Wolfgang Friedmann é fundamental: na ordem econômica atual, propriedade e poder de controle estão cada vez mais distantes, não se podendo esquecer a chamada "revolução gerencial"; a tese de Marx sobre a propriedade técnico-jurídica não reflete a imagem real da situação: a função que a propriedade desempenha na concentração do poder deve ser apreciada no âmbito de uma teoria da propriedade, e não apenas no campo das relações econômicas, por maiores que sejam as dificuldades[21].

Nessas condições, parece ser razoável a adoção de um modelo em que se combinem o social-utilitarismo, um tipo modificado de pensamento econômico-funcional e uma concepção neo-hegeliana da civilização, em que o sistema da propriedade individual, no seu todo, favorece a manutenção e o progresso da civilização, isto é, o máximo desenvolvimento das capacidades humanas, sem afirmar, contudo, que ele é a própria realização da idéia de civilização, tal como se desenrola na experiência humana. O direito de propriedade parece ser uma parcela útil do mecanismo social do mundo que conhecemos: por seu intermédio satisfazem-se mais necessidades e garantem-se mais interesses, com os menores sacrifícios, que mediante qualquer outro meio que se possa engendrar. Isso, porém, não implica afirmar que a propriedade privada seja eterna e absolutamente necessária, nem que seja impossível conceber, num futuro cuja realização se não pode prever, uma sociedade humana civilizada que apresente instrumento diferente e talvez melhor[22].

***3.5*** - O regime jurídico dos bens imóveis submete a propriedade da terra à plena disponibilidade, de fato e de direito, do proprietário: desde o *Liberty and Property* de John Locke essa liberdade constitui o segundo postulado da sociedade liberal e foi, no século XIX, o principal instrumento da substituição de uma sociedade feudal, corporativa e camponesa por uma sociedade burguesa de empreendedores. No entanto, essa liberdade de propriedade teve de confrontar-se com a tradição do antigo direito público territorial — direitos de caça, de pesca e de águas; direitos de utilização de florestas; proibição de partilha e divisão de fundos agrários; poder de polícia sobre a construção e a urbanização; limites de responsabilização creditícia da terra; direito público das indústrias; e direito público de propriedade. A partir da Primeira Guerra Mundial adentrou o campo desse direito público da terra — sempre em constante alargamento — a legislação sobre a terra — típica do Estado social —, atribuindo ao território nacional como um todo finalidades relacionadas com a política econômica de subsistência e com os objetivos da ordem sócio-política; a legislação subseqüente estendeu essas preocupações à habitação e ao planejamento urbano das cidades. Essas alterações trouxeram ao regime jurídico da propriedade uma dualidade de princípios: de um lado, são objetos do direito privado os imóveis individualmente considerados e o reconhecimento dos

---

[21] *Cfr.* Roscoe Pound, *op. cit., p. 127.*

[22] *Cfr.* Roscoe Pound, *op. cit., pp. 127 e 128.*

direitos de seus proprietários; de outro, o direito público da terra trata do espaço territorial global, entendido como algo ordenado segundo objetivos municipais, regionais e nacionais, e, finalmente, planejado unitariamente na forma da "ordem territorial". O centro de gravidade das reflexões, contudo, se vem deslocando, desde a Primeira Guerra Mundial, e cada vez mais, para o campo do direito público, provavelmente por uma incapacidade da ciência do direito privado de compreender a nova realidade social da estrutura fundiária e, portanto, de contribuir para a sua elaboração sistemática e para o controle de uma legislação quase que exclusivamente fundada em aspectos públicos e sociais, com o que perdem muito assim a ciência jurídica como o aperfeiçoamento dos princípios do Estado de direito no âmbito do direito subjetivo de propriedade[23].

## 4 - FUNÇÃO SOCIAL E CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

***4.1*** - Ora, se é verdade — como parece que sim, tendo em vista as considerações anteriores — que a fundamentação filosófica do direito de propriedade ultrapassa os limites de uma filosofia do direito, exigindo razões sociais, econômicas, históricas, jurídicas, políticas — culturais, enfim —, talvez seja mais proveitoso e menos controvertido um estudo da função jurídica do conceito "função social da propriedade". Já se sugeriu uma resposta no sentido tão-somente da função hermenêutica da expressão, dada a insuficiência de sua função de fundamento do direito de propriedade; todavia, a confirmação dessa hipótese, bem como, se confirmada, a identificação precisa — ou, melhor, tão precisa quanto possível — da função hermenêutica que essa expressão exerce, pressupõe uma análise do próprio direito positivo — evidentemente, se ele a refere — e das funções jurídicas das normas que o compõem. No caso brasileiro, desde a Constituição de 1934, passando pelas de 1937, 1946, 1967-1969, até a Constituição de 1988, a "função social da propriedade" é expressão com *status* constitucional. Contudo, para restringir a extensão deste trabalho, analisar-se-ão apenas a Constituição de 1988 e a de 1967-1969, não sem antes apresentar uma classificação — funcional — das normas constitucionais.

As normas constitucionais podem ser classificadas, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, em três categorias: **a**) normas constitucionais de eficácia plena; **b**) normas constitucionais de eficácia contida; e **c**) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida. Normas constitucionais de eficácia plena são aquelas que, desde a vigência de uma constituição, produzem — ou têm a possibilidade de produzir — todos os seus efeitos essenciais, associados aos objetivos estabelecidos pelo legislador constituinte, porque existe uma regulação suficiente incidindo sobre a matéria que compõe seu objeto. Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que também apresentam incidência imediata e produzem — ou podem produzir — todos os efeitos desejados, mas que prevêem meios ou contêm elementos em suas hipóteses de incidência capazes de manter sua eficácia dentro de certos âmbitos, em determinadas condições. Normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que não produzem, com sua vigência, todos os seus efeitos essenciais, dada a inexistência de uma regulação para tanto suficiente, cabendo sua integração ao legislador ordinário ou a algum outro órgão do Estado; as normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, subdividem-se em: a) normas declaratórias de princípios institutivos

---

[23] *Cfr.* Franz Wieacker, *op. cit., pp. 636-638.*

[24] *Cfr.* José Afonso da Silva — Aplicabilidade das normas constitucionais, *2.ª edição, revista e atualizada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, pp. 72-75.*

ou organizativos; e b) normas declaratórias de princípios programáticos[24].

***4.2*** - As normas constitucionais de eficácia contida aproximam-se das de eficácia plena porque são de aplicabilidade imediata, mas delas se afastam em virtude da possibilidade de contenção de sua eficácia (por isso, talvez fossem melhor chamadas de normas de eficácia "reprimível"), por intermédio de legislação futura ou de outros instrumentos; assemelham-se às normas de eficácia limitada porque pode haver regulação legislativa subseqüente, mas delas diferem quanto à aplicabilidade e à forma de intervenção do legislador ordinário — restritiva do âmbito de eficácia e aplicabilidade no caso das normas de eficácia contida, e ampliativa no caso das normas de eficácia limitada. As características das normas de eficácia contida são as seguintes: **1.ª**) geralmente exigem a intervenção do legislador ordinário, referindo-se expressamente a uma legislação futura. O apelo ao legislador ordinário visa a restringir a plenitude de sua eficácia, regulando os direitos subjetivos que delas decorrem; **2.ª**) até o legislador ordinário expedir a norma restritiva, sua eficácia é plena; **3.ª**) são normas de aplicabilidade direta e imediata porque o legislador constituinte estabeleceu uma regulação suficiente para os interesses presentes nas matérias de que tratam; **4.ª**) algumas delas já mencionam um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública, etc.) e erigido em valor social ou político a preservar, acarretando a possibilidade de contenção de sua eficácia; e **5.ª**) sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais, se ocorrerem certos pressupostos (o estado de sítio, por exemplo). As normas constitucionais de eficácia contida são normas imperativas, positivas ou negativas, e limitadoras do poder público; geralmente consagram direitos subjetivos, que podem ser limitados pelas normas de contenção de eficácia. Enfim, são normas "em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados."[25]

***4.3*** -As constituições contemporâneas constituem documentos jurídicos de compromisso entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo socialista. Do confronto entre o liberalismo — com suas concepções de democracia política e de Estado de direito — e o intervencionismo ou socialismo — com suas concepções de democracia social e Estado social — surgem nos textos constitucionais contemporâneos os chamados princípios de direito econômico e social — um conjunto de disposições sobre a estrutura da economia, os direitos dos empregados, o estatuto dos cidadãos etc. —, que formam o conteúdo social das constituições. Todavia, essas disposições constitucionais as mais das vezes não têm revestido a forma de normas plenamente eficazes, mas se reduzem a princípios — esquemas genéricos ou simples programas que o legislador ordinário deve desenvolver posteriormente[26].

São elas as normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, que revelam um compromisso entre as forças políticas liberais tradicionais e as aspirações de justiça social. As declarações dos direitos fundamentais do homem postularam a realização dos valores jurídicos da segurança, da certeza e da ordem; as declarações dos direitos econômicos e sociais pretendem a realização dos valores jurídicos da igualdade material, da justiça social e do desenvolvimento global. As constituições brasileiras, a partir da de 1934 — influenciada pela Constituição de Weimar (1919) —, não são exceção: todas elas contêm disposições relativas à ordem jurídica econômica e social[27].

---

[25] *Cfr.* José Afonso da Silva, *op. cit., pp. 92, 93 e 105.*

[26] *Cfr.* José Afonso da Silva, *op. cit., pp. 126-128.*

[27] *Cfr.* José Afonso da Silva, *op. cit., p. 130.*

As normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos são aquelas "através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado." São normas em que o legislador constituinte "traça linhas diretoras pelas quais se hão de orientar os poderes públicos: a legislação, a execução e a própria justiça estão sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função"[28].

Quanto às condições gerais de aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, ressalte-se que, sendo normas de eficácia limitada, sua aplicação plena aos interesses essenciais — cujos princípios genéricos e esquemáticos elas exprimem — dependem de regulação futura em que o legislador, integrando sua eficácia mediante lei ordinária, lhes atribua condições de execução. Contudo, sendo normas dotadas de um mínimo de eficácia, regulam — sozinhas ou em coordenação com outras normas constitucionais —, até um certo ponto, situações, comportamentos e atividades pertencentes ao âmbito do princípio ou esquema que contêm, condicionando especialmente as atividades dos órgãos dos poderes públicos e criando situações jurídicas de vantagem ou de vínculo; por isso, as normas constitucionais programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculativa, na medida em que: **a**) atribuem deveres ao legislador ordinário; **b**) condicionam a legislação subseqüente, sendo inconstitucionais as leis e os atos que as contrariarem; **c**) indicam um sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das demais normas jurídicas, exatamente porque informam a concepção do Estado e da sociedade e impõem sua ordenação jurídica segundo os fins sociais, os valores de justiça social e os elementos do bem-comum nelas inseridos; **d**) condicionam a atividade discricionária do Executivo e do Judiciário; e **e**) criam situações jurídicas subjetivas de vantagem ou de desvantagem entre as pessoas[29].

Três observações de grande relevância devem aqui ser feitas: **1.ª**) há normas programáticas que mencionam uma legislação futura para a realização do programa previsto, e outras que a não mencionam; os programas daquelas vinculam o legislador ordinário ao princípio da legalidade, mas sua efetivação fica na dependência da atividade legislativa e da discricionariedade do legislador; os programas destas, contudo, vinculam todos os poderes públicos, exigindo a atuação discricionária da legislação, da administração e da jurisdição, independentemente da lei que integre sua regulação limitada; **2.ª**) a caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica implica afirmar que elas fornecem a orientação axiológica para a compreensão da ordem jurídica; nesse sentido, elas apresentam uma eficácia interpretativa superior à das demais normas, constitucionais ou infraconstitucionais, visto que apontam os parâmetros da aplicação da lei — os fins sociais e as exigências do bem-comum, na expressão da Lei de Introdução ao Código Civil; e **3.ª**) as normas programáticas são capazes de proteger situações subjetivas por meio do controle de constitucionalidade das leis e dos atos administrativos: essas normas acarretam situações subjetivas negativas para o legislador e para a administração, que não podem agir senão nos limites e do modo que elas determinam, em seus programas, suas diretrizes e seus princípios; essa situação de dever implica o aparecimento de uma situação jurídica contraposta, que confere ao seu titular a possibilidade de invalidação dos atos contrários aos princípios das normas programáticas. Assim, se não se tem o direito subjetivo em seu aspecto positivo — o poder de exigir uma prestação fundada numa norma

---

[28] *Cfr.* José Afonso da Silva, *op. cit., pp. 128 e 129.*

[29] *Cfr.* José Afonso da Silva, *op. cit., pp. 146 e 147.*

[30] *Cfr.* José Afonso da Silva, *op. cit., pp. 131 e 132, 138 e 139, e 156-159.*

constitucional programática —, tem-se-o em seu aspecto negativo — a possibilidade de exigir que os poderes públicos não pratiquem atos que as contrariem[30].

***4.4*** - Vejam-se agora as disposições constitucionais relevantes para a identificação da função da expressão "função social da propriedade", na ordem jurídica brasileira, tal como decorre da Constituição de 1988. São elas as seguintes:

**Art. 5.º** [Título II — Dos direitos e garantias individuais] 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 seguintes termos:

.....

**XXII** — é garantido o direito de propriedade;

**XXIII** — a propriedade atenderá à sua função social;

.....

**Art. 170** [Título VII — Da ordem econômica e financeira]. 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:

.....

**II** — propriedade privada;

**III** — função social da propriedade;

.....

**Art. 182**. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

.....

**§ 2.º** A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais da cidade expressas no plano diretor.

.....

**§ 4.º** É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

**I** — parcelamento ou edificação compulsórios;

**II** — imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

**III** — desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

**Art. 184**. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

**Art. 185**. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I — a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II — a propriedade produtiva.

**Parágrafo único**. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos à sua função social.

**Art. 186**. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I — aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

**15.** — Vejam-se as disposições constitucionais que indicavam a função, na ordem jurídica brasileira, da expressão "função social da propriedade", tal como decorria da Constituição de 1967-1969.

**Art. 153** [Título II — Da declaração de direitos]. 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 por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título da 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.

.....

**Art. 160** [Título III — Da ordem econômica e social]. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I — liberdade de iniciativa;

.....

III — função social da propriedade;

.....

**Art. 161**. A União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, resgatáveis no prazo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação, a qualquer tempo, como meio de pagamento de até 50% (cinqüenta por cento) do imposto territorial rural e como pagamento do preço de terras públicas.

***4.5*** - Como já salientado, parece que uma análise funcional dos conceitos constitucio-

nais da função social da propriedade deve orientar-se no sentido da aplicabilidade e da eficácia das normas em que eles estão presentes. Isso se justifica porque a expressão "função social da propriedade" é vaga e ambígua, adquirindo contornos mais precisos se, e somente se, identificar-se a função que é chamada a exercer na ordem jurídica, tal como decorre das disposições constitucionais.

Partindo da antes descrita classificação das normas constitucionais, parece que o art. 160, III, da Constituição de 1967-1969 (o único que referia a função social da propriedade) configurava uma norma constitucional programática, porque a regulação constitucional era insuficiente para a produção de todos os possíveis efeitos da função social da propriedade na realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, exigindo uma integração ulterior, quer mediante a atividade da legislação, quer mediante a atividade da administração e da jurisdição, informando a concepção do Estado e da sociedade, inspirando a ordenação jurídica — mediante a atribuição de fins sociais, a proteção dos valores da justiça social e a revelação dos componentes do bem-comum — e compondo o sentido teleológico para a interpretação, a integração e a aplicação das normas jurídicas. Não se ignora que alguns autores, como o próprio José Afonso da Silva[31], vêem o princípio da função social da propriedade, na Constituição de 1967-1969, como princípio de eficácia plena, por interferir com a estrutura e o conceito da propriedade e fundamentar um novo regime jurídico desta, que passaria a ser instituição especialmente de direito público. Não conviria, porém, acolher integralmente semelhante opinião porque, embora o princípio da função social da propriedade, na Constituição de 1967-1969, interfira com a própria estrutura e com o próprio conceito desta (e a interferência na estrutura implica a interferência no conceito, que tem relevância apenas pragmático-funcional), essa interferência, no plano constitucional, é potencial ou virtual: a atualização ou realização dessa interferência, juridicamente, ainda ficava na dependência da atuação ulterior — dirigida ao fim do desenvolvimento nacional e da justiça social — da legislação, da administração e da jurisdição; além disso, não parece que alterações estruturais possíveis no direito de propriedade (privada) — ainda que profundas e impostas por normas de ordem pública — desloquem o instituto do direito privado para o direito público: a relação jurídica de propriedade permanece sendo relação entre sujeitos privados e, assim, o direito de propriedade (efeito da relação jurídica de propriedade) mantém sua característica de instituto do campo do direito privado.

***4.6*** - O panorama da Constituição de 1988 é — parece — muito diferente. A função social da propriedade aparece no art. 170, III, de forma semelhante ao art. 160, III, da Constituição de 1967-1969, sendo digno de nota que os fins da ordem econômica (e social) nesta são o desenvolvimento nacional e a justiça social e, naquela, o assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (crê-se que a ausência do desenvolvimento, como fim da ordem econômica e social, é apenas lapso de redação). Mas a Constituição de 1988 não se limita a referir a função social da propriedade nesse artigo; fá-lo, ainda, em vários outros, pertencentes ao grupo das normas relativas à ordem econômica e até mesmo, na parte dos direitos e das garantias fundamentais, em inciso separado, destacando-a, pelo menos na redação, do próprio direito de propriedade (art. 5.º, XXII e XXIII). Até aqui parece que função social da propriedade continuaria sendo princípio constitucional decorrente de normas programáticas. Todavia, a Constituição de 1988 ainda refere a função social da propriedade no § 2.º do art. 182 (propriedade urbana) e nos arts. 184 e 186 (propriedade rural);

---

[31] Aplicabilidade das normas constitucionais, *op. cit., p. 134.*

e, no § 4.º do art. 182, embora se não fale de função social da propriedade (urbana), cuida-se de mau aproveitamento *lato sensu* da propriedade — que não deixa de ser inobservância de sua função social.

Apesar de o número de referências à função social da propriedade ter aumentado sensivelmente no texto de 1988, parece que o âmbito funcional do conceito foi, paradoxalmente, reduzido.

No caso da propriedade urbana, o princípio da função social da propriedade surge em normas constitucionais de eficácia limitada, programáticas, que mencionam legislação futura: vinculam, pelo princípio da legalidade, a atividade normativa ulterior do legislador, mas não as atividades da administração e da jurisdição (vinculariam desde logo se não houvesse a referência à legislação futura); nesse sentido, talvez tenha havido — paradoxalmente, repita-se — um recuo em relação à constituição anterior. No caso da propriedade urbana, ainda, a hipótese de mau aproveitamento *lato sensu*, isto é, inobservância de sua função social, situa-se no âmbito de norma constitucional de eficácia limitada, programática, que menciona legislação futura — federal e municipal: aqui também — e até mais restritamente em seus pressupostos — surge apenas atividade legislativa ulterior, vinculada pelo princípio da legalidade; e só.

No caso da propriedade rural, o princípio da função social da propriedade aparece em normas constitucionais de eficácia contida (ou "reprimível", como talvez fosse melhor): a regulação constitucional já é suficiente para a aplicabilidade e a eficácia imediatas do princípio (veja-se o art. 186 da Constituição, que já estabelece os requisitos de observância à função social da propriedade — aliás, praticamente nos mesmos termos do § 1.º do art. 2.º do Estatuto da Terra), apenas podendo a lei ulterior definir critérios e graus de exigência que, eventualmente, limitem ainda mais o âmbito do exercício do direito de propriedade.

Seja como for, parece que, assim na propriedade urbana como na rural, o fato de o princípio da função social da propriedade ter passado de normas programáticas que não mencionam legislação futura (Constituição de 1967-1969) para normas que mencionam legislação futura e normas de eficácia contida (Constituição de 1988) lhe restringiu a função em nome de segurança e certeza maiores, trazidas pela minúcia de tratamento. O legislador comprometeu-se mais; comprometeu-se, porém, mais consigo próprio e, de uma certa maneira, descomprometeu a administração e a jurisdição, no que concerne à busca do sentido teleológico da função social da propriedade quando da interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas.

## 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

***5.1*** - Viu-se, ao longo deste despretensioso trabalho, que a expressão "função social da propriedade" — e até mesmo a expressão mais ampla "função social do direito" — surge com a passagem do Estado liberal do século XIX — com seu individualismo exacerbado — para o Estado social do século XX — com seu solidarismo social, em que cada indivíduo é corresponsável pela existência digna e pelo bem-estar dos demais —, a fim de possibilitar a adaptação do direito positivo a novas exigências sociais e econômicas.

Viu-se também que a função social do direito é, antes de mais nada, uma peculiar maneira de interpretar o direito, tendo em vista a obtenção de soluções mais adequadas a situações novas; ela é, portanto, um novo método — ou um novo critério — hermenêutico. A sistematização das novas soluções — quer topicamente segundo um processo indutivo, quer axiomaticamente segundo um processo dedutivo —, a cargo da teoria geral do direito, e a fundamentação gnoseológica do novo método, sob a responsabilidade da filosofia do direi-

to, contudo, talvez se tenham equivocado — e essa pode ser a fonte das controvérsias todas — ao lançar mão da função social para suas tarefas: aquela, porque lhe cabia sistematizar os resultados de um método hermenêutico, e não o próprio método, além de não ser possível afirmar a identidade entre o método de interpretação e o método de sistematização; e esta porque não poderia aquilo que fundamenta coincidir com aquilo que se pretende fundamentar. Essas são as razões que permitiram afirmar-se ser a função jurídica da função social do direito eminentemente hermenêutica, e não dogmática ou filosófica.

Quanto à teoria geral, viu-se que, não obstante o pequeno avanço até agora, sua tendência é no sentido da construção de sistemas abertos que permitem soluções materialmente justas para os casos concretos, sem vinculação maior com o rigorismo absoluto das deduções axiomáticas, mas, pelo menos, segundo uma certa hierarquia de princípios tópicos. No que concerne à filosofia do direito, parece que a insuficiência do positivismo, quer sociológico, quer legalista, conduziria a ver-se o direito não apenas como ordem jurídica *tout court*, senão também como ordem teleologicamente dirigida à realização da justiça, mesmo que o conceito da própria justiça — dada a sua aporia — seja também ele concebido pragmaticamente.

E, finalmente, vimos que a função da expressão "função social da propriedade", assim na Constituição de 1967-1969 como na de 1988, é basicamente hermenêutica, se bem que menor nesta do que naquela: lá, menos referências e maior amplitude funcional; aqui, maior minúcia de tratamento e menor espectro hermenêutico, à custa de mais severas exigências para com o legislador ordinário ulterior, em nome de segurança e certeza maiores.