

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA – DIREITO CONSTITUCIONAL

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

CLAUDIA XAVIER DA SILVEIRA

SÃO PAULO
2012

CLAUDIA XAVIER DA SILVEIRA

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do certificado de Especialização em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Pedro Buck.

SÃO PAULO

2012

Claudia Xavier da Silveira

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

AVALIAÇÃO:

ASSINATURA DO ORIENTADOR:

ASSINATURA DO COORDENADOR:

SUMÁRIO

RESUMO	5
ABSTRACT	5
INTRODUÇÃO	6
CAPÍTULO 1. NOÇÕES HISTÓRICAS DE PROPRIEDADE	9
1.1 Teorias sobre a origem do direito de propriedade	10
1.2 Antiguidade	12
1.3 Período medieval	13
1.4 Idade Moderna	14
1.5 Período Contemporâneo	14
1.6 A propriedade na atualidade	17
1.7 A propriedade nos regimes Capitalista, Comunista e Socialista	21
1.7.1 Os países de democracias capitalistas.	22
1.7.2 Os países socialistas e comunistas.....	22
1.7.3 Os países de democracia social.	23
CAPÍTULO 2. ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS	25
2.1 Conceito de propriedade	25
2.2. Do objeto e conteúdo do direito de propriedade.....	27
2.3 Regime jurídico da propriedade	29
2.4 Na atualidade: propriedade e valores sociais.....	30
2.5 Propriedade e propriedades	32
2.6 Propriedade privada e Propriedade pública	32
2.6.1 Propriedade Privada.....	33
2.6.2 Propriedade Pública.....	36
CAPÍTULO 3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	38
3.1 Função Social do Direito de Propriedade	41
3.2 Função Social da Propriedade no Direito Comparado	43
3.2.1 Alemanha.....	44
3.2.2 França	45
3.2.3 Itália	45
3.2.4 Portugal.....	46
3.2.5 Espanha.....	48
3.3 Função Social da Propriedade no Direito Constitucional Brasileiro	48
3.3.1 Constituição de 1824	49
3.3.2 Constituição de 1891	49
3.3.3 Constituição de 1934	50
3.3.4 Constituição de 1937	51
3.3.5 Constituição de 1946	51
3.3.6 Constituição de 1967 e 1969	52
3.3.7 Constituição de 1988	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

RESUMO

O presente estudo analisa o efetivo significado da expressão “função social da propriedade”, considerando fundamentos sociais, jurídicos e econômicos em sua estrutura.

O conceito de propriedade não é analisado apenas com instituto jurídico, mas também como símbolo do poder econômico das classes dominantes. O estudo apresenta como o tema tem sido discutido e, por exigências da sociedade, como tem passado por progressivas mudanças que o tornam efetivamente em um bem que deve ter função social.

Palavras-chave: Propriedade, Função Social.

ABSTRACT

This paper analyzes the true meaning of the expression “social function of property”, considering social, legal and economic principles in its structure.

The concept of property is not analyzed solely on legal grounds, but also as a symbol of economic power of dominant classes. It presents how the matter has been discussed and how it has been progressively changing and becoming a good which must possess a social function.

Key-words: Property, Social Function.

INTRODUÇÃO

“Onde existir uma grande propriedade haverá uma grande desigualdade. Para cada homem muito rico deverão existir, pelo menos, quinhentos outros homens pobres, pois a fartura dos poucos pressupõe a indigência dos muitos. A fartura do rico suscita a indignação do pobre, que muitas vezes é movido pela carência e incitado pela inveja a invadir as posses daquele.”¹

“A mera propriedade jurídica do solo não gera nenhuma renda fundiária para o proprietário. Entretanto, lhe dá o poder de subtrair suas terras à exploração até que as condições econômicas permitam uma valorização que lhe proporcione um excedente, seja o solo destinado à agricultura propriamente dita, seja a outros fins de produção, como construções etc. Ele não pode aumentar ou diminuir a quantidade absoluta desse campo de ocupação, mas a sua quantidade presente no mercado. Por isso, como já observou Fourier, é um fato característico que em todos os países civilizados parte relativamente significativa do solo sempre permaneça subtraída ao cultivo.”²

A propriedade consegue aproximar dois pensadores tão díspares, cujas manifestações demonstram uma realidade que persiste desde sempre: o uso da propriedade como instrumento de dominação e aproveitamento econômico em detrimento da sociedade.

As grandes propriedades, segundo Adam Smith, somente alargam a distância da desigualdade e atiça, por necessidade e inveja, ímpetos que levam a sua invasão e tomada do

¹ Smith, Adam, “A Riqueza das Nações”, 1^a Edição, vol. II, pág. 900/9001, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003

² Marx, Karl, “O Capital”, Livro Terceiro, Tomo 2 – parte segunda, 2^a Edição, pág. 225, São Paulo: Editora Nova Cultural, 1986

seu proprietário e Marx deixa claro que a propriedade não explorada é um meio de aumentar os ganhos de seu proprietário.

Ou seja, ambos, em outras palavras, fazem menção ao que hodiernamente chamamos de “Função Social da Propriedade”.

Além de aproximar dois ícones de diferentes escolas e pensamentos econômicos, também no campo do Direito a “Função Social da Propriedade” passou a ser um dos temas mais fascinante e rico de significado.

O tema objeto de estudo manifestou-se pela necessidade de tentarmos entender o real significado da expressão “Função Social da Propriedade”, utilizando com análise os aspectos históricos, sociais e econômicos que permeiam o instituto da propriedade.

O instituto da propriedade pode ser considerado como um dos mais antigos, de todos os tempos. Fato este que não elide as frequentes inquietações quanto ao seu conceito, configuração e sua eficácia no plano do Direito.

Contudo, propriedade não pode ser vista apenas como um instituto jurídico. Ela é descrita como símbolo do poder econômico e político das classes dominantes sobre massas proletárias e constituiu, por isto, a representação da exclusão da comunicação dos estratos inferiores da sociedade, como bem dito por Adam Smith e Karl Marx.

Com este trabalho, pretendemos descrever o processo de aquisição da idéia de propriedade com sua progressiva mudança de sentido relacionada à diferenciação da sociedade. Este processo tem a característica de não ter sido uma fenômeno instantâneo, mas sim produzido no curso de um longo tempo.

Portando, este trabalho objetiva fazer um estudo do instituto da propriedade, considerando sua evolução no contexto histórico, como foi apresentado nas várias épocas e até os dias atuais, buscando analisar a importância do instituto da propriedade para o direito, expressa pela existência de disposições sobre o tema em todos os textos infraconstitucionais e constitucionais brasileiros, bem como nas Constituições estrangeiras.

Serão apresentadas questões que envolvem a configuração da propriedade, sua definição, natureza jurídica e como foi introduzida no âmbito jurídico, identificando sua positivação tanto no direito comparado quanto no brasileiro, com análise dos textos constitucionais, e em qual momento a função social restou incorporada na figura da propriedade.

Não se pretende, com este trabalho monográfico, apresentar solução para a problemática instaurada – repita-se, desde os primórdios – quanto à questão da propriedade e de sua função social, mas sim apresentar um cenário desde sua origem até os dias atuais, e quais as perspectivas para tornar eficaz sua função social na esfera do direito civil e constitucional.

Assim, o presente trabalho busca uma abordagem doutrinária no que tange à propriedade e sua função social, objetivando uma reflexão sobre a questão da função social e de sua importância para a sociedade.

CAPÍTULO 1. NOÇÕES HISTÓRICAS DE PROPRIEDADE

Ao longo dos tempos o conceito, e a própria constituição da propriedade, passou por diversos estágios, constituindo um dos institutos mais antigos do Direito.

E, historicamente, a concepção de propriedade passou de coletiva – bem comum de todos – para a idéia de direito individual e absoluto, até alcançar a concepção atual de que, apesar de garantida individualmente, a propriedade deverá atender sua função social.

No mundo ocidental conhece-se a figura da propriedade privada, inserida em um contexto jurídico já presente para os povos gregos e romanos, sendo o direito de propriedade o mais importante e sólido de todos os direitos subjetivos, tendo importância não só para o direito, mas também para a filosofia, sociologia e economia política.

As origens, a história, o regime e as relações decorrentes da propriedade sempre foram assunto de interesse entre os filósofos, historiadores, juristas, economistas e religiosos. Algumas das mais antigas referências à propriedade da terra podem ser encontradas em várias passagens da Bíblia Sagrada, no Velho Testamento.

A propriedade sempre esteve relacionada com a política, com a ética, com a economia e com a psicologia. Sob o enfoque político a favor da propriedade sustenta que ela ocasiona estabilidade e limita o poder do governo. Contra a propriedade, diz-se que a desigualdade que necessariamente a acompanha gera instabilidade social. Do ponto de vista moral, diz-se que a propriedade é legítima porque todos têm direito aos frutos de seu trabalho. A isto, certos críticos respondem que muitos proprietários não se esforçaram para adquiri-la e que a mesma lógica requer que todos tenham as mesmas oportunidades para adquirir propriedades. A linha econômica sustenta que a propriedade é o meio mais eficiente de produzir riqueza, enquanto seus opositores afirmam que a atividade econômica direcionada pela busca do ganho pessoal leva a uma competição destrutiva. A defesa psicológica da propriedade sustenta que ela estimula a consciência de identidade e a auto-estima. Outros afirmam que ela corrompe a personalidade, contaminando-a com a cobiça.³

³ Pipes, Richard “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

Apresentaremos a evolução histórica que reformulou a noção e conceituação de propriedade, chegando ao que atualmente encontramos na sociedade.

1.1 Teorias sobre a origem do direito de propriedade

As justificativas sobre a origem do instituto remontam à época em que o ser humano deixou de ser nômade, embora se argumente que os nômades conheciam a propriedade na forma de posse de objetos de uso pessoal ou de animais de transporte. As principais teorias sobre a origem da propriedade privada são: (i) razão natural e revelação divina; (ii) trabalho como fundamento e fator de valorização econômica da propriedade: Locke; (iii) politeísmo greco-romano: Coulanges; e, (iv) concepção materialista: Engels e Marx.

A teoria de Lei Natural é utilizada para justificar a propriedade na obra de Jean Bodin, “Os seis livros da República” (1576). O tratado de Bodin formulou o princípio fundamental da teoria e da prática política ocidental, ainda incipiente nas discussões do final da Idade Média, quando o rei reivindicava os bens da Igreja e o governo não tinha direito sobre a propriedade privada. O soberano, por mais poderoso que seja, não pode se apropriar dos pertences de seus súditos. Ele não pode confiscar os bens de seus súditos nem taxá-los sem o consentimento deles (taxação arbitrária = confisco), porque a lei divina diz que “ninguém pode espoliar o que é propriedade de outro”. Ele tampouco pode alienar qualquer parte do domínio real, que lhe foi dado somente para uso, não como propriedade.⁴

Outro teórico influente a insistir na santidade da propriedade com argumentos retirados da Lei da Natureza foi o jurista holandês Hugo Grotius. O tratado de Grotius, “Sobre o direito da guerra e de paz” (1625), é reconhecido por ter lançado os fundamentos da lei internacional, tratando das relações entre os estados soberanos, mas no processo discute também os direitos civis. Sua principal premissa sustenta que “os homens tem a obrigação de “preservar a paz social” e que a principal condição para uma comunidade pacífica é o respeito pelos direitos dos outros”, sendo proeminente entre eles o direito à propriedade.⁵

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

Além de certas semelhanças com as idéias de Aristóteles, no que se refere à apropriação dos bens e à sua utilização, encontramos, nas explicações de Locke, alguns rudimentos de economia. Outros dados importantes da doutrina de Locke referem-se, ao trabalho como fundamento da propriedade. O direito divino ou a revelação poderiam explicar a sua origem. Considera-se que as origens e os fins do Estado consistiram, unicamente, na defesa e na conservação da propriedade, sendo o motivo determinante das revoluções a violação daquele direito por parte do próprio Estado.⁶ A justificação da apropriação individual ou da propriedade privada, sem nenhuma controvérsia quanto ao direito e à extensão, advém do trabalho, que o homem, “senhor de si próprio e proprietário de sua pessoa e de suas ações”, emprega sobre a natureza. A justificativa de Locke para a criação da sociedade civil é a preservação da propriedade, quer usada no sentido lato (de vida, de liberdade), quer no sentido estrito (de riqueza, de bens materiais).

Enquanto Hobbes, que considera o direito de propriedade possível somente sob tutela estatal, pois no seu estado de natureza todos teriam posse sobre tudo e só o Estado pode garantir, “com sua força superior à força conjunta de todos os indivíduos, que o que é meu me pertence exclusivamente, assegurando assim o sistema de propriedade individual”⁷, Locke entende que o direito de usufruir de algo, com exclusão dos demais, forma-se na esfera das relações privadas, independentemente do Estado, sendo este constituído para proteger o direito de propriedade privada anterior ao pacto civil, pois a sociedade não cria direitos. Por conseguinte, o estado civil só legitima os direitos trazidos do estado de natureza que, como direito natural, são presumivelmente derivados da lei natural. Nesse sentido, quem primeiramente garantiu e tutelou o direito de propriedade não foram as leis escritas, mas a religião e os costumes.⁸

Conclui-se que o direito de propriedade seria inalienável, intransferível por compra, venda, permuta, doação, empréstimo ou usucapião.

⁶ Locke, John “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

⁷ Hobbes, Thomas. “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

⁸ Coulanges, Fustel de. “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

O sentido materialista nos oferece uma teoria sobre as origens da propriedade privada inteiramente diversa da sugerida por Coulanges. O Estado foi criado para assegurar a propriedade da terra, que foi a principal riqueza conhecida até o aparecimento do capitalismo moderno. Sob a ótica econômica, a propriedade seria uma resposta à escassez. A desigualdade de riquezas, decorrente da divisão social do trabalho, do surgimento da moeda e da usura, proporcionou a concentração da propriedade do solo nas mãos de uma minoria, que passou a exercer o controle cada vez maior sobre os meios de produção. Surgiram novos institutos, como os grandes latifúndios, a hipoteca e a disponibilidade dos bens imóveis. A nova sociedade, decorrente dessas condições econômicas, dividiu-se em homens livres e escravos, em exploradores ricos e explorados pobres. Surge então a figura do Estado, destinado a suprimir as lutas de classe e que, embora nascido com o propósito de conter os antagonismos sociais, converte-se em instrumento de exploração e de opressão da classe economicamente dominante.⁹

Assim, se a detenção provisória ou a posse permanente são anteriores às leis do Estado, a propriedade, tal como hoje é conhecida, é uma criação da lei, porque só esta assegura que a propriedade se conserva quando o proprietário perdeu a posse da coisa: a propriedade seria, pois, uma concessão da lei, isto é, do Estado instituído sobre um território já ocupado.¹⁰

A discussão sobre a propriedade ser anterior ou posterior à formação do Estado apresenta seguidores importantes dentre os filósofos clássicos. Hobbes, Bossuet, Mirabeau, Benjamin Constant, Bentham e Montesquieu defenderam que a propriedade é instituição de direito civil, ou melhor, concessão do direito positivo, posteriormente denominado como Teoria da Lei

1.2 Antiguidade

Segundo André Ramos Tavares¹¹, na Antiguidade, os povos já regulamentavam a propriedade.

⁹ Engels, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

¹⁰ Martins, Rodrigo Baptista. “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

¹¹ Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8^a edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 689-690.

Cita como exemplo os babilônios, que no Código de Hamurabi (2.300 a.C.) versava sobre a compra e venda de bens, móveis e imóveis. A proteção ao bem patrimonial era tratada no parágrafo 6º desse Código, que assim dispunha: “Se um cidadão recebeu um bem (de propriedade) de um deus ou do palácio: esse cidadão será morto; e, aquele que recebeu de sua mão o objeto roubado será morto”.

Também, segundo este autor, o povo hebreu, no livro Pentateuco (Êxodo), registra sua preocupação com a proteção do instituto da propriedade.

Nos povos gregos e romanos configuram-se relações entre particulares trazendo à baila a ideia de sociedade gentílica, sendo a propriedade considerada comum, pertencendo à totalidade dos cidadãos. E nesse período ocorre a evolução na medida em que a gentílica cede lugar à família, passando a propriedade privada a pertencer à família, cujos laços são mais fortes.

1.3 Período medieval

Na Idade Média, a propriedade é permitida somente a determinada classe social. O feudalismo regia a sociedade, e o senhor feudal era a autoridade política e administrativa da época. Neste regime se sobressaíam as relações entre patrono (proprietário) e cliente, sendo a terra cultivada pelo cliente, mas pertencia ao patrono. As relações com os colonos podem ser tidas análogas à da escravatura.

Conforme ensina Leo Huberman, a propriedade feudal está intrinsecamente relacionada à riqueza do homem na história:

“Primeiro a terra arável era dividida em duas partes, uma pertencente ao senhor e cultivada apenas para ele, enquanto a outra era dividida entre muitos arrendatários; segundo, a terra era cultivada não em campos contínuos, tal como hoje, mas pelo sistema de faixas espalhadas. Havia uma terceira característica marcante – o fato de que os arrendatários trabalhavam não só as terras que arrendavam, mas também a propriedade do senhor.”¹²

¹² Huberman, Leo. História da Riqueza do Homem, 21ª edição, Livros Técnicos e Científicos Editora Ltda, p. 5.

Constata-se uma divisão na sociedade cujo reflexo, inexoravelmente, se aplicava no instituto da propriedade, com uma sociedade com modelo de produção agrícola voltada a pequenas células.

E o fim da Idade Média se deu quando começaram a surgir sociedades independentes, que não se submetiam aos senhores feudais. Após essas sociedades surgiram as Cidades-Estados modernas.

1.4 Idade Moderna

A Idade Moderna, compreendida entre 1453 a 1789 (Revolução Francesa) foi marcada pela necessidade de buscar novos mercados, expandir e trocar mercadorias, cunhar novas moedas, tudo que pudesse representar maior riqueza, levando a burguesia a estimular grandes navegações.

Com a intensificação das navegações e descobertas de terras ocorreram implicações diretas no âmbito do instituto da propriedade, pois as novas terras descobertas foram consideradas de propriedade dos reis de Espanha e Portugal.¹³

A propriedade adquire um novo formato, deixando de ser agrícola para se tornar fruto de exploração econômica por parte da burguesia, enfatizando-se a propriedade privada.

Neste período, ocorreram dois movimentos culturais: o Renascimento e o Iluminismo, tendo sido marcados, principalmente, pelo fortalecimento dos Estados nacionais monárquicos, a expansão marítima e colonial, o fortalecimento e expansão do capitalismo.

1.5 Período Contemporâneo

No período contemporâneo constata-se que o direito de propriedade assumiu uma conotação que se tem designado como social, contrariando a característica essencialmente individualista que marcou os períodos anteriores.

¹³ Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8^a edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 691.

Como ensina Rogério Moreira Orrutea, para esse aspecto social da propriedade:

“... concorreram acontecimentos como (...) o movimento socialista utópico – representado por Roberto Owen, Saint-Simon e Fourier – além do movimento anarquista – tendo como grande representante e paladino Pierre-Joseph Proudhon –, e ainda, o chamado movimento socialista científico que conseguiu maior efeito diante dos dois anteriores culminando com movimentos revolucionários de resultado – o seu grande representante foi Karl Marx juntamente com Friedrich Engels –, levado que foi pela doutrina marxista.”¹⁴

A Idade Contemporânea abrange o período entre o final do século XVII, com o fim do absolutismo e a ascensão da burguesia, com a Revolução Francesa de 1789.

Na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, consta em seu artigo 2º que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. Ainda o artigo 17 prevê: “Sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado, ninguém pode ser dela privado, a não ser quando uma necessidade pública, legalmente constatada, exigi-lo de modo evidente e sob condição de uma indenização justa e prévia”.

Também estabelece o artigo 19 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1793: “Ninguém pode ser privado da menor parte de sua propriedade sem consentir nisso, a não ser quando uma necessidade pública legalmente constatada exigi-lo, de modo evidente, e sob condição de uma indenização justa e prévia”.

Na Declaração de 1793 estabeleceu-se expressamente um conceito sobre o direito de propriedade, artigo 16: “O direito de propriedade é aquele que pertence a todo cidadão de desfrutar e de dispor como melhor lhe aprovou de seus bens, de suas rendas, do fruto de seu trabalho e de seu engenho”.

¹⁴ Orrutea, Rogério Moreira. Da Propriedade e a sua Função Social no Direito Constitucional Moderno. Londrina: UEL, 1998, p. 86.

Resta claro, no conceito do direito de propriedade, seu caráter individualista, podendo o cidadão usar da coisa, dispor dela e perceber pelos frutos de seu trabalho.

Além do individualismo, o direito de propriedade na França foi considerado como sagrado, absoluto e imprescritível. Em sendo um direito sagrado, somente Deus poderia tirá-lo do homem, sem qualquer justificativa. Sendo absoluto, ninguém poderia contra ele se opor. E, sendo imprescritível, o proprietário nunca o perderia se não o utilizasse ou mesmo que o abandonasse e outros tomassem sua posse.

Na Constituição Francesa de 1791, no título I, § 4º, houve declaração no mesmo sentido: “A Constituição garante a inviolabilidade da propriedade ou a justa e prévia indenização, daquela propriedade cuja necessidade pública, legalmente comprovada, exija o sacrifício”.

Léon Duguit (Manual de Derecho Constitucional, 2ª Ed. Espanhola. Madrid: Francisco Beltrán, 1926, p. 275-276), citado por André Ramos Tavares, assegura que “Provavelmente a grande maioria dos constituintes e dos convencionais não tiveram um conceito claro e preciso do fundamento da propriedade; nem sequer se colocaram a questão. Entendiam a propriedade como juristas, isto é, desde o ponto de vista das consequências que dela se deduzem, dos benefícios que assegura a seu titular, mas de nenhum modo como filósofos ou economistas, desde o ponto de vista de seu fundamento ou missão social. Pretenderam afirmar que toda propriedade existente era intangível, mas não pretendiam determinar a razão pela qual o era. Se afirmaram solenemente a intangibilidade do direito de propriedade, foi porque a imensa maioria deles eram proprietários. Do ponto de vista político e social, a Revolução foi obra do terceiro estado, isto é, da classe média proprietária; os representantes desta classe formavam a maioria da Constituinte e da Convenção. Sua preocupação constante é a de colocar a propriedade sob a salvaguarda das Declarações de direitos e das Constituições, e de afirmar assim que o direito de propriedade se impõe ao respeito do próprio legislador”.¹⁵

Serão tratados demais aspectos do direito da propriedade no período contemporâneo quando abordarmos a função social da propriedade no direito comparado.

¹⁵ Tavares, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 692-693.

1.6 A propriedade na atualidade

Com o início do século XX, o direito de propriedade teve sua conotação profundamente transformada, transformações estas que ocorreram no âmbito dos fatos, das normas e dos valores.

O direito francês, com o Código de Napoleão, imprimiu uma característica de que não se poderia transpor à propriedade, e por consequência, não haveria possibilidade de ser relativizada.

Porém, a Constituição mexicana de 1917 foi num caminho contrário, cabendo à transcrição na íntegra do que dispõe o seu artigo 27:

“Art. 27. A propriedade das terras e águas, compreendidas dentro dos limites do território nacional, pertence originalmente à Nação, a qual teve e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo assim a propriedade privada. As expropriações somente poderão fazer-se por causa de utilidade pública e mediante indenização. A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público, assim como o de regular o aproveitamento de todos os recursos naturais suscetíveis de apropriação, com fim de realizar uma distribuição equitativa da riqueza pública, cuidar de sua conservação, alcançar o desenvolvimento equilibrado do país e o melhoramento das condições de vida da população rural e urbana. Com esse objetivo, serão ditadas as medidas necessárias para ordenar os assentamentos humanos e estabelecer adequadas previsões, usos, reservas e destinos de terras, águas e florestas, para efeito de executar obras públicas e de planejar e regular a fundação, conservação, melhoramento e crescimento dos centros de população; para preservar e restaurar o equilíbrio ecológico; para o fracionamento dos latifúndios; para dispor, nos termos da lei, sobre a organização e exploração coletiva dos ejidos e comunidades; para o desenvolvimento da pequena propriedade agrícola em exploração; para a criação de novos centros de povoamento agrícola com terras e água que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos recursos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em prejuízo da sociedade. Os núcleos de população que

careçam de terra e água ou não as tenham em quantidade suficiente para as necessidades de sua população, terão direito de ser dotadas destas, tomando-as das propriedades próximas, respeitada sempre a pequena propriedade agrícola em exploração”.¹⁶

Pelo texto constitucional mexicano, a propriedade pertence à nação, cujo domínio é transmitido aos particulares, os quais devem seguir as diretrizes impostas pela Nação não visando atender os interesses públicos e ao bem comum dos cidadãos. Notadamente no que pertine à divisão agrária.

A Constituição alemã de Weimar atribui o direito sucessório para a propriedade, dispõe que a sua natureza e limites serão regulados por lei, deixa claro que a propriedade gera obrigações e que ela deve servir ao bem-estar geral, conforme disposto em seu artigo 153:

“A propriedade e o direito de sucessão hereditária são garantidos. A sua natureza e os seus limites são regulados por lei. A propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem-estar geral”.

Como maior precisão, a atual Constituição alemã (Lei Fundamental de Boon) regula o direito a propriedade, dá garantias ao proprietário quanto à desapropriação por preço justo, mas também considera os interesses da sociedade, como se vê em seu artigo 14:

“1- Serão garantidos a propriedade e o direito de sucessão. Seu conteúdo e limites serão definidos por lei.

2- A propriedade pressupõe obrigações. O seu uso deverá servir também ao bem comum.

3- Só se admitirá a desapropriação em vista do bem comum. Ela só poderá ser efetuada por uma lei ou em virtude de uma lei que estabeleça a natureza e a extensão da indenização. A indenização deverá ser calculada levando-se em conta, de forma equitativa, os interesses da comunidade e os das partes afetadas. “Litígios concernentes ao montante da indenização serão dirimidos pelo Juízo ordinário”.

¹⁶ Miranda, Jorge. Constituições de diversos Países. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, E.P. Lisboa – 1987, p. 180.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, garante o direito à propriedade e veda a sua desapropriação arbitrária, conforme estabeleceu em seu artigo XVII:

“1 - Toda a pessoa tem direito à propriedade, individual e coletivamente.

2 - Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

Nota-se, pois, que às sociedades foram imprimindo características no âmbito das normas que se amoldavam ao sistema econômico e político vigente em cada Estado e em cada época.

As transcrições acima denotam que o direito de propriedade teve destaque nos textos constitucionais, deixando ao largo a primitiva visão de direito privado do instituto.

As Constituições mexicana e alemã transformaram o direito de propriedade em um direito-dever, hipótese em que o proprietário ao exercer seu direito sobre a terra, necessita atender a “função social”, que, no mundo atual, é condição para a existência da sociedade.

Observa-se um novo perfil no direito de propriedade, que foi atribuído pelo sistema constitucional moderno, no qual se faz necessário segregar as limitações ao seu exercício da própria função social.

Porém, o direito de propriedade, não se encontra disciplinado somente no plano normativo constitucional, que exige concisão, mas também no direito civil, estando o direito de propriedade atrelado a vários institutos jurídicos, reconhecendo-se no âmbito normativo a necessidade de se acessar a propriedade e dar a ela a destinação útil e econômica, atendendo o anseio da sociedade.

Conforme os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

“Não existe um conceito inflexível do direito de propriedade. Muito erra o profissional que põe os olhos no direito positivo e supõe que os lineamentos legais do instituto constituem a cristalização dos princípios em termos permanentes, ou que o estágio atual da propriedade é a derradeira, definitiva fase de seu desenvolvimento. Ao revés,

envolve sempre, modificam-se ao sabor das injunções econômicas, políticas, sociais e religiosas. Nem se pode falar, a rigor, que a estrutura jurídica da propriedade, tal como se reflete em nosso Código, é a determinação de sua realidade sociológica, pois que aos nossos olhos e sem que alguém possa impedi-lo, ela está passando por transformações tão substanciais quanto aquelas que caracterizaram a criação da propriedade individual, ou que inspiraram a sua concepção feudal”.¹⁷

Vemos, pois, que a propriedade caminha ao lado da ordem econômica, o que ficou ainda mais evidente na nossa Constituição Federal que estabeleceu ser a propriedade privada um dos princípios da ordem econômica:

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

(...)

II – “propriedade privada”.

Portando, a nossa Constituição, além de inserir a função social da propriedade no capítulo concernente a direitos e garantias individuais, plasma-o como princípio de ordem econômica, subdividindo seus efeitos conforme seja a propriedade urbana ou rural, o que configura uma inovação da Constituição vigente.

Neste contexto, foi desenhado o novo Código Civil, em especial seu art. 1.228, ao prever, em parágrafos inovadores, a função social da propriedade. De lapidar redação, o § 1º estabelece que:

“O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com 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.”

¹⁷ Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.81.

Também digno de transcrição o § 2.º:

"São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem."

Tais disposições vêm conformar-se de acordo com os princípios fundamentais da nova Lei Civil, em especial o *Princípio da Socialidade*. Nas palavras do ilustre coordenador-geral da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, Professor Miguel Reale, em seu artigo "Visão geral do novo Código Civil",

"é constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da Lei vigente, feita para um país ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí, o predomínio do social sobre o individual".

Vemos aí claramente a inserção da propriedade nas limitações exigidas pelo bem da sociedade, o que não deixa de afigurar-se como uma manifestação mais palpável da própria *publicização do Direito Civil*.

De tudo se nota que a funcionalização da propriedade é um processo longo. Por isso é que se diz que ela sempre teve uma função social, sendo que esta se modifica quando há mudanças na relação de produção, alterando por consequência a estrutura do conceito de propriedade.

1.7 A propriedade nos regimes Capitalista, Comunista e Socialista

Na esfera do direito comparado é também sumamente interessante constatarmos a evolução do conceito de "função social da propriedade" e sua inclusão ou não, nos preceitos constitucionais de cada país. Inicialmente, apenas para fins didáticos, vamos dividir em três grupos os países que, constitucionalmente, mencionam ou não, a função social da propriedade, como norma expressa integrante de seu ordenamento constitucional:

- a) os países de democracia capitalista;
- b) os países de regimes socialistas ou comunistas;
- c) os países de democracia social.

1.7.1 Os países de democracias capitalistas.

Nos países que têm com regime político a democracia capitalista, a menção a função social da propriedade é quase inexistente. Atribuí-se tal comportamento ao princípio da livre iniciativa e ao conceito absoluto do direito de propriedade.

As constituições da Grã-Bretanha, Japão, Estados Unidos da América, maiores representantes deste regime político, não fazem qualquer menção a função social da propriedade, sequer como princípio dogmático. A República Federal da Alemanha é que, em sua Constituição promulgada em 23 de maio de 1949, em seu artigo 14, faz uma menção programática à função social da propriedade quando afirma que o uso da propriedade deve servir ao bem estar geral.

Neste grupo de países, onde estão quatro dos sete mais poderosos países do globo, apenas um deles faz uma referência muito leve a este assunto de alta relevância para o equilíbrio social.

1.7.2 Os países socialistas e comunistas.

Dentre os países integrantes do segundo grupo --- os socialistas e comunistas ---, temos que separá-los para melhor estudá-los. Aqui encontramos outro dado muito interessante.

Nos regimes socialistas, prevalece o sistema de propriedades coletivas, embora persistam de modo tênuem os demais sistemas, como, por exemplo, o individual e o familiar. A constituição soviética de 1936 reconheceu quatro tipos de propriedade na URSS, dois socialistas e dois pessoais: a) como propriedades socialistas: a do Estado e as das cooperativas kholkozianas; b) como pessoais: a familiar e a individual. Nos regimes socialistas, a noção de propriedade não está ligada ao conceito de direito real, porque todo o direito é feito para

regular as relações entre homens, sendo inconcebível na concepção marxista um direito que ligue a pessoa à coisa.¹⁸

Os países que se declaram constitucionalmente comunistas, não fazem qualquer menção a função social da propriedade e entendemos que seja pelo seu domínio total dos meios de produção. Assim é que, a antiga Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), de 07 de outubro de 1977, não fazia qualquer referência à função social da propriedade. No mesmo sentido, a Constituição da República Popular da China, de 04 de dezembro de 1982, a Constituição da República de Cuba, a Constituição da Nicarágua

O artigo 4º da Lei Fundamental (Constituição) da União Soviética estabelecia: “A base econômica da URSS é constituída pelo sistema socialista de economia e pela propriedade socialista sobre os instrumentos e meios de produção, firmemente assentados como resultado da liquidação do sistema capitalista de economia, da abolição da propriedade privada sobre os instrumentos e meios de produção e da supressão da exploração do homem pelo homem”.¹⁹

Quando se trata de países com regimes socialistas e que, portanto, não excluem a propriedade privada, encontra-se então consagrado em seus princípios constitucionais à função social da propriedade. Assim é com a Constituição da República Popular da Bulgária de 16 de maio de 1971 que submete em seu artigo 21, item 6, o exercício da propriedade individual e os demais direitos patrimoniais ao interesse social. Do mesmo modo a Constituição da República Popular da Hungria promulgada em 1949, determina em seu artigo 11 o reconhecimento da propriedade particular e no artigo seguinte, submete o exercício dos direitos decorrentes da propriedade à utilidade social e aos interesses coletivos.

Neste grupo, dos socialistas, a Polônia, Romênia e a antiga Tchecoslováquia não fazem qualquer menção a função social da propriedade.

1.7.3 Os países de democracia social.

¹⁸ Loureiro, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁹ Martins, Rodrigo Baptista. “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

Os países integrantes do terceiro grupo --- as democracias sociais ---, na quase totalidade faz constar de seus ordenamentos constitucionais a preservação da função social da propriedade. Assim, além do Brasil já estudado no início deste trabalho, também procede o Chile, que no artigo 24º de sua Carta Magna limita o direito de propriedade, de usar, gozar e dispor na coisa a sua função social. A Espanha, em sua Constituição de 27 de dezembro de 1978, estabelece em seu artigo 33 o reconhecimento do direito de propriedade, porém, limitando seu exercício a sua função social. Assim também procede a Itália, no artigo 42 de sua lei maior.

O México, que em 1917, foi o primeiro país a declarar constitucionalmente a função social da propriedade, o fez no seu artigo 27, estabeleceu a necessidade de aproveitamento da propriedade em sintonia com o interesse público, conservação dos recursos naturais e desenvolvimento equilibrado das comunidades, penalizando as atividades explorativas da propriedade que causem prejuízos à coletividade.

Na mesma esteira o Paraguai no artigo 94, o Peru nos artigos 124 e 125, de suas respectivas constituições. Portugal dedica a Parte II de sua Carta Magna ao disciplinamento do uso da propriedade e da atividade econômica, tratando dos Princípios Gerais e da Política Agrícola e da Reforma Agrária. O Uruguai no artigo 32 e a Venezuela em seu artigo 99 consagram a função social da propriedade.

O regime da propriedade é colocado em primeiro plano no sistema soviético, até porque a doutrina marxista considera que o direito é condicionado pelas estruturas econômicas da sociedade. Daí decorre importantes consequências. Integram o direito de propriedade não só as regras de apropriação e transferência dos bens, mas sobretudo as operações de gestão e exploração, que para nós são típicas do direito obrigacional. Por isso, a classificação tradicional do sistema romano-germânico, que divide os bens em móveis e imóveis, tem pouco interesse ao sistema soviético, que prefere sublinhar a distinção entre os bens de produção e os bens de consumo.²⁰

²⁰ Loureiro, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPÍTULO 2. ASPECTOS LEGAIS E DOUTRINÁRIOS

A idéia de propriedade, em um sentido ao menos assimilável ao que hoje adotamos, é um produto da evolução social. Não é possível estabelecer o tempo e o lugar em que este conceito foi formulado pela primeira vez, mas em certo momento, a sociedade percebeu a necessidade de conservar e transmitir uma condensação de referências de sentido que permitisse distinguir o ter do não-ter.

2.1 Conceito de propriedade

O conceito de propriedade vem sofrendo profundas transformações desde o início do nosso século, mas ainda hodiernamente, há dissensões doutrinárias no tocante ao conceito da propriedade e sua função social.

Com efeito, a tendência demonstrada pela doutrina, bem como pela jurisprudência, de conferir-se a ela o sentido tomado pelo Código Civil, como sendo o direito de usar, gozar, e dispor de uma determinada coisa, o qual não encontra resistência quando colocado em confronto com o texto constitucional.

A propriedade nasce a partir do momento em que o homem percebeu que para sobreviver necessitava possuir coisas e delas extrair os frutos para seu sustento.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha, o surgimento da propriedade precede a norma jurídica, surgindo esta com o fim de solucionar os conflitos no plano social:

“Nascida à propriedade, cumpria impor normas jurídicas, segundo as quais o seu exercício se tornasse fonte de direitos, não de conflitos. Havida a propriedade, sobreveio o direito de propriedade, assim entendido como a concepção e a definição daquela função e do domínio que se possa exercer sobre o seu objeto, em determinado Estado, por força do quanto posto e disposto no ordenamento jurídico”.²¹

E o sentido de propriedade é ampliado por Pontes de Miranda:

²¹ Antunes Rocha, Carmem Lúcia. O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade, in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, editora Del Rey, nº 2 – jul/dez. 2003, Minas Gerais, p. 549.

“Em sentido amplíssimo, propriedade é o domínio ou qualquer direito patrimonial. Tal conceito desdobra o direito das coisas. O crédito é propriedade. Em sentido amplo, propriedade é todo o direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas. (...) Costuma-se distinguir o domínio, que é o mais amplo direito sobre a coisa, e os direitos reais limitados. Isso não significa que o domínio não tenha limites; apenas significa que seus contornos não cabem dentro dos contornos de outro direito. O próprio domínio tem o seu conteúdo normal, que as leis determinam. Não há conteúdo a priori, jusnaturalismo, de propriedade, senso lato, nem conceito a priori, jusnaturalismo, de domínio”.²²

E, independentemente do enfoque, o conceito de propriedade e de domínio não se separam.

Silvio Luís Ferreira da Rocha leciona que propriedade é gênero do qual domínio é espécie:

“Propriedade e domínio são termos equivalentes no emprego comum e cotidiano. Tecnicamente, no entanto, propriedade e domínio têm campos semânticos não coincidentes. Propriedade seria o gênero do qual o domínio seria a espécie. A propriedade abarca toda a sorte de dominação ou senhorio individual sobre coisas corpóreas ou incorpóreas, enquanto o domínio compreende apenas a denominação ou o senhorio individual em relação aos bens corpóreos ou coisas”.²³

Para Arnaldo Rizzato, dentre os direitos reais, o direito de propriedade é o mais importante:

“Considera-se o mais amplo dos direitos reais, o chamado direito real por excelência, ou direito real fundamental”.

...

²² Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Vol. XI, Editora Borsoi, 2^a edição, Rio de Janeiro, p. 9.

²³ Rocha, Silvio Luiz Ferreira. Função Social da Propriedade Pública. Editora Malheiros, São Paulo, 2005, p. 13.

“Em todos os campos da atividade humana e no curso da vida da pessoa, sempre acompanha a idéia do “meu” e do “teu”, desde os primórdios das manifestações da inteligência, o que leva a afirmar ser inerente à natureza do homem a tendência de ter, de adornar-se, de conquistar e de adquirir”.

...

“É a propriedade um direito complexo, pois assegura ao titular a faculdade de disposição. Ou seja, à pessoa se autoriza dispor da forma que entender da coisa, como usá-la, abandoná-la, aliená-la e destruí-la. Reveste-se, outrossim, do caráter de direito absoluto, do que decorre da oponibilidade erga omnes, impondo a todos o dever de respeitá-la. Daí exercer o titular o poder de dominação da coisa, mesmo que deva se submeter a certas limitações. É perpétuo o direito, durando ilimitadamente, e não se perdendo ou desaparecendo pela falta de uso. Considera-se direito exclusivo, ficando os terceiros proibidos de exercer sobre a coisa qualquer dominação”.²⁴

Denota-se que o conceito exposto acima, já não se concilia com o ideário de propriedade para os dias atuais, em que não se pode admitir como direito absoluto.

Sobre o conceito de propriedade, retomamos os ensinamentos de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“Do latim *proprieta*, propriedade significa algo inerente a uma pessoa ou objeto especificado, quer dizer, atributo que singulariza, identificando a pessoa ou bem, aquilo que configura a característica determinante e distintiva concernente a alguém ou a alguma coisa”.²⁵

Diante de tantos conceitos apresentados, apura-se que o conceito de propriedade pode ser interpretado à luz do direito constitucional – entendido como um direito fundamental, cabendo ao Estado garantí-lo – e do direito infraconstitucional – reconhecida a propriedade como um direito privado.

2.2. Do objeto e conteúdo do direito de propriedade

²⁴ Rizzato, Arnaldo. Direito das Coisas. Editora Revista Forense, Rio de Janeiro, 1^a edição, 2004, 2^a tiragem, p. 169.

²⁵ Antunes Rocha, Carmem Lúcia. O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade, in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, editora Del Rey, nº 2 – jul/dez. 2003, Minas Gerais, p. 548.

A propriedade tem como objeto a coisa ou o bem, cuja ênfase se dá àquela que permite o uso e gozo, com o fim de satisfazer as necessidades de seu titular, podendo integrar o direito de propriedade, coisas ou bens, corpóreos ou incorpóreos, com expressão econômica e possuidores de consistência.

Segundo Pontes de Miranda:

“O objeto dos direitos reais são coisas e a construção deles diferencia-se dos direitos pessoais, exatamente pela referência a determinada coisa como bem da vida. Essa referência satisfaz aos juristas para a definição do direito real como poder direto sobre a coisa, ao que se opõe outra parte da doutrina, principalmente francesa, mostrando que há sujeito passivo na relação jurídica de direito real e tal sujeito é a sociedade, todos, o grupo. A inclusão dos direitos do autor na propriedade veio ‘realizar’ o que antes se concebera como direito pessoal”.²⁶

Desta forma, a propriedade é uma coisa corpórea e economicamente apreciável, podendo também ser um bem, sobre o qual se incorpora um valor além do patrimonial.

Silvio de Salvo Venosa deixa claro o significado de “bem”, que “deriva de bonum, felicidade, bem-estar. A palavra coisa, tal como os estudos jurídicos a consagram, possui sentido mais extenso no campo do direito, compreendendo tanto os bens que podem ser apropriados, como aqueles objetos que não podem”.²⁷

O fato de terem sido impostas, com o passar do tempo, limitações ao exercício do direito de propriedade com a inserção de uma função social, não foram aspectos suficientes para subtrair seu contexto de direito absoluto, notadamente quando tratamos do direito do proprietário de usar e dispor da coisa, elementos esses essenciais para dar conteúdo ao presente instituto.

Nesse sentido transcrevem-se os ensinamentos de Arruda Alvim:

²⁶ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito privado, vol. XI, Editora Borsoi, 2^a edição, Rio de Janeiro, p.74.

²⁷ Venosa, Silvio de Salvo. Direito Civil, Vol. I, Parte Geral, 5^a edição, Editora Atlas, São Paulo, 2005, p. 328.

“Penso também que apesar de profundas limitações que vieram se avolumando no mundo inteiro em relação ao direito de propriedade, há um núcleo essencial e irredutível desse direito, na linha do que é extensamente reconhecido na Alemanha, através da sua doutrina e pronunciamentos de seu tribunal constitucional. Quer dizer, apesar da posição realmente radical em torno do sentido de direito de propriedade vir sofrendo profunda atenuação, há um conteúdo nesse direito que não é passível de delimitação. E parece que o núcleo essencial irredutível do direito de propriedade é o direito de usar e de poder dispor da coisa”.²⁸

2.3 Regime jurídico da propriedade

Conforme José Afonso da Silva, “os juristas brasileiros, privatistas e publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao Direito Civil, considerado direito real fundamental. Olvidam as regras de Direito Público, especialmente de Direito Constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas no “conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social”, isto é, mero conjunto de condições limitativas”.²⁹

Segue ainda, argumentando que essa perspectiva é acolhida pelos civilistas, que não consideram as transformações que ocorreram com a propriedade privada, que necessariamente segue a disciplina do Direito Público, que por sua vez está sedimentado nas normas estatuídas no texto constitucional.

Afirma que a Constituição assegura o direito de propriedade como fundamental, cabendo ao Direito Civil regular às relações civis a ela referentes. “Assim, só valem no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art. 1.228), a plenitude da propriedade e seu caráter exclusivo e

²⁸ Arruda Alvim Netto, José Manoel de. Função Social da Propriedade. Principais Controvérsias no Novo Código Civil. Editora Saraiva, São Paulo, 2006, p. 21.

²⁹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 26^a edição, São Paulo, 2006, p. 272.

ilimitado (art. 1.231) etc., assim mesmo com as delimitações e condicionamentos que das normas constitucionais defluem para a estrutura do direito de propriedade em geral".³⁰

Doutrinariamente, a propriedade privada se configurava sob dois aspectos: (a) direito civil subjetivo e (b) direito público subjetivo. Mas essa conceituação cai por terra ao interpretarmos a função social da propriedade como um princípio ordenador da propriedade privada, constituindo-se elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade. Desta forma, os dois conceitos anteriores se fundem alcançando uma visão global do instituto, em que estará presente o conjunto de faculdades do proprietário, delimitada pelos ditames constitucionais impostos.

Admite-se, por consequência, a figura do direito subjetivo privado, tendo de um lado o proprietário e de outro todas as demais pessoas que possuem obrigação de respeitar as faculdades inerentes à propriedade: uso, gozo e disposição (art. 1.228 do Código Civil). As normas de Direito Privado sobre a propriedade têm seu norte no regramento constitucional.

No Código Civil o direito de propriedade está previsto no Livro III (Direito das Coisas), Título III. O direito real (direito das coisas) é o conjunto de normas que regulam as relações jurídicas, que se estabelecem entre o titular e a coisa, bens materiais e imateriais, corpóreos e incorpóreos, que são suscetíveis de apreciação econômica.

Portanto, pode-se afirmar que o regime jurídico da propriedade não se restringe às normas de direito civil, compreendendo sim todo um complexo de normas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais, e, evidentemente, civis, fundamentado nas normas constitucionais. Cabe ao direito civil disciplinar as relações jurídicas civis decorrentes do direito de propriedade. A Constituição confere à propriedade uma concepção mais ampla, determinando juridicamente a sua limitação positiva (até onde vai o conteúdo) e, a sua limitação negativa (até onde vêm ou podem vir as incursões dos outros), procurando orientá-la como um instrumento de bem-estar social.

2.4 Na atualidade: propriedade e valores sociais

³⁰ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 26^a edição, São Paulo, 2006, p. 273

A conceituação de propriedade remonta à Antiguidade, quando era considerada como direito absoluto daquele que a possuía.

Desde a Idade Moderna, quando ocorreram profundas transformações no contexto político econômico mundial, o direito de propriedade teve que se adaptar à nova realidade.

E os textos constitucionais passaram a cotejar, além do direito de propriedade, diversos outros direitos carregados de valor social. Esses direitos foram idealizados visando amenizar as consequências drásticas que o regime capitalista representa para a sociedade.

Os valores sociais devem ser entendidos como uma linha divisória entre o individualismo e a socialização do direito, cujo objetivo principal é alcançar o bem comum.

Para Guilherme José Purvin de Figueiredo, as funções sociais objetivam estancar as desigualdades e estabelecer a paz nas relações sociais:

“A concepção de função social da propriedade está presente na filosofia positivista, que leva sempre o ponto de vista social em oposição à noção de direitos individuais. O conceito de função social da propriedade não guarda, porém qualquer afinidade com o pensamento socialista, seja na Obra de Comte, seja, na de Duguit. O cumprimento das funções sociais destina-se a pacificar relações sociais estabelecidas dentro de um sistema de rígida hierarquia e de perpetuação das desigualdades”.³¹

Conforme registra Leon Duguit (Manual de Derecho Constitucional, 2^a Ed. Espanhola. Madrid: Francisco Beltrán, 1926, p. 275-276), citado por André Ramos Tavares, a propriedade deixou de ser um direito subjetivo do indivíduo, para se converter na “função social do detentor de capitais mobiliários e imobiliários”. Nas palavras do próprio autor: “A propriedade implica, para todo detentor de uma riqueza, a obrigação de empregá-la em acrescer a riqueza sócia, e, mercê dela, a interdependência social. Só ele pode cumprir certo dever social. Só ele pode aumentar a riqueza geral, fazendo valer a que ele detém. Se faz, pois, socialmente obrigado a cumprir aquele dever, a realizar a tarefa que a ele incumbe em

³¹ Figueiredo, Guilherme José Purvin de. A Propriedade no Direito Ambiental. Adcoas, Rio de Janeiro, 2004, p. 71.

relação aos bens que detenha, e não pode ser socialmente protegido se não a cumpre, e só na medida em que a cumpre”.³²

2.5 Propriedade e propriedades

No ordenamento jurídico, notadamente no texto Constitucional, a propriedade não consiste em uma instituição única, mas várias instituições distintas, com vinculação aos diversos tipos de bens e de titulares, cabendo a denominação de propriedades.

Conforme José Afonso da Silva existem vários tipos de propriedade e para cada um deles, a função social atua de forma diversa:

“Em verdade, uma coisa é a propriedade pública, outra a propriedade social e outra a privada; uma coisa é a propriedade agrícola, outra a industrial; uma, a propriedade rural, outra a urbana; uma, a propriedade de bens de consumo, outra, a de bens de produção; uma, a propriedade de uso pessoal, outra a propriedade/capital. Pois, como alertou Pugliatti, há bastante tempo: “no estado das concepções atuais e da disciplina positiva do instituto, não se pode falar de um só tipo, mas se deve falar de tipos diversos de propriedade, cada um dos quais assume um aspecto característico”. Cada qual desses tipos pode estar sujeito, e por regra estará, a uma disciplina particular, especialmente porque, em relação a eles, o princípio da função social atua diversamente, tendo em vista a destinação do bem objeto da propriedade”.³³

Pelo contexto, reafirma-se a posição de que o regime jurídico da propriedade não é função exclusiva do Direito Civil, mas sim de uma ramificação de normativos que passam pelo campo administrativo, urbanístico, empresarial e civil, todos acobertados pelo manto da norma constitucional.

2.6 Propriedade privada e Propriedade pública

³² , André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8^a edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 693-694

³³ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, 26^a edição, São Paulo, 2006, p. 274, que cita ainda Salvatore Pugliatti, e seu *La Proprietà e Le Proprietà*.

Podemos considerar a existência de dois tipos de propriedade que se destacam em nosso ordenamento jurídico: a propriedade privada e a propriedade pública como preleciona Pontes de Miranda:

“A propriedade, conforme seja destinada à satisfação preferente de interesses dos particulares, ou seja à satisfação preferente de interesses públicos, diz-se privada ou pública”.³⁴

2.6.1 Propriedade Privada

A propriedade privada não deriva da natureza, mas do consentimento, visto que o estado natural era uma condição na qual os bens pertenciam a alguém e a competição por eles produzia uma “guerra de todos contra todos”. A propriedade privada é a criação do Estado que protege os proprietários das transgressões de seus semelhantes.³⁵

O direito de propriedade foi evoluindo nas legislações, sendo entendido como o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la de quem a detenha injustamente. O direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa a auferir-lhe os produtos. O direito de dispor consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem.

Para os gregos, na antiguidade, propriedade tinha uma vinculação com a família, com a prática da divisão e atribuição de terras entre os clãs, limitando-se a propriedade individual aos bens móveis.

A propriedade plena individual, somente se expande com o aparecimento da economia monetária.

³⁴ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, Vol. XI, Editor Borsoi, 2^a edição, Rio de Janeiro, p.10.

³⁵ Hobbes, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Coleção Os Pensadores).

Para os romanos, o conceito de propriedade passou a ser de privada absoluta, denominada de dominium, e a aplicaram aos imóveis e aos escravos – um conceito ausente do vocabulário grego. Para ser qualificado como dominium, um objeto tinha de satisfazer a quatro critérios: deveria ter sido obtido legalmente, ser exclusivo, absoluto e permanente. A definição de lei romana mais conhecida descrevia dominium como “o direito de usar e consumir uma determinada coisa de acordo com a lei.”³⁶

Na Antiguidade utilizava-se somente domínio. Aliás, ao não diferenciar o direito com a coisa sobre a qual ele recai, admitia-se o domínio tão somente sobre coisas materiais.

A expressão proprietas surgiu somente na fase romano-bizantina. Também as conhecidas expressões, ius utendi, fruendi et abutendi não foram mencionadas pelos antigos romanos.

Com a expansão do território romano ao redor do mar Mediterrâneo, foi formulada uma Lei das Nações (jus gentium) que concentrava as normas adotadas por todas as nações até aquele momento conhecidas. A Lei das Nações paulatinamente fundiu-se com a Lei da Natureza (jus naturale); o processo foi concluído no início do século III da nossa Era. Passou então a existir um postulado fundamental do pensamento ocidental: o certo e o errado não são conceitos arbitrários, mas normas fundamentadas na natureza e, portanto concernentes a toda a humanidade; problemas éticos devem ser resolvidos com base na lei da natureza, que é racional e supera a lei positiva (jus civile) das sociedades de indivíduos.

A igualdade do homem, notadamente perante a lei, e o princípio dos direitos humanos é um aspecto primordial da Lei da Natureza, inclusive os direitos à propriedade, os quais precedem o Estado, e por isso independem dele. Nas palavras de Cícero: “o governo não deveria interferir na propriedade privada, porque havia sido criado com a finalidade de protegê-la”. Mil e quinhentos anos depois, essas idéias forneceriam a pedra angular filosófica da democracia ocidental.³⁷

³⁶ Pipes, Richard. “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

³⁷ Pipes, Richard. . “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011i.

Com as invasões bárbaras vieram substanciais alterações no sistema proprietário romano.

Os povos germânicos não tinham um conceito de propriedade exclusiva similar ao romano e a concebiam como uma relação de gozo com a coisa, que se exprimia pelo termo gewere, equivalente, em latim, a vestidura, ou a investidura, ou algo semelhante a um direito parcial de usufruto. Viável, para eles, o fracionamento da propriedade em tantas relações de gozo possíveis sobre uma coisa, como, por exemplo, sobre árvores separadas da terra. Essa nova noção de múltiplos domínios foi aceita e aplicada pelos juristas do renovado direito romano, sob os conceitos de domínio útil e domínio direto.³⁸

No século XVIII a propriedade passou a ter um novo fundamento, passando do caráter divino a garantia fundamental de liberdade do cidadão, contra a intervenção do Estado, tanto a Bill of Rights da Virginia de 1776, quanto a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, elevam a propriedade, juntamente com a liberdade e a segurança, como direitos naturais, inerentes e imprescritíveis da pessoa humana.

O direito de propriedade sempre foi a base de nossa vida social. Desde as origens gregas da filosófica política os mais eminentes pensadores assinalaram a estreita relação existente entre as instituições econômicas e as idéias políticas. Em a República, Platão preconiza o seu desaparecimento e, bem assim, Tomas Campanella em A Cidade do Sol, na qual viveriam todos sob a égide do Estado; do mesmo modo Tomas Morus combateu na Utopia o despotismo, o luxo, a venalidade dos cargos e a propriedade individual. Outros, entretanto, como Aristóteles, entenderam ser a propriedade privada indispensável à vida dos indivíduos e das coletividades. A Escola Histórica de Cujacio e Vico reconhecia na essência do direito de propriedade, a lenta evolução dos costumes; a prova de sua necessidade nos era oferecida pela História, porque a propriedade foi sempre mantida nas legislações através dos séculos.³⁹

Ainda que se possa remontar à antiguidade clássica na busca das raízes da idéia de constituição, quer no pensamento greco-romano, que na época medieval, o uso de termos

³⁸ Loureiro, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

³⁹ Martins, Rodrigo Baptista “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011.

correlatos não corresponde à noção de lei fundamental enquanto limites pré-constitutivos do Estado. Mesmo que o conceito histórico-universal atribua a toda sociedade politicamente organizada, quaisquer que sejam suas estruturas legais, formas de ordenação capazes de serem designadas por constituição, o instituto é criação da época moderna.⁴⁰

2.6.2 Propriedade Pública

A propriedade pública é categoria distinta da propriedade privada: a) pela inexistência de um regime jurídico uníquo de propriedade pública, equivalente ao da propriedade privada, tendo em vista a diversidade de categorias de bens públicos que ensejam a adoção de regimes jurídicos diversos, decorrentes da natureza do bem e do interesse jurídico a ser protegido; b) pela impossibilidade do uso exclusivo (exclusividade) pelo titular da propriedade pública, no caso, o Estado, porque uma parte dos bens públicos são vocacionados para o uso direto (bem de uso comum do povo) ou indireto (bem de uso especial) da coletividade; c) pela distinção entre o titular do bem (ente público), o administrador do bem (agente público) e o beneficiário do bem (a coletividade); d) pela impossibilidade de se retirar do campo do Direito Público a disciplina dos vínculos jurídicos existentes entre o Estado e as diversas categorias de seus bens; e) pela indisponibilidade dos interesses públicos postos na esfera de cada ente público; f) pela vigência plena, na atividade estatal, do caráter funcional desta, que abole qualquer possibilidade de se falar em autonomia privada ou regime de direito privado, mormente quanto aos bens públicos.

De acordo com José Afonso da Silva:

“Qualquer bem pode ser de propriedade pública, mas há certas categorias que são por natureza destinadas à apropriação pública (vias de circulação, mar territorial, terrenos da marinha, terrenos marginais, praias, rios, lagos, águas de modo geral etc.), porque são bens predispostos a atender o interesse público, não cabendo sua apropriação privada”.⁴¹

⁴⁰ Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1992.

⁴¹ Silva, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 26^a edição, São Paulo, 2006, p. 275

Encontramos no ordenamento jurídico, tanto no âmbito Constitucional quanto no infraconstitucional, garantia ao direito da propriedade privada. Deve-se ter claro que, atualmente, os normativos encerram a obrigatoriedade de cumprimento da função social tanto para a propriedade pública quanto a privada.

No que pertine ao regime jurídico da propriedade privada e pública, repisamos os ensinamentos de José Afonso da Silva, que discorda dos civilistas e publicistas que defendem que o regime jurídico da propriedade vincula-se ao Direito Civil.

“Tudo isso aliás, não é difícil de entender, desde que tenhamos em mente que o regime jurídico da propriedade não é uma função do Direito Civil, mas de um complexo de normas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis (certamente), sob fundamento das normas constitucionais”.⁴²

⁴² Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, 26^a edição, São Paulo, 2006, p. 274

CAPÍTULO 3. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Para André Osório Godinho:

“A terra, urbana ou rural, é um dos elementos fundamentais da vida humana. Nela a vida se desenvolve, nela a vida se sustenta. A propriedade imóvel, desta forma, deve ser utilizada de acordo com a sua função social, assegurando a realização dos objetivos básicos da vida”.⁴³

A sociedade, com suas constantes mudanças, demonstra que em cada um dos períodos da história da humanidade existiram diversos ideais. Assim é que, legalmente reconhecida desde o Direito Romano, a propriedade imóvel foi considerada por muito tempo intangível, absoluta, ou seja, não sofria restrições de forma substancial, sendo protegida até mesmo do poder público, ainda que pretendesse molestá-lo a pretexto de salvaguardar o bem coletivo.

Com o declínio do Estado Liberal começou a ocorrer uma modificação nessa concepção que predominava no Ocidente, ocasionado pelos novos direitos dos cidadãos que se consolidaram com o advento do Estado Social.

O direito positivo brasileiro, a exemplo de em outros países, sofreu, ao longo do tempo, lentas, mas significativas alterações, alternando períodos de progresso e retrocesso que refletiam nas diversas Cartas Políticas editadas a partir da época imperial.

Contudo, somente a partir da Constituição Federal de 1988 que, houve uma aproximação do direito com os fatos sociais, integrando no corpo normativo brasileiro os princípios genéricos do respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. No que tange ao direito de propriedade, a função social da propriedade imobiliária, que já constava como princípio na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional de 1969 foi remetida à categoria dos direitos e garantias fundamentais, que acrescido aos princípios genéricos, estabeleceu uma nova visão, que diz respeito tanto à propriedade urbana quanto à

⁴³ Godinho, André Osório. Função Social da Propriedade, in Problemas de Direito Civil-Constitucional. Gustavo Tepedino (Coord.), Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 412.

rural, caindo por terra a visão individualista que prevalecia, adotando-se uma posição adequada e focada no bem-estar social.

A função social da sociedade, embora com viés distorcido por muitos em seu sentido, vem sendo discutida em veementemente em embates, muitas das vezes com derramamento de sangue, tal qual ocorria na época medieval, notadamente quando tratamos de disputas entre proprietários e não proprietários nas áreas rurais, ambos, em muitas situações, imbuídos de propósitos que se revelam pela mesquinhez e ambição.

A função social conforme disposta no texto constitucional deixa de ser uma ameaça ao direito de propriedade, passando a ser uma garantia ao seu exercício, na medida em que racionaliza o seu uso e impede a desapropriação sem prévia e justa indenização. Importando, na proteção tanto de proprietários como de não-proprietários – com a garantia do exercício do direito da propriedade, atendendo a destinação econômica e ao mesmo tempo com respeito às leis trabalhistas e previdenciárias, preservação ao meio ambiente (conservação das reservas florestais e da fauna, não poluição das águas etc.), e que eventual exploração favoreça ao bem-estar dos proprietários e trabalhadores.

Toda essa alteração no sentido do direito de propriedade não privou o proprietário de seus direitos, dentre os quais se inclui até mesmo o de reaver seu imóvel do poder de quem quer que injustamente o possua, para tanto podendo fazer uso, inclusive, da autodefesa (artigos 502 e 524 do Código Civil Brasileiro).

O Estado através dos três Poderes é que deve atuar com o fim de efetivação dos preceitos constitucionais: o Executivo na execução de políticas eficazes de distribuição de terras; o Legislativo elaborando normas que possibilitem sua instrumentalização; e, o Judiciário, não permitindo os excessos, fazendo valer o devido processo legal, haja vista ser inaceitável que o proprietário seja indevidamente destituído dos seus bens pelo uso ilegal da força, sem que haja decisão judicial ou, ainda, decreto de desapropriação, sob pena de incorrer-se em atraso no princípio da segurança jurídica, com o comprometimento, do próprio estado de direito.

A sociedade deseja que seja garantido aos brasileiros, conforme previsto no texto constitucional, a realização do direito de moradia e de disposição de solo apropriado ao

desenvolvimento de atividades que garantam o sustento de suas famílias, sem afrontar o direito de propriedade, sendo propósito do poder público, resultando na solução do grave problema social.

O conceito de função social da propriedade, mesmo que inserido recentemente em nosso ordenamento, recebeu relevantes contribuições da Igreja medieval e sua doutrina. Conforme bem explicitado por Telga de Araújo:⁴⁴

"desde Santo Ambrósio, propugnando por uma sociedade mais justa com a propriedade comum, ou Santo Agostinho, condenando o abuso do homem em relação aos bens dados por Deus, e Santo Tomás de Aquino, que vê na propriedade um direito natural que deve ser exercido com vistas ao bonum commune, até aos sumos pontífices que afinal estabeleceram as diretrizes do pensamento católico sobre a propriedade, sempre em todas as oportunidades, a Igreja apreciou a questão objetivando humanizar o tratamento legislativo e político do problema".

Com a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, foi teorizado pela Igreja o direito a propriedade, quando se passou a discutir a contribuição ao bem comum, que deveria ser ensejada pelo uso da propriedade. Neste sentido, é a contribuição de São Tomás, ao pregar que, no concernente ao uso, o homem não deve possuir os bens exteriores como próprios, mas como comuns, de tal forma que facilmente os comunique nas necessidades dos outros.

Assim, prega a Igreja que a propriedade tem como característica intrínseca a função social, compreendendo o individual e o social, admitindo ainda a propriedade pública dos bens cuja apreensão individual configuraria um risco para o bem comum.

Seguindo as concepções da Igreja, Léon Duguit conceitua a propriedade como sendo função social, prelecionando que a transformação da instituição jurídica da propriedade, sendo do proprietário a incumbência de utilizá-la no desenvolvimento da riqueza e do bem comum. No seu entender a propriedade deixa de ser um direito do indivíduo para verter-se em função social.

⁴⁴ Araújo, Telga de. Função Social Da Propriedade, Enciclopédia Saraiva de Direito, v.39, p. 7, 1977.

A concepção de propriedade de Duguit revelou-se interessante ao regime fascista italiano, uma vez que entendia pela negação de direitos subjetivos, individuais, e a consequente concepção de só haver deveres em relação à sociedade, afigurou-se altamente conveniente a um regime totalitarista, na medida em que o Estado, naquele sistema representava a encarnação da sociedade. A atribuição à propriedade passou de um conceito jurídico de função social a uma ferramenta ideológica de sustentação daquele regime.

Transcrevemos o artigo 42 da Constituição Italiana, *in verbis*:

"A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, aos entes públicos ou privados. A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei que determina seus modos de aquisição, gozo e limites com o escopo de assegurar-lhes a função social e torná-la acessível a todos".

Para os juristas italianos a questão da determinação da função social é respondida como o exercício da propriedade em conformidade com a política econômico-social adotada pelo governo, e definida pela estrutura corporativa. Temos então que a concepção fascista de função social da propriedade, embora discutível em seus fins, afigura-se como uma grande contribuição ao atual conceito deste instituto.

3.1 Função Social do Direito de Propriedade

O evolucionar histórico dos institutos da propriedade e de sua função social acabaram por desaguar, juntamente com o Direito Civil em geral, em seara Constitucional. Destarte, o Código Civil deixa o centro das atenções no estudo do tema trazido à baila, cedendo lugar às normas superiores, o que decorre do princípio de supremacia da Constituição.

Tal fenômeno pode ser observado na Constituição do México de 1917, que, conforme já mencionado, foi o marco histórico de inserção, no contexto normativo, do cunho social que deveria reger as relações da sociedade, estabelecendo em seu art. 27 que "*A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]*". Não deixando dúvidas quanto a inovação no campo jurídico, tratando do aspecto social que norteará as relações estabelecidas na sociedade.

Também a Constituição da Alemanha de 1919 - Constituição de Weimar trouxe, em seu art. 153 que *"A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social"*.

Formada está a nova concepção do direito de propriedade, consagrando o aspecto social, em que o Estado disciplina o instituto da propriedade, priorizando o interesse público ao do particular.

Fábio Konder Comparato leciona sobre o importante avanço normativo que a Constituição mexicana representou quando estabeleceu direitos sociais ao trabalhador, conforme a seguir transcreve-se:

“O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana em relação ao sistema capitalista foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeito à lei da oferta e da procura no mercado. Ela firmou o princípio da igualdade substancial de posição contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes do trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito, e, portanto da pessoa humana, cuja justificativa se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar”⁴⁵

Denota-se a inter-relação do direito de propriedade com os direitos sociais dos trabalhadores, que vivem essencialmente da produção agrícola para sua sobrevivência.

Essa mesma importância pode ser atribuída à Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar), que introduziu no campo normativo europeu a figura do estado social de direito, criando valores não abrangidos pelo liberalismo econômico.

Fábio Konder Comparato também tece comentários sobre a Constituição alemã:

⁴⁵ Comparato, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, Editora Saraiva, 4^a edição, São Paulo, 2005, p. 177.

“A estrutura da Constituição de Weimar é claramente dualista: a primeira parte tem por objeto a organização do Estado, enquanto a segunda parte apresenta a declaração dos direitos e deveres fundamentais, acrescentando às clássicas liberdades individuais os novos direitos de conteúdo social.

...

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Esses, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públícos não estavam autorizados a invadir”.⁴⁶

Portanto, nasce com a Constituição mexicana e a alemã um novo modelo de Estado – o Estado Social de Direito, com a socialização do direito, impondo ao proprietário regramento quanto à utilização de sua propriedade privada de forma a preservar sua função social.

No Brasil, a interrupção do Estado Novo possibilitou que o conceito “função social” entrasse em nosso cotidiano jurídico com a Constituição de 1946, dada, pois embora houvesse disposição constitucional acerca da regulação legal da propriedade, a vontade do regime ditatorial prevalecia em todas as ocasiões. Somente em 1967, apareceu textualmente a função social, como princípio de ordem econômica.

Desta forma, pode-se entender que a norma jurídica estatuída, ante a luz da função social, objetiva atender as necessidades do indivíduo e da coletividade harmonicamente.

A função social do direito, além de encontrada nos textos constitucionais, também permeia as relações jurídicas negociais.

3.2 Função Social da Propriedade no Direito Comparado

Dita o Código Napoleônico de 1804 que propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas de maneira absoluta, desde que seu uso não viole leis ou regulamentos. Ninguém

⁴⁶ Comparato, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, Editora Saraiva, 4^a edição, São Paulo, 2005, p. 189-190.

pode ser forçado a desistir de sua propriedade a menos que seja para o bem público e por meio de justa e prévia indenização.

Conforme explanado anteriormente, a introdução da função social da propriedade no contexto jurídico se deu com a aprovação do texto constitucional mexicano e o alemão.

A seguir passaremos a examinar algumas constituições da Europa que trouxeram à baila o conceito de propriedade com destaque para sua função social.

3.2.1 Alemanha

Com a Constituição de Weimar de 1919 a função social do direito galgou espaço no contexto normativo, com o reconhecimento de diversos direitos humanos fundamentais.

Na Constituição alemã restou garantido o direito de propriedade, o direito de sucessão. Além de mencionar que à propriedade pressupõe obrigações, contudo seu uso deve servir ao bem comum. Destaca-se a figura da desapropriação, permitida para o bem comum, e com pagamento de indenização. Conforme prescrito nos artigos 14 e 15, a seguir transcritos:

“Artigo 14. 1. São garantidos o direito de propriedade e o direito de sucessão. O seu conteúdo e os seus limites são estabelecidos pela lei.

2. A propriedade obriga o seu uso e deve, ao mesmo tempo, servir o bem-estar geral.

3. A desapropriação tem de ser exigida pelo bem comum e apenas pode dar-se por força de lei ou com base em lei que estabeleça o modo e o montante da indenização.

Na fixação da indenização, ter-se-ão em justa conta os interesses da comunidade e os dois expropriados, e, em caso de litígio, estes podem dirigir-se aos tribunais.

Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Esses, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações do campo bem demarcado da liberdade individual, que os Poderes Públícos não estavam autorizados a invadir”.

Art. 15. Com a finalidade de socialização e por meio de lei que regule a forma e o montante da indenização, podem ser transferidos para a propriedade pública ou para

outras formas de economia pública a terra e o solo, as riquezas naturais e os meios de produção. Quanto à indenização, aplica-se por analogia o disposto no art. 14”.

A exemplo do que se apresenta na Constituição alemã, o Código Civil alemão também adotou o princípio da função social da propriedade, como condicionante ao bem da sociedade.

3.2.2 França

Na França ganhou destaque a lição de León Duguit, para o qual a propriedade deixou de ser um direito subjetivo do indivíduo, para se converter na “função social do detentor de capitais mobiliário e imobiliários”.⁴⁷

A doutrina desse autor foi reconhecida entre a maioria dos juristas ocidentais, o qual interpreta que a instituição da propriedade deve alcançar um fim pela própria razão de ser da instituição.

No direito francês a propriedade era considerada como um direito absoluto, atendendo aos anseios da sociedade burguesa da época.

Para José Rodrigues Arimatéa:

“(...) o Código Civil francês, ao admitir a limitação de uso da propriedade por regulamento, possibilitou ao Poder Público vedar determinada forma de uso da propriedade que, discricionariamente, entende ser nociva aos interesses defendidos naquele momento”.⁴⁸

A despeito das considerações do ilustre jurista, temos que considerar que a intervenção estatal era ínfima, remanescentes a idéia do direito absoluto da propriedade.

3.2.3 Itália

⁴⁷ Tavares, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 8^a edição, São Paulo, 2010, p. 693, que cita ainda León Duguit, e seu *Manual de Derecho Constitucional*, p. 276.

⁴⁸ Arimatéa, José Rodrigues. *O Direito de Propriedade. Limitações e Restrições Públicas*. Editora Lemos e Cruz, São Paulo, p. 30.

A Constituição italiana previa o direito de propriedade com uma função social, instituto sedimentado com direito fundamental na Constituição de 1947, quando em seu artigo 42 estabelece:

“A propriedade é pública ou privada. Os bens econômicos pertencem ao Estado, aos entes ou aos particulares. A propriedade particular é reconhecida e garantida pela lei, que determina os medos de aquisição, de gozo e limites com a finalidade de assegurar a função social e de torná-la acessível a todos. A propriedade particular poderá ser expropriada, nos casos previstos pela lei, e contra indenização, por razões de interesse geral. A lei fixa as regras e os limites da sucessão legal o testamentária, assim como os direitos do Estado sobre as heranças”.

Para o jurista italiano Pietro Perlingieri:

“Toda lei deve realizar também a função social da propriedade, salvo se for atuativa de institutos ablativos como a expropriação ou a nacionalização, para os quais o discurso seria diverso. Enquanto que a função social atribui ao legislador um controle de conformidade (em termos de idoneidade, coerência, razoabilidade), a ablação sancionatória é chamada em causa somente na hipótese patológica, como consequência da não atuação da função social”.⁴⁹

Para a doutrina italiana, o proprietário do bem tem dever de utilizá-lo para atender e satisfazer às necessidades do bem comum da coletividade, sendo que a propriedade exerce uma função econômica.

3.2.4 Portugal

A Constituição portuguesa dispõe em seu artigo 62:

“1. A todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição.

⁴⁹ Perlingieri, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao direito Civil Constitucional*. 2^a edição, Editora Renovar, tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, 2002, p. 226.

2. A requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efetuadas com base na lei e, fora dos casos previstos na Constituição, mediante pagamento de justa indenização”.

Logo a seguir, o artigo 65, dispõe:

“1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.

2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

- a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território (...)
- c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral (...”).

No artigo 82 assegura-se a coexistência de três setores de propriedade dos meios de produção: o setor público, o privado e o cooperativo e social.

Na doutrina portuguesa entende-se que pelo fato do instituto da propriedade estar inserida no capítulo da ordem econômica ela deve atingir os fins sociais, e ainda, por estar prescrita em lei deve ser obedecida.

Sobre a função social da propriedade a jurista Ana Prata esclarece:

“Ou se concebe a função social como uma espécie de cláusula geral do direito privado, destinada a funcionar como instrumento de aferição e adequação judicial dos comportamentos proprietários, ou se entende que a lei a utiliza directamente para realizar a justiça social, isto é, que ela se resolve, primariamente, em obrigações postas a cargo dos proprietários, ou finalmente. Assume uma posição eclética, entendendo que é, primariamente, a lei que cabe dar conteúdo à noção de função social – que não deixa nunca de ter um certo grau de indeterminação – mas que, do mesmo passo, é possível, a partir das disposições legais, ter uma noção de função social que serve como instrumento judicial de apreciação das condutas dos proprietários em concreto.

...

“Em síntese, pode, caracterizar-se a função social da propriedade na Constituição portuguesa segundo duas idéias básicas: de uma forma genérica, a proteção da propriedade – de bens de produção – resolve-se, tendencialmente, na proteção da utilidade produtiva de bens, isto é, a função social analisa-se em obrigações de utilizar o bem de acordo com a sua função produtiva, de forma a contribuir para o incremento da produção nacional, e sem lesão dos interesses dos consumidores e utentes dos bens e serviços produzidos; de uma forma mais específica, a propriedade constitui um instrumento de instauração de novas relações de produção e de novas relações sociais”.⁵⁰

3.2.5 Espanha

Na Constituição espanhola também há o reconhecimento do direito de propriedade com uma função social, conforme dispõe em seu artigo 33:

“1. São reconhecidos o direito à propriedade e o direito à herança. 2. A função social desses direitos delimitará a seu conteúdo nos termos da lei. 3. Ninguém poderá ser privado dos seus bens e direitos a não ser por causa justificada de utilidade pública ou interesse social, mediante a correspondente indenização e em conformidade com o disposto nas leis.”

3.3 Função Social da Propriedade no Direito Constitucional Brasileiro

O instituto da propriedade sempre foi incluído no âmbito normativo constitucional, desde a primeira constituição brasileira.

No Brasil, com a interrupção do Estado Novo o conceito de “função social” foi inserido em nosso cotidiano jurídico com a Constituição de 1946, pois embora houvesse disposição constitucional acerca da regulamentação legal da propriedade, a vontade do regime ditatorial prevalecia em todas as situações. Somente em 1967 apareceu textualmente a função social, como princípio de ordem econômica.

⁵⁰ Prata, Ana. A tutela Constitucional da Autonomia Privada. Editora Almedina, Coimbra, p. 177.

Na evolução histórica das Constituições brasileiras, pode-se distinguir três fases, cada uma das quais marcada por influência de valores políticos, jurídicos e ideológicos diversos na formalização das instituições em geral – e da propriedade em particular – embora seja inegável a existência de uma incorporação cumulativa dos diferentes influxos. A primeira fase está ligada aos padrões constitucionais inglês e francês do século XIX; a segunda, ao modelo norte-americano; a terceira, ao constitucionalismo de origem alemã vigente no século XX⁵¹, inclusive nas atividades desportivas.

A seguir abordaremos os textos constitucionais brasileiros com o fim de se identificar em que momento foi introduzido o instituto da função social da propriedade no plano normativo brasileiro.

3.3.1 Constituição de 1824

Na Carta Imperial a concepção da propriedade estava ligada à noção de um direito abstrato de caráter perpétuo, usufruído independentemente do exercício desse direito, não era possível perder esse direito pelo não-uso.

No Título 8º - Das disposições gerais, e das garantias dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros -, denotando caráter liberal, dispunha:

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

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos, em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização”.

3.3.2 Constituição de 1891

⁵¹ Bonavides, Paulo “apud” Ferreira, Simone Nunes, Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul, Revista Jurídica, Brasília, v. 8, n. 83, p.180-192, fev./mar., 2007. Disponível em: WWW.planalto.gov.br. Acesso em: 25/julho/2011. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

A constituição republicana de 1891, em sua Seção II – Declaração de Direitos -, no artigo 72 também garante, em termos semelhantes a de 1824, o direito de propriedade, marcado pelo individualismo: “a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”.

Nesta mesma linha, dispunha o parágrafo 17 do artigo 72: “O direito de propriedade mantém em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria”.

Por força do liberalismo norte-americano, o texto constitucional ampliou a proteção à propriedade intelectual, dispondo:

“§ 25 - Os inventos industriais pertencerão aos seus autores, aos quais ficará garantido por lei um privilégio temporário, ou será concedido pelo Congresso um prêmio razoável quando haja conveniência de vulgarizar o invento.

§ 26 - Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las, pela imprensa ou por qualquer outro processo mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

§ 27 - A lei assegurará também a propriedade das marcas de fábrica.”

3.3.3 Constituição de 1934

A constituição de 1934 em seu artigo 37, parágrafo 17, demonstrou um avanço, pois dispunha, ainda que de forma indireta a respeito da função social da propriedade:

“É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar

da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

Legislação complementar, que daria efetividade à vedação do exercício da propriedade contra o interesse social ou coletivo, jamais foi editada. Inegável, porém, a influência das Constituições mexicana (1917) e alemã (1919) na nossa Carta, ao inserir a subordinação do interesse individual ao coletivo e social.

3.3.4 Constituição de 1937

O artigo 122, nº 14, da Constituição de 1937, apenas assegurou o direito à propriedade e fez vaga referência que seu conteúdo e limites seriam definidos nas leis que regulassem o seu exercício, o que denotou um retrocesso ao texto anterior.

No artigo 143 foram mantidas as minas e demais riquezas do solo, bem como as quedas-d’água, como propriedade distinta da do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial, sendo para tanto, necessária autorização federal para sua exploração, ainda que de propriedade privada.

3.3.5 Constituição de 1946

Na Constituição de 1946 as idéias conservadoras prevaleceram às progressistas ou socialistas. A composição social e profissional de seus membros, “congregava maciçamente titulares de propriedades. Mais de 90% dos constituintes eram pessoalmente proprietários, ou vinculados por seus parentes próximos – pais e sogros – à propriedade, sobretudo imobiliária. Compreende-se que desse corpo coletivo jamais poderia brotar texto oposto à propriedade”.⁵²

A constituição de 1946, após a omissão da Carta de 1937, estabeleceu, de modo explícito, em seu artigo 147, que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A Lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, parágrafo 6º, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”. O preceito constitui um marco jurídico, porque prevê a desapropriação por interesse social e, sobretudo, aponta

⁵² Baleiro, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

um norte à legislação infraconstitucional, no sentido de assegurar a justa distribuição e igual oportunidade de acesso à propriedade. Pela primeira vez, em nosso ordenamento, passou se a exigir do proprietário não somente uma abstenção, um não-fazer, mas uma teia de atos positivos, concretos, de exploração econômica do imóvel rural. A propriedade passou a ser um direito-dever, em nosso direito positivo.⁵³

A limitação do direito de propriedade em relação às minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial continuou expressa no texto constitucional, o qual regulava:

3.3.6 Constituição de 1967 e 1969

As constituições de 1967 e 1969, não obstante o ambiente político em que foram geradas, consignaram, explicitamente, como finalidade da ordem social realizar o princípio da função social da propriedade (art. 157, III), regulando inclusive a desapropriação da propriedade territorial rural. A propriedade teve, mais uma vez, posição de destaque, elencada no artigo 153 como direito inviolável da pessoa humana, ao lado dos direitos à vida, à liberdade e à segurança. Pela primeira vez, efetivamente a propriedade é tratada tanto no capítulo dos direitos e garantias individuais quanto no título da ordem econômica e social, o que representa uma mudança profunda no conceito do instituto.

A limitação do direito de propriedade em relação às minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial permaneceu semelhante à da Constituição de 1946, inovando ao assegurar ao “proprietário do solo a, participação nos resultados, da lavra; quanto às jazidas e minas cuja exploração constituir monopólio da União, a lei regulará a forma da indenização.”

3.3.7 Constituição de 1988

Na Constituição de 1988 o direito à propriedade privada e à sua função social, constam de modo significativo entre os direitos fundamentais. In verbis:

⁵³ Loureiro, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

(...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

A Constituição Federal, em seu Título VII, da ordem econômica e financeira, inclui como fundamento a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, e como função (a fim de assegurar a todos [...]) a existência digna, observados os ditames da justiça social. Entre os princípios que regem e garantem a ordem financeira, aparecem, mais uma vez, a propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade (inciso III).

A Constituição de 1988, em diversos outros dispositivos, versa sobre a propriedade, notadamente quando tomado em seu sentido amplo, não limitado aos bens materiais. Vê-se, assim, que no próprio caput do artigo 5º garante a inviolabilidade do direito à propriedade, lado a lado com outros direitos fundamentais. Outras disposições sobre propriedade na constituição: artigos 5º (XXIV a XXIX, XXX e XXXI), 6º, 20, 26, 170 a 181, 182, 183, 184 a 191, 222, 225 e 231.

Nossa constituição atual foi inserida a propriedade não só como uma liberdade fundamental, mas também ligada ao interesse social e valores da ordem econômica, diferentemente das Constituições italiana e portuguesa, que se limitam a tratar do tema nos capítulos das relações econômicas.⁵⁴

Pode-se entender, inicialmente, que o preceito significa a máxima tutela, contrapondo a liberdade do individuo à intervenção autoritária do Estado, exaltando-se o aspecto da garantia, mediante destaque de um núcleo essencial proprietário, que não pode ser comprimido e nem abolido pela legislação inferior. Qualquer ofensa a tal núcleo, consubstanciado no poder de utilização dos bens privados, deve ser precedida de prévia e justa indenização. Afirma-se, em posição intermediária, que a garantia constitucional diz

⁵⁴ Loureiro, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

respeito a um elemento essencial mínimo da propriedade, que permite apenas reconhecer que se está diante de propriedade e não de instituto diverso, sem definição, contudo, do conteúdo exato dos poderes proprietários. Não se admite, portanto, a falta dos elementos essenciais da propriedade, de tal modo que o instituto se desnature. Em lado oposto, defende-se a tese de que a garantia da propriedade privada esteja subordinada à atuação da função social, não se podendo identificar um núcleo essencial da propriedade. Pode-se entender que, a Constituição Federal garante a existência da propriedade privada, mas não estabelece o conteúdo que deve corresponder a tal instituto. Arremata Pietro Perlingieri que, embora não possa a propriedade privada ser esvaziada, como se fosse um mero título de nobreza, não há um conteúdo mínimo a ser preservado, mas sim vários conteúdos mínimos, relativos a cada estatuto proprietário, a serem individualizados em cada situação concreta.⁵⁵

⁵⁵ Loureiro, Francisco Eduardo. A propriedade como relação jurídica complexa. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o conceito de propriedade através do tempo, podemos concluir que, cada vez com maior intensidade, a propriedade vai deixando de ser um direito pleno e ilimitado.

A propriedade, como um direito pleno e ilimitado, vem sendo paulatinamente cerceado, mormente no que diz respeito à sua função social, chegando à Idade Moderna com um caráter ainda individualista, porém, muito menos agressivo ao bem estar coletivo.

Mudanças significativas dessa teorização se deu na Idade Média, com a conformação inicial do conceito da função social da propriedade, contribuição ímpar da Igreja, seus filósofos e pontífices, que consideravam dever a propriedade ser exercida com vistas ao *bonum commune*.

Apoiando-se nesta contribuição, Duguit clarifica sua própria teoria, de *ser* a propriedade uma função social, ao revés de *ter* uma. Imputa-lhe, ademais, um caráter socializante.

Esta concepção foi aproveitada pelo regime fascista italiano, posto que atendia a seus interesses. A atividade jurídica peninsular foi a intuição da limitação interna do direito de propriedade, sua grande contribuição à atualidade.

Juntos caminharam a restrição da propriedade e a ampliação da sua função social, até que se encontraram no âmbito constitucional, figurando hoje, no Brasil, entre os direitos e garantias individuais.

Tal tendência inclui-se na configuração do novo Código Civil, ao acolher expressamente a função social da propriedade, o que consagra, na verdade, a concretização do princípio da Socialidade, reflexo mesmo da publicização do Direito Civil.

Modernamente, a melhor doutrina entende que a função social da propriedade é seu elemento essencial. Tal entendimento atesta o grau de importância e de correlação máxima entre ambos os conceitos: não há propriedade sem atendimento à função social. Em suma, pauta-se claro que a propriedade deverá direcionar-se para o bem comum, qualquer que seja a

propriedade. Sempre haverá função social da propriedade, mais ou menos relevante, porém a variável instala-se no tipo de destinação que deverá ser dado ao uso da coisa.

Outro ponto importante consubstancia-se em considerar-se a função social i) como um objetivo ao direito de propriedade, ou seja, algo que lhe é exterior, ou ii) um elemento desse mesmo direito, um requisito intrínseco necessário à sua própria existência. A doutrina mais atual, à qual nos filiamos, inclina-se a aceitar que a função social da propriedade é parte integrante da propriedade: em não havendo, a propriedade deixa de ser protegida juridicamente, por fim, desaparecendo o direito.

No mesmo sentido, manifesta-se José Afonso da Silva:

“a função social se manifesta na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens”.⁵⁶

Sendo assim, reiteramos que não há que se falar em propriedade sem que tal direito esteja imbuído de uma destinação ou função social, elemento este integrante e necessário para sua própria existência. Qualquer tentativa de utilizar-se deste direito para fins egoísticos e danosos à coletividade deverá ser prontamente cerceada.

Não obstante a antiguidade de suas origens, a propriedade individual integra, ainda em nossos dias, todo o sistema econômico, financeiro, social, político e jurídico das principais nações do Ocidente, derivando do Direito das Coisas os demais ramos do Direito Privado, como o Direito das Obrigações e o das Sucessões, inter-relacionando-se ainda aquele primeiro direito com o próprio Direito Público.

Nos últimos anos, os benefícios da posse privada tanto para a liberdade como para a prosperidade têm sido reconhecidos como jamais foram nos últimos duzentos anos. Por outro lado, tem ocorrido um crescente abrandamento da propriedade privada, com vistas à harmonização dos interesses socialmente considerados, ou seja: sem abolir a propriedade privada, abrir caminho para que muitos a conquistem.

⁵⁶ Silva, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, 26^a edição, São Paulo, 2006, p. 284

Os modernos códigos têm se modelado nesta linha de orientação, buscando equilibrar o interesse do indivíduo com o da sociedade, numa concepção de forças contingentes.

O direito à propriedade por si só não garante as liberdades e direitos civis. Mas, falando em termos históricos, este tem sido o único dispositivo eficiente para assegurar ambos, porque cria uma esfera autônoma na qual, por mútuo consentimento, nem o Estado nem a sociedade podem cometer transgressões: traçando-se uma linha entre o público e o privado, ela faz do proprietário um co-soberano, como se ele o fosse. Há uma ligação íntima entre garantias públicas de propriedade e liberdade individual: enquanto a propriedade de certa forma existe sem a liberdade, o contrário é inconcebível.

Como expõe Eros Roberto Grau, a evolução da propriedade plena in re potestas para a idéia de propriedade-função consubstancia a “revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônio), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função”. Resta-nos saber se Aristóteles triunfou sobre Platão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia. O Princípio Constitucional da Função Social da Propriedade, in Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Minas Gerais: Editora Del Rey, nº 2 – jul/dez. 2003.
- ARAÚJO, Telga de. Função Social da Propriedade. In: FRANCA, R. Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ARIMATEA, José Rodrigues. O Direito de Propriedade. Limitações e Restrições Públicas. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2003.
- ARISTOTELES. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Função Social da Propriedade. Principais Controvérsias no Novo Código Civil. Editora Saraiva, São Paulo, 2006.
- BALEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 11ª. Edição, São Paulo. Saraiva, 1989.
- BITTAR, Carlos Alberto. A Propriedade e os Direitos Reais na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BOBBIO, Norberto. A Teoria das formas de governo na história do pensamento político. 3ª Edição, Brasília: UNB, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina, 1992.
- COMPARAO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 4ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2005.
- _____, Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/6982/6549>. Acesso em: 23/abril/2010.
- ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.
- FERREIRA, Simone Nunes. Direito de propriedade: nas Constituições brasileiras e do Mercosul. Revista Jurídica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_83/artigos/PDF/Simone_rev83.pdf. Acesso em: 25/julho/2011

- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *A Propriedade no Direito Ambiental*. Adcoas, Rio de Janeiro, 2004.
- GODINHO, André Osório. *Função Social da Propriedade*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *Função Social da Propriedade (Direito Econômico)*. In: FRANCA, R. Limongi (coord.) *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*, 21^a edição, Livro Técnicos e Científicos Editora Ltda, 1986.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MARX, Karl. *O Capital*, Livro Terceiro, Tomo 2 – parte segunda, 2^a edição, São Paulo: Editora Nova Cultura, 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Constituição de diversos países*. Imprensa Nacional – Casa da Moeda, E.P. Lisboa, 1987.
- MOTTA, Maria Clara de Mello. *Conceito constitucional de propriedade: tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.
- ORRUTEA, Rogério Moreira. *Da Propriedade e sua Função social no direito Constitucional Moderno*. Londrina: UEL, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2^a edição, Editora Renovar, tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, 2002.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Vol. IX, Editora Borsoi, 2^a edição, Rio de Janeiro, 1971.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Editora Almedina.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. 1^a edição, 2004, Rio de Janeiro: Editora Revista Forense
- ROCHA, Silvio Luiz Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. Editora Malheiros, São Paulo, 2005
- SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a Proibição de retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, v. I, n° 4, julho, 2001. Disponível em: http://direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-INc3O-SARLET.pdf. Acesso em: 23/abril/2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMITH, Adam. A Riqueza das Nações. 1ª Edição, Vol. II, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003

SOUZA, Mário Jorge Uchoa. Evolução da função social da propriedade nas constituições brasileiras e no direito comparado. Revista Jus Vigilantibus, 30 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/1049>. Acesso em: 25/julho/2011

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 8ª edição, São Paulo: Editora Saraiva

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Vol. I, Parte Geral, 5ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2005.