



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS

LUCAS DA SILVA SANTANA

**A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO SOCIAL: UMA
ANÁLISE DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA**

Salvador
2012

LUCAS DA SILVA SANTANA

**A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO SOCIAL: UMA
ANÁLISE DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado em Relações Sociais e Novos Direitos, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade

Salvador
2012

S232

Santana, Lucas da Silva,

A propriedade privada e sua função social: uma análise da situação
proprietária / por Lucas da Silva Santana. – 2012.

170 f.

Orientador: Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2012.

1. Propriedade 2. Direito de propriedade 3. Propriedade-Brasil I. Univer-
sidade Federal da Bahia

CDD- 346.04

LUCAS DA SILVA SANTANA

A PROPRIEDADE PRIVADA E SUA FUNÇÃO SOCIAL: UMA
ANÁLISE DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre em
Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em 23 de março de 2012.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade – Orientador _____

Livre-Docente pela Universidade Federal da Bahia.

Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho _____

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Paulo Luiz Netto Lôbo _____

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Universidade Federal de Alagoas

Aos amigos...

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Washington Luiz da Trindade, cuja importância das lições por mim aprendidas, sem dúvida, transcende a perspectiva acadêmica e não poderia aqui, por mim, ser sobreestimada.

Aos amigos, pelos debates e reflexões sobre o objeto deste estudo.

À minha família.

*Il n'y a rien de définitif dans le monde: tout passe, tout change; et le système juridique qui est en train de s'élaborer actuellement fera place un jour à un autre que les juristes sociologues de l'avenir auront à déterminer.**

León Duguit

* “Não há nada de definitivo no mundo: tudo passa, tudo muda; e o sistema jurídico que atualmente se está elaborando fará parte um dia de um outro que os juristas sociólogos do porvir irão determinar.” (DUGUIT. Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942, p. 7, tradução nossa).

RESUMO

A presente dissertação visa identificar as linhas mestras da estrutura interna da situação proprietária na experiência jurídica brasileira, a partir do cotejo do princípio da função social da propriedade com aquela situação jurídica. Para alcançar esse desiderato, tem lugar, num primeiro momento, uma análise da propriedade privada, enquanto instituição jurídica; em seguida, referencia-se a função social da propriedade em suas diversas perspectivas; e, por fim, uma vez assentadas as premissas e entendimentos que subjazem o presente estudo, realiza-se a análise da situação proprietária com o fito de identificar a sua estrutura interna. Ao longo de todo o trabalho, são revisitadas as doutrinas de diversos autores, nacionais e estrangeiros, que escreveram sobre as questões que se vinculam ao presente estudo; e, após essas exposições, oportunamente, são indicadas as posições teóricas que neste estudo são reputadas válidas diante do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Propriedade privada. Função social da propriedade. Situação jurídica. Situação proprietária. Estrutura interna.

ABSTRACT

This dissertation aims for identifying the main lines of the internal structure of the ownership situation in the Brazilian legal experience through the confrontation of the principle of the social function of property with that experience. To achieve this goal, takes place, at first, an assessment of private property as a legal institute; then, the examination of the social function of property in its all perspectives; in the end, settle the premises and understandings that underlie this study, it is time to analyze property in search of its internal structure. Along this entire dissertation, it is taken into consideration the doctrines of various national and alien authors who wrote on issues referred to this study; and, after these expositions, it is indicated the theoretical positions considered valid by this study in the context of the Brazilian Law.

Keywords: Private property. Social function of property. Legal institute. Ownership situation. Internal Structure.

1	INTRODUÇÃO	10
2	A PROPRIEDADE E SUAS DIMENSÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	14
2.1	O CONCEITO JURÍDICO-POSITIVO DE PROPRIEDADE PRIVADA: INSTITUIÇÃO JURÍDICA	14
2.1.1	A instituição jurídica da propriedade privada	17
2.1.2	As subconstituições como sistemas adequados valorativamente	22
2.2	A DIMENSÃO OBJETIVO-INSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA....	24
2.2.1	A dimensão democrático-funcional	27
2.2.2	A dimensão prestacional	30
2.2.3	A dimensão processual	33
2.2.4	A dimensão objetivo-institucional e as garantias-institucionais	35
2.3	APRESENTAÇÕES DA DIMENSÃO SUBJETIVO-INDIVIDUAL DA PROPRIEDADE PRIVADA	37
3	A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	48
3.1	A CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.....	48
3.2	OS INTERESSES NÃO PROPRIETÁRIOS E A FUNÇÃO SOCIAL.....	58
3.3	O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL	62
3.3.1	A função social da posse	70
3.3.2	Algumas manifestações do princípio da função social na Constituição Federal e no Código Civil de 2002	73
3.4	A FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO CARACTERÍSTICA DA PROPRIEDADE PRIVADA.....	78
3.5	O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E A SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA	83
3.6	A CONFORMAÇÃO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	89
3.7	LIMITES À FUNCIONALIZAÇÃO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA PELO LEGISLADOR.....	98
4	A ESTRUTURA DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA	105
4.1	QUESTÃO PRELIMINAR: A CATEGORIZAÇÃO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA	105
4.2	OS INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO E A PLURALIDADE DE ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS	112
4.3	A ESTRUTURA BÁSICA E O CONTEÚDO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA. 120	
4.3.1	A estrutura e o conteúdo da situação proprietária	126

4.3.2	As características da situação proprietária	130
4.4	OS DEVERES (SENTIDO AMPLO) INTEGRANTES DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA	134
4.4.1	As espécies de deveres integrantes da situação proprietária	136
4.4.2	Os deveres proprietários: a questão da sanção	138
4.4.3	O caráter fundamental dos deveres proprietários	140
4.4.4	Sobre o polo ativo dos deveres proprietários e os interesses contrapostos.....	144
4.5	A PROPRIEDADE EM DISFUNÇÃO SOCIAL: ENTRE O ABUSO DE DIREITO E O EXCESSO DE PODER.....	147
5	CONCLUSÕES	151
	REFERÊNCIAS	164

1 INTRODUÇÃO

Consoante escreveu Gaston Morin¹, os mentores intelectuais da Revolução Francesa de 1789 e, em seguida, os autores do Código Civil francês adotaram a construção romana da propriedade individual, sendo, inclusive, possível afirmar que se instaurou, após aquela Revolução, cuja uma das principais expressões fora o *Code de Napoléon*, uma ordem social, na qual a maneira de se conceber a propriedade e o poder público era semelhante à concepção romana do *dominium* e do *imperium*; isto é, enquanto absolutos e soberanos.

Em verdade, como bem esclarece Fábio Konder Comparato², na civilização greco-romana, a propriedade privada, assim como a família e a religião, faziam parte da constituição social; é dizer, da organização institucional da sociedade, que não podia, em hipótese alguma, ser alterada quer por deliberação popular quer por decisão dos governantes, pois a concepção daquela – da propriedade privada – estava intimamente vinculada à religião, à adoração do deus-lar e identificava-se com a atribuição ao seu titular de prerrogativas absolutas e ilimitadas, porquanto livres de quaisquer encargos, públicos ou privados.

Por outro lado, ao tempo da Revolução Francesa, a propriedade, a par do Direito de Família, fora erigida à condição de esteio da nova sociedade que então surgia³, sendo que aquela fora ainda, a partir de uma construção filosófica fundamentada na separação do Estado e da sociedade civil e do homem privado e do cidadão, concebida enquanto um poder absoluto e exclusivo sobre determinada coisa, que visava à utilidade exclusiva de seu titular e que estava intrinsecamente vinculada à liberdade e à promoção da subsistência deste.⁴

Sem pretender esgotar a matéria, o que demandaria uma longa e pormenorizada explanação da evolução histórica do conceito de propriedade, o que não é o objetivo do presente trabalho, anota-se aqui que o traço comum, que permitiu a Gaston Morin⁵ afirmar que a propriedade, tanto em Roma quanto no período pós-revolucionário francês, possuía “natureza” semelhante, era o benefício de uma imunidade (parcialmente) completa ou de uma (quase) total irresponsabilidade conferida ao proprietário. Seguindo esta linha de raciocínio, o artigo 544 do Código de Napoleão versava que “*la propriété est le droit de jouir et disposer*

¹ MORIN, Gaston. **La révolte du droit contre le code**: la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1944, p. 85.

² COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade privada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, nº 3, p. 92-99, set/dez, 1997.

³ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁴ COMPARATO, op. cit.

⁵ MORIN, loc. cit.

des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”⁶, e, desta forma, atribuía ao proprietário até mesmo a possibilidade de não gozar e de não dispor, o que incluía, por exemplo, a possibilidade de não cultivar as suas terras ou de não utilizar os prédios urbanos que possuísse.⁷

Certo é que, conforme explica Orlando Gomes⁸, atualmente, a propriedade privada despiu-se de suas vestes romanas, deixando, então, de ser um atributo da personalidade do indivíduo, vinculado, como direito natural, à sua liberdade. Assim, razão assiste à Léon Duguit quando este afirma que *“quant à la propriété, elle n’est pas dans le droit moderne le droit intangible, absolu que l’homme détenteur de la richesse a sur elle.”*⁹ É dizer, nos dias atuais, a propriedade privada não pode mais ser compreendida enquanto um direito absoluto, devendo, em sentido contrário, o seu conceito distanciar-se de uma concepção individualista que ignora a coexistência dos homens no espaço, a sucessão dos tempos e a continuidade das gerações.¹⁰

É neste sentido, outrossim, a doutrina de Gustav Radbruch¹¹, a qual versa que a propriedade privada é hoje considerada um direito limitado e condicional, de sorte que não é mais compreendida como um direito sem condições e limites, “sagrado e inviolável”, que se justifica por si mesmo. Em verdade, percebe-se facilmente que, de acordo com os autores até aqui referenciados, a autonomia privada – enquanto significando aquele poder complexo conferido à pessoa para que esta exerça as suas faculdades, seja dentro do âmbito de liberdade que lhe pertence como sujeito de direitos, seja para criar regras de conduta para si e em relação aos outros¹² –, no âmbito da situação proprietária, atualmente está reduzida quando comparada com aquela existente no seio do modelo jurídico de propriedade privada que existiu em Roma ou no período que sucedeu a Revolução de 1789.

⁶ “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas de maneira absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos” (FRANÇA. Code Civil des Français, Livre II, Des biens, et de différentes modifications de la propriété, décret 4 Pluviôse, an XII (1804). **L’imprimerie de la République**, 14 Pluviôse, an XII (1804). Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-12t01.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2012, tradução nossa).

⁷ DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942, p. 21.

⁸ GOMES, Orlando. A Função Social da Propriedade. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra**: estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correira. Vol. 2, n° esp., p. 423-437, 1986.

⁹ “Quanto à propriedade, esta não é mais no direito moderno o direito intangível, absoluto que o homem detentor da riqueza tem sobre esta.” (DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942, p. 21, tradução nossa).

¹⁰ MORIN, 1944, p. 112.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado-editor, 1979, p. 280.

¹² CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991, p. 11-12.

Corroborando o quanto ora afirmado, Orlando Gomes¹³ escreveu ainda que o modelo teórico de propriedade privada dos períodos acima especificados e o atual são tão diferentes que o observador pode perceber sem esforço que a crise que atinge aquela instituição caracteriza-se pela notória inadequação das suas formas antigas às novas exigências e às racionalizações ideológicas que a justificam nos dias atuais. Nesta perspectiva, adequadas são as palavras de Roxana Cardoso Brasileiro Borges¹⁴ que versam que muitos doutrinadores e principalmente a jurisprudência ainda não têm claro quais são as características do direito de propriedade, de sorte que, muitas vezes, insensíveis às necessidades da sociedade contemporânea, insistem em atribuir aos proprietários as faculdades que eles tinham nos séculos XVIII e XIX.

Argumentando nesse sentido, Eroulths Cortiano Junior¹⁵ anotou que, em que pesem existam exceções – identificadas por professores ou instituições e que, em verdade, apenas confirmam a regra –, o “direito” de propriedade que se ensina no Brasil é dogmático, descontextualizado e unidisciplinar, bem como não tem em consideração as modificações sofridas por essa instituição ao longo de sua existência, o que determina que aquele “direito” seja visto como universal, imutável e único.

Este trabalho, por sua vez, ocupa-se da situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário, sem deixar de ter em consideração a sua historicidade e a sua importância para os diferentes ramos do Direito. É certo que, entretanto, o recorte temático aqui adotado implica a análise da situação proprietária na perspectiva do Direito Civil, o que, por sua vez, inexoravelmente, em virtude do caráter paramétrico da Constituição, determina a necessária consideração desta. É a riqueza das discussões que gravitam em torno da propriedade privada que impõe que se determine a perspectiva em que esta será estudada.

À questão enfrentada no presente estudo, que é a identificação da estrutura da situação proprietária, subjaz não só o debate acerca da possibilidade de se proceder à compatibilização dos interesses coletivos com os interesses individuais, mas, também, a discussão acerca da forma adequada de se conceber os modelos jurídicos: se atrelados aos dados reais, oriundos da experiência, ou se vinculados a construções teóricas abstratas.¹⁶

¹³ GOMES, 1986.

¹⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, Ano 3, nº 9, p. 67-85, janeiro-março, 1998.

¹⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 212-215.

¹⁶ RODOTÀ, Stefano. La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 47-72.

Consoante restara anotado, sem pretender esgotar as questões atinentes à análise da propriedade privada de um ponto de vista histórico e retrospectivo, pretende este trabalho assumir uma postura prospectiva e, a partir da revisão de diferentes doutrinas, as quais pretendem identificar o perfil atual do (outrora) direito de propriedade, anotar quais as posições teóricas adequadas à experiência jurídica brasileira, indicando qual a posição aqui adotada.

É este, frise-se, um desiderato que não deixa de inserir-se no rol daqueles esforços realizados pela doutrina que pretendem proceder à releitura dos institutos jurídicos de direito civil.¹⁷ Como bem observa Gustavo Tepedino¹⁸, é esse um esforço teórico que, na tentativa de adequar as velhas figuras jurídicas à nova realidade social e ao novo contexto ideológico e jurídico, debate e discute a categorização e a conceituação de modelos jurídicos como, por exemplo, a propriedade, a posse, a obrigação e o sujeito de direito; bem como põe em evidência os fenômenos da “publicização do direito privado”, “privatização do direito público” e da “constitucionalização do direito civil”.

¹⁷ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-63.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____(org.) **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23.

2 A PROPRIEDADE E SUAS DIMENSÕES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Nesta parte do trabalho, analisa-se a propriedade privada com o intuito de delimitar as características e as funções desempenhadas por aquela no seio do sistema constitucional brasileiro. Igualmente, investiga-se o quê, à luz da Constituição Federal de 1988, deve-se entender por aquele sintagma, bem como são fixadas algumas premissas que servirão de esteio para o desenvolvimento do presente estudo.

Não se deixa aqui, também, de proceder à apresentação do objeto da análise ora desenvolvida, que é a situação proprietária, mediante a exposição de suas arestas e caracteres gerais, o que se faz com o objetivo de situá-lo à vista do sistema constitucional brasileiro. Procura-se, então, neste capítulo, localizar a situação proprietária e a propriedade privada no sistema constitucional brasileiro e identificá-las em suas linhas gerais, sendo certo que muito do que for aqui afirmado sobre aquela situação jurídica será melhor desenvolvido ao longo deste trabalho.

2.1 O CONCEITO JURÍDICO-POSITIVO DE PROPRIEDADE PRIVADA: INSTITUIÇÃO JURÍDICA

De acordo com Jean Louis Bergel¹⁹, conceito é a representação mental e abstrata de um objeto, sendo a definição a expressão linguística do primeiro. A separação entre ambos, entretanto, não é total, pois, considerando que não há conceito para além da linguagem, isto é, aceitando a premissa de que todo conceito (e tudo) apenas subsiste na linguagem, é possível dizer que não existe conceito que não se revele através de uma definição, pois esta é a linguagem – expressão linguística – do conceito.²⁰ Não existe, pois, conceito sem linguagem. Um desenho ou uma frase que intentem representar um conceito são uma definição e, por conseguinte, linguagem; bem como a própria representação mental do objeto só pode ocorrer por meio da (e na) linguagem.

¹⁹ BERGEL, Jean Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 254.

²⁰ HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

Consoante explica Juan Manuel Terán²¹, os conceitos jurídicos, isto é, as representações mentais e abstratas de objetos oriundos da experiência jurídica, podem ser jurídico-positivos ou lógico-jurídicos. Estes, os conceitos lógico-jurídicos, são os conceitos que pretendem ter uma validade comum e universal para todo sistema jurídico e, portanto, para toda conceituação jurídica, podendo, ainda, ser qualificados como conceitos *a priori*; isto é, com validade constante e permanente, independente das variações do direito positivo, pois anteriores e indiferentes a própria experiência jurídica. Esses conceitos são *a priori*, pois tem validade antes da experiência, mas não antes no tempo – já que, temporalmente, todos os conceitos surgem posteriormente à experiência²² –, mas sim com independência e sem se sujeitar às condições concretas daquela.

Por sua vez, os conceitos jurídico-positivos são aqueles aplicáveis a uma esfera de validade determinada em relação ao espaço e ao tempo. Esses conceitos têm sua validade vinculada à positividade do direito concreto que os concebeu e implantou, ou seja, têm sua validade sujeita à vigência do direito em que se apoiam. Os conceitos lógico-jurídicos são, ainda, conceitos *a posteriori*, pois são obtidos a partir da experiência do direito positivo de cuja compreensão trata-se. É dizer, somente após a análise do dado concreto, é que se formula a proposição, esta que, a seu turno, não será indiferente às variações da experiência, razão pela qual, ao lidar com conceitos jurídico-positivos, é preciso, a todo o momento, ter em conta as normas atinentes ao conceito analisado. Daí o porquê de Juan Manuel Terán argumentar que “*la variación de los conceptos en el derecho positivo está sujeta a la variación de lo que concretamente se establece como derecho.*”²³ Tem-se, pois, que a modificação dos dados normativos implica a variação do conceito jurídico-positivo.

Pode-se argumentar, nesta perspectiva, que uma das principais características dos conceitos jurídico-positivos, a qual, inclusive, os diferencia dos conceitos lógico-jurídicos, é a sua vinculação às normas jurídicas vigentes, isto é, àquilo que está estabelecido como Direito. Para fins deste trabalho, a propriedade é um típico conceito jurídico-positivo, de sorte que se deve considerar que a definição deste conceito está atrelada àquilo que está estabelecido como Direito, devendo, por conseguinte, aquele que pretende estudá-la ter seus

²¹ TERÁN, Juan Manuel. **Filosofia del Derecho**. 5. ed. D. F., México: PORRUA, 1971, p. 81-86.

²² Somente a partir da experiência é possível deduzir qualquer conceito. Em verdade, no tempo, surge primeiramente os conceitos jurídico-positivos – os quais derivam da experiência – e, a partir destes, inferem-se os conceitos lógico-jurídicos. Se assim o é, percebe-se que todo conceito é, invariavelmente, posterior à experiência (TERÁN, Juan Manuel. **Filosofia del Derecho**. 5. ed. D. F., México: PORRUA, 1971, p. 84-86).

²³ “A variação dos conceitos no direito positivo está sujeita a variação do que concretamente se estabelece como direito.” (TERÁN, Juan Manuel. **Filosofia del Derecho**. 5. ed. D. F., México: PORRUA, 1971, p. 85-86, tradução nossa).

olhos voltados à experiência jurídica, pois, somente desta forma, poderá compreender a contento o objeto do seu estudo.

Frise-se, entretanto, que, em sentido diverso, Gustav Radbruch²⁴ escreveu que o direito de propriedade impõe-se como uma “categoria” do pensamento jurídico, não derivando da experiência, mas, ao revés, antecedendo a experiência do direito, pois todos os demais direitos reais pressupõem um direito subjetivo que habilita o seu titular a dispor da coisa sem limites, conferindo, assim, a última palavra acerca desta, o que necessariamente implica a existência do direito de propriedade.

A despeito do posicionamento acima exposto, conforme se anotara em linhas pretéritas, perfilha-se aqui corrente diversa e assume-se, na esteira da doutrina de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro²⁵, que a propriedade privada é um conceito jurídico-positivo, hábil a corporizar representações políticas, históricas ou sociais que se prendem à apropriação privada da riqueza, e que comporta, pela sua impressividade, a incorporação de traços comuns a todos os direitos que, por razões histórico-culturais, foram desenvolvidos a seu respeito.

Assim, conclui-se que a estrutura, os contornos e as dimensões da propriedade privada só podem ser adequadamente definidos quando esta é analisada em relação a determinado ordenamento jurídico e, conseqüentemente, tendo em vista uma específica experiência jurídica. Cuida-se de verdadeiro conceito jurídico-positivo. Por certo, entretanto, o posicionamento ora defendido não impede que, ao proceder-se ao estudo da propriedade privada ou, mais especificamente, como ora se faz, à identificação da estrutura da situação proprietária, socorra-se o estudioso da literatura estrangeira, pois, como bem anota Karl Larenz,

a possibilidade e utilidade das indagações juscomparatísticas assentam em que as soluções de um ordenamento positivo são, com frequência, respostas a problemas jurídicos gerais, que assumem posicionamento idêntico ou comparável na totalidade ou na maioria dos ordenamentos jurídicos.²⁶

É dizer, as normas jurídicas apresentam-se como respostas a problemas jurídicos gerais, os quais, não raro, põem-se diante de ordenamentos jurídicos distintos. Assim, não é de surpreender que as opiniões doutrinárias, apesar de estarem diretamente

²⁴ RADBRUCH, 1979, p. 267-268.

²⁵ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral, introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 425-426.

²⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 267.

vinculadas ao ordenamento jurídico que analisam²⁷, possam socorrer aqueles que procuram soluções para questões que se apresentam em ordenamentos jurídicos outros.

Assim, vê-se que, apesar de a propriedade privada ser um típico conceito jurídico-positivo, não restam dúvidas de que a doutrina estrangeira pode ser de grande valia para aquele que se propõe a estudar e a compreender o referido conceito. Apesar disso, frise-se que é o direito positivo no qual se insere aquele conceito que será determinante para a identificação da sua concepção adequada.

2.1.1 A instituição jurídica da propriedade privada

No que concerne ao conceito (jurídico-positivo) da propriedade privada, percebe-se, ao analisá-lo, que, sob aquela rubrica, tanto na Constituição brasileira como nas Constituições de outros países ocidentais²⁸, subsistem normas jurídicas que, por possuírem *ratio* e finalidades diversas, acarretam efeitos jurídicos distintos.

Para melhor compreender as implicações da afirmação que ora se realiza, não é despendendo lembrar que sobre os efeitos jurídicos escreveu Luigi Cariota Ferrara²⁹ que é pela força e vontade do ordenamento jurídico que a determinado fato – que a partir de então merecerá a qualificação de “jurídico” –, vincula-se certo efeito, sendo que, uma vez realizada a “eficácia do fato”, que é a idoneidade do fato à produção real e imediata de um efeito jurídico, este tem lugar, podendo corresponder a um direito, uma relação, um poder, etc.. Tem-se, então, que, a partir da incidência de normas jurídicas sobre o substrato fático, ocorre o fenômeno chamado de “eficácia do fato”, o qual será responsável pelo surgimento do efeito jurídico pretendido pela norma – esta que é o fundamento e a razão da imputação ora referenciada.

Ora, se o conjunto normativo existente sob a rubrica da propriedade privada acarreta efeitos jurídicos que, não raro, são completamente distintos uns dos outros e se é a norma jurídica a razão e o fundamento da imputação desses efeitos, é certo que aquelas normas possuem *ratio* e finalidades distintas; ou seja, são distintas umas das outras. Isso,

²⁷ Neste sentido, Karl Larenz anota que “[...] a Jurisprudência tem em vista sempre um ordenamento jurídico determinado, ao qual seus enunciados [...] referem o seu sentido imediato.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 267).

²⁸ Notadamente: Portugal, Espanha, Itália e França.

²⁹ FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio Giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: A. Morano, 1956, p. 5-12.

aliado a percepção de que a propriedade privada deixou de ter relevância apenas para a subconstituição do cidadão – que é aquela identificadora do estatuto constitucional do indivíduo polarizado na categoria dos direitos fundamentais³⁰ – para assumir, também, uma posição privilegiada na subconstituição econômica (ou da sociedade) – a qual se caracteriza por conter normas jurídicas referentes à conservação ou instauração de determinada ordem econômica³¹ –, tem gerado uma dúvida: há um ou existem vários conceitos de propriedade privada nas ordens constitucionais?

Pronunciando-se sobre este tema, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira³² afirmaram que, à vista a Constituição Portuguesa de 1976, é correto afirmar que, no plano constitucional, operou-se uma cisão do conceito de propriedade privada, de sorte que não há um único conceito, mas sim conceitos desta. Para justificar a sua posição, anotaram os referidos autores portugueses que

[...] existe um regime constitucional próprio da propriedade privada de meios de produção – que decorre fundamentalmente dos arts. 82º, 83º, 88º, 94º, etc. – e que surge como um regime especial em confronto com o regime geral da propriedade privada, sobretudo em matéria de faculdade de uso e fruição e de regime de desapropriação. Este fracionamento do conceito de propriedade não é mais do que o reflexo dos princípios da constituição econômica sobre o direito de propriedade.³³

É dizer, José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, para justificar o seu entendimento de que, na Constituição Portuguesa 1976, o conceito de propriedade privada fora cindido, afirmam que, sob esta rubrica, há uma multiplicidade de normas jurídicas que, por implicar a existência de regimes jurídicos distintos incidentes sobre situações materialmente diferentes, determina uma cisão daquele conceito. Para aqueles autores, a constatação de que o regime jurídico dispensado pela Constituição portuguesa à propriedade dos meios de produção é substancialmente diverso daquele concernente à propriedade dos objetos que não são meios de produção, por si só, implica o reconhecimento da existência, no texto constitucional português, de referência a, ao menos, dois conceitos de propriedade privada: um geral, típico direito individual fundamental (concernente à subconstituição do cidadão), e um particular, pertinente à ordem econômica (vinculado à subconstituição econômica).

³⁰ NABAIS, José Casalta. Dos deveres fundamentais. In: _____(org.). **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 221-222.

³¹ Ibid., p. 272.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 802.

³³ CANOTILHO; MOREIRA, loc. cit.

Opinião diversa possui Fernando Rey Martínez³⁴, o qual, analisando a possibilidade de existirem conceitos múltiplos de propriedade privada na Constituição espanhola de 1978, notadamente, um vinculado à subconstituição do cidadão – de direito subjetivo – e um pertencente à subconstituição econômica – de instituição jurídica –, argumenta que, apesar de existirem específicas situações materiais reguladas de maneira distintas pelas normas que subsistem sob a rubrica da propriedade privada, não se pode (e não se deve) dizer que existem diversos conceitos de propriedade no texto constitucional, pois essas normas não se referem a dois ou mais fenômenos sociais, mas a um único.

Na ótica de Fernando Rey Martínez³⁵, então, as normas jurídicas referentes à propriedade privada reconduzem-se sempre a uma mesma realidade – o senhorio de uma pessoa sobre determinada coisa – vista sob diversos aspectos, razão pela qual se deve conceber a propriedade privada como um conceito unitário. Nesse diapasão, afirma o referido autor que

[...] *no es correcta [...] una comprensión escindida de la propiedad [...], según la cual, la propiedad privada como derecho subjetivo se hallaría hoy en la Constitución del Estado social muy limitada (en comparación con la del Estado liberal), mientras que como institución jurídica (y quizás más exactamente como institución económica) se ubicaría en el centro del sistema social, económico y político.*³⁶

Tem-se, então, que o fato de as normas que compõem a instituição da propriedade privada vincularem-se mais estreitamente ora à subconstituição econômica ora à subconstituição do cidadão, para o referido autor espanhol, não implica a existência de uma duplicidade de conceitos daquela. Em verdade, entendendo por instituição jurídica um conjunto de normas jurídicas que regulam um determinado conjunto de relações vitais³⁷, Fernando Rey Martínez considera que “*la propiedad es una institución cuyo contenido lo integra, precisamente, un derecho subjetivo a la apropiación y aprovechamiento privado de los bienes.*”³⁸ Isto é, a propriedade privada identifica-se, na opinião desse autor, com uma

³⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 317.

³⁵ Ibid.

³⁶ “[...] não é correta [...] uma compreensão cindida da propriedade [...], segundo a qual a propriedade privada como direito subjetivo encontrar-se-ia hoje, na Constituição do Estado social, muito limitada (em comparação com a do Estado liberal), enquanto como instituição jurídica (e talvez como instituição jurídica econômica) localizar-se-ia no centro do sistema social, econômico e político.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 317, tradução nossa).

³⁷ REY MARTÍNEZ, op. cit., p. 155.

³⁸ “A propriedade privada é uma instituição cujo conteúdo integra, precisamente, um direito subjetivo à apropriação e aproveitamento privado dos bens.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la**

instituição jurídica cujo conteúdo integra um direito subjetivo a apropriação e aproveitamento privado dos bens, com a peculiaridade de que as suas normas, em que pese ora se relacionem com a subconstituição econômica ora com a subconstituição do cidadão, não deixam nunca de se reportar a situações onde o que está em debate é a questão da apropriação e do aproveitamento privado dos bens.

Concorda-se aqui com a afirmação de que é sempre as situações atinentes à apropriação e aproveitamento privado dos bens a realidade regulada pelas regras e princípios que subsistem sob a rubrica da propriedade privada. Essas normas não definem a relação entre indivíduos e os bens, mas antes a relação entre os indivíduos com relação aos bens escassos. É esta a razão pela qual afirma Svetozar Pejovich que aquelas normas regulam “[...] *relations among individuals that arise from the existence of scarce goods and that pertain to their use.*”³⁹ Seguindo esta linha de raciocínio, argumenta-se aqui que a razão da existência das normas sobre a propriedade é a escassez dos bens e a finalidade última daquelas é equacionar a forma de utilização desses bens escassos.⁴⁰

Para Fernando Rey Martínez⁴¹, conforme se viu, não há razão para cindir-se o conceito de propriedade privada, sendo que esta deve ser concebida como um conceito jurídico unitário. Essa unicidade conceitual, entretanto, não obsta que o autor espanhol argumente que o conteúdo constitucional da propriedade privada apresente

[...] *un doble carácter de acuerdo a las distintas funciones que está llamada a realizar, una de las cuales se proyecta, como regla, directamente sobre los ciudadanos (dimensión individual) y otra se dirige, como principio, a los poderes públicos, significadamente al legislador (dimensión institucional) – de ahí su ser “fundamental”*–.⁴²

A unicidade conceitual da propriedade privada, portanto, não impede que esta instituição jurídica seja composta por normas jurídicas que geram efeitos jurídicos diversos e que se reportam a parcelas distintas da ordem constitucional – notadamente, a subconstituição do cidadão e a subconstituição econômica.

Constitución española. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 317, tradução nossa).

³⁹ “[...] relações entre indivíduos que surgem a partir da existência de bens escassos e que dizem respeito à sua utilização.” (PEJOVICH, Svetozar. Introduction to chapters 2, 3, 4 and 5. In: Pejovich, Svetozar (org.) **The Economic Foundations of Property Rights**. Lyme, U.S: Edward Elgar, 1997, p. 3, tradução nossa).

⁴⁰ CANTELMO, Vincenzo Ernesto. **Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

⁴¹ REY MARTÍNEZ, op. cit.

⁴² “[...] um duplo caráter de acordo com as distintas funções que é chamada a realizar, uma das quais se projeta, como regra, diretamente sobre os cidadãos (dimensão individual) e a outra dirige-se, como princípio, aos poderes públicos, especialmente ao legislador (dimensão institucional) – daí seu caráter ‘fundamental’–.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 316, tradução nossa).

Frise-se, ademais, que, neste trabalho, concorda-se com a ideia ora exposta de Fernando Rey Martínez⁴³, mas não se ratifica a opinião deste de que a dimensão subjetivo-individual da propriedade privada, ao projetar seus efeitos sobre a subconstituição do cidadão, o faz como regra, enquanto a sua dimensão objetivo-institucional, ao realizar suas funções sobre a subconstituição econômica, o faz como princípio. Em verdade, tendo em vista a pluralidade de teorias sobre os conceitos de regras e princípios⁴⁴, prefere este estudo limitar-se a indicar e descrever os efeitos e as funções das dimensões normativas da propriedade privada a ocupar-se da categorização das normas jurídicas que compõem as referidas dimensões como regras ou princípios. É esta inclusive, uma posição consentânea com a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁵, a qual explica que não há qualquer paralelismo entre regra e dimensão subjetiva ou entre princípio e dimensão objetiva das normas consagradoras de direitos fundamentais. Ademais, conforme se verá, aceita-se com ressalvas a expressão “direito subjetivo” utilizada por aquele autor espanhol.⁴⁶

Impende anotar, ainda, que o debate ora analisado acerca da unicidade conceitual ou não do conceito de propriedade privada ao nível constitucional não se confunde com a discussão acerca da existência de *uma* ou *múltiplas* propriedades privadas no plano infraconstitucional.⁴⁷ A primeira discussão, conforme fora acima anotado, situa-se no plano constitucional e investiga se as Constituições em geral, por consagrarem, sob a expressão “propriedade privada”, normas que geram efeitos jurídicos diversos do direito individual de propriedade e que se vinculam a diferentes parcelas da ordem constitucional, admitem uma multiplicidade de conceitos daquela; o segundo debate, a seu turno, de acordo com Maria Teresa Meglione⁴⁸, ocupa-se de investigar se, ao nível infraconstitucional, o direito subjetivo de propriedade (portanto, um determinado efeito jurídico) possui uma ou várias estruturas, de maneira a poder se falar ou não na existência de vários desses direitos.

Por fim, salienta-se que o que se pretendeu anotar até o presente momento é que a propriedade privada constitui, no sistema constitucional brasileiro, uma instituição jurídica cujo conteúdo integra, precisamente, um direito subjetivo (ou situação jurídica subjetiva, consoante se prefere neste estudo) à apropriação e ao aproveitamento privado dos

⁴³ REY MARTÍNEZ, 1994.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1255-1256.

⁴⁶ Cf. item 4.1.

⁴⁷ Sobre este tema, veja-se o item 4.2.

⁴⁸ MEGLIONE, Maria Teresa. In: PERLINGIERI, Pietro (org.). **Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991, v. 3, p. 43-44.

bens.⁴⁹ Essa instituição jurídica será relevante não só para a parcela da ordem constitucional que define o estatuto ativo e passivo do cidadão (substituição do indivíduo), mas, também, para o resto da ordem constitucional, notadamente, aquela parte concernente à conservação ou instauração de determinada ordem econômica (substituição econômica ou da sociedade).

2.1.2 As substituições como sistemas adequados valorativamente

As substituições nada mais são do que subsistemas, isto é, parcelas do sistema constitucional. Enquanto concebidas como subsistemas, na esteira da doutrina de Claus Wilhelm-Canaris⁵⁰, são duas as formas básicas de pensar as substituições: ou como parte integrante de um sistema que traduz a adequação e unidade valorativas da ordem jurídica ou como parcela de um sistema a estas refratário. Desenvolvendo a doutrina ora referida tem-se que a adequação e a unidade valorativas nada mais são do que exigências ético-jurídicas que são postuladas e emanam da própria ideia de Direito, sendo que a primeira, a adequação, deriva da exigência de vinculação dos juízes e legisladores aos valores encontrados na ordem jurídica, a qual lhes impõe o dever de tentar realizá-los ao máximo nos casos singulares, afastando-os somente por razões materiais; enquanto, a segunda, a unidade valorativa, decorre da exigência de que a ordem do Direito reconduza-se a critérios gerais pouco numerosos para que esta não se disperse numa multiplicidade de valores singulares desconexos.

Enquanto pensada como uma ordem que não reflete as exigências de unidade e adequação valorativa da ordem jurídica, as substituições pouco têm a dizer sobre as conexões valorativas existentes entre as normas ou nestas mesmas. Assim entendida, a substituição do indivíduo, por exemplo, somente em escassa medida, pode ajudar aquele que, por exemplo, pretenda compreender o alcance e o sentido adequado do quanto disposto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988.

Por certo, entretanto, que a substituição, ao ser concebida nessa perspectiva, terá ainda alguma valia para o intérprete, pois poderá, ao menos, fornecer informações importantes acerca da localização das proposições jurídicas pertinentes ao tema por aquele

⁴⁹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 155.

⁵⁰ CANARIS, Claus-Whilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008, p. 18-23.

analisado, contribuindo, destarte, para tornar mais prática a sua atividade. Neste sentido, sobre o sistema externo, que é uma das formas concebidas de sistemas que não se ocupam da unidade e adequação valorativas da ordem jurídica, Karl Larenz, anotou que

decerto que [...] a este sistema não corresponde nenhum, ou só um escasso, valor cognoscitivo, mas sim um importante valor como auxílio de orientação. Sem um tal sistema haveria de andar às cegas, sem ajuda, quem buscasse as normas jurídicas adequada à situação de facto que lhe é dada.⁵¹

É dizer, somente um sistema com as características do sistema externo, o qual se destina a realizar um agrupamento da matéria e à apresentação desta de forma tão clara e abrangente quanto possível⁵², permite o intérprete proceder à busca, em algum grau metódica, das proposições jurídicas que hão de ser tidas em consideração ao tempo da análise de certa situação de fato.

Por outro lado, se concebida como um sistema que traduz a unidade e adequação valorativas do ordenamento jurídico, a subconstituição pode fornecer, ao intérprete, elementos valiosos para a compreensão dos textos jurídicos, na medida em que poderá informar-lhe das conexões valorativas existentes entre as normas jurídicas. Entendida nesta perspectiva, a subconstituição econômica, por exemplo, poderá assistir a contento àquele que pretenda compreender o alcance e o sentido adequado do quanto disposto no artigo 170, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Como exemplo de um tal sistema, pode-se citar o sistema como “ordem de princípios gerais do Direito” de Claus Wilhem-Canaris⁵³, sobre o qual, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, afirma-se aqui que possui três características essenciais: a mobilidade, a abertura e a composição por princípios. A primeira característica, a mobilidade deriva da inexistência de um concerto pré-programado entre os elementos sistêmicos, o que, entretanto, não obsta que existam hierarquia entre os referidos elementos e certo grau de imobilidade no próprio sistema. Frise-se que a mobilidade ou a imobilidade dos elementos que compõem o sistema é determinada à luz das opções legislativas constantes do direito positivo com base no qual se constrói o sistema.

Por sua vez, a abertura surge na medida em que se percebe que o sistema, enquanto uma unidade de sentido, compartilha de uma ordem jurídica concreta no seu modo de ser; isto é, tal como esta, o sistema não é estático, mas dinâmico, assumindo a estrutura da historicidade. Com efeito, todo sistema jurídico é sempre uma leitura de uma ordem jurídica

⁵¹ LARENZ, 1997, p. 397.

⁵² CANARIS, 2008, p. 26.

⁵³ Ibid.

concreta⁵⁴, de sorte que não é de se estranhar que os elementos sistêmicos possam ser modificados a partir de modificações ocorridas no âmbito do direito positivo.

A última característica do sistema ora analisado é a composição por princípios. Estes permitem que os valores singulares recepcionados pela ordem jurídica – e, por conseguinte, pelo sistema – libertem-se de seu isolamento aparente e reconduzam-se à procurada conexão orgânica, o que possibilita o alcance daquele grau de generalização através do qual a unidade valorativa da ordem jurídica torna-se perceptível.

A partir de um sistema como o ora descrito, o intérprete pode retirar valiosas informações acerca das conexões valorativas existentes entre as normas jurídicas, o que permitirá que ele compreenda melhor e mais facilmente o alcance e o sentido adequado das disposições legais. A importância e a força de persuasão de um raciocínio pautado num sistema como o que aqui se descreve tornam-se evidentes, na medida em que se constata que uma argumentação nele baseada lastreia-se na *ratio legis* e na teleologia da lei, ou seja, tem em consideração o conteúdo valorativo das construções legais.⁵⁵

É concebendo as subconstituições como integrantes de um sistema que traduz a unidade e adequação valorativas da ordem jurídica que José Casalta Nabais⁵⁶ afirma que a autonomia daquelas (subconstituições) é relativa, de sorte que não se pode dizer que formam um sistema hermético e destacado do resto da Constituição. Isto, porque a ordem constitucional, enquanto sistema jurídico uno e adequado valorativamente, é globalmente unitária. É, outrossim, neste sentido que se refere às subconstituições no presente estudo sobre a situação proprietária e afirma-se que a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, preservando a sua unicidade conceitual, irradia os seus efeitos e a sua normatividade tanto sobre a subconstituição do cidadão quanto sobre subconstituição econômica.

2.2 A DIMENSÃO OBJETIVO-INSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

Sob a rubrica da propriedade privada, então, subsiste um conjunto de normas que conferem àquela instituição jurídica uma dupla dimensão: uma objetivo-institucional e

⁵⁴ LARENZ, 1997.

⁵⁵ CANARIS, 2008.

⁵⁶ NABAIS, 2007, p. 272.

outra subjetivo-individual.⁵⁷ São duas dimensões normativas que integram um único e mesmo conceito jurídico-positivo. Cumpre aqui analisar a primeira.

De logo, impende anotar que a vertente objetivo-institucional da propriedade privada decorre da consideração desta como uma instituição jurídica acessível a todas as pessoas e cujo conteúdo deve ser determinado pela função social que cada categoria de bens objeto do domínio é chamada a cumprir em cada caso.⁵⁸ É esta uma concepção da propriedade privada consentânea com aquela doutrina dos direitos fundamentais que versa que estes, para além de encerrarem posições jurídicas subjetivas, possuem uma perspectiva objetiva que se identifica com conteúdos normativos diversos.⁵⁹

Sobre este tema, note-se que, consoante escreveu José Carlos Vieira de Andrade⁶⁰, a propriedade privada surge, primeiramente, embebida pela concepção liberal, enquanto um direito de defesa por excelência; isto é, ora a propriedade era entendida como uma *liberdade*, cujo conteúdo era determinado pela vontade do seu titular, ora era concebida como uma *garantia*, que tinha por objetivo assegurar em termos institucionais a não intervenção dos poderes públicos. É essa, conforme o entendimento de Daniel Sarmiento⁶¹, uma concepção da propriedade privada identificada com a categoria do direito subjetivo, desenvolvida pelo direito civil, ao longo do século XX, cuja absorção pelo direito constitucional justificava-se, pois, o direito privado, até pela sua maior antiguidade, àquela época, possuía um patamar de elaboração científica mais elevado do que o do direito público, cujas bases teóricas ainda estavam sendo firmadas.

A mudança dessa perspectiva deu-se de forma paulatina, cumulativa e variada.⁶² Em verdade, por serem dotados de historicidade, os direitos fundamentais não são indiferentes à modificação do contexto social e filosófico em que se inserem e são-lhes características a mutação e a aquisição de novas dimensões normativas, as quais surgem como respostas às exigências das novas realidades que lhe são apresentadas. Diz-se, então, que os direitos fundamentais tendem a ganhar (e ganharam), com o passar dos tempos, novas configurações. Isto ocorre, pois, não raro, novas características (variedade) das gerações de

⁵⁷ REY MARTÍNEZ, 1994.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 163.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, v.3, n. 12, p.86-120, dez. 2003.

⁶⁰ ANDRADE, José Carlos de Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 51-53.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 105.

⁶² ANDRADE, *op. cit.*, p. 67-68.

direitos fundamentais sucessoras são assumidas por direitos típicos das gerações sucedidas e, ao mesmo tempo e reversamente, ocorre a assunção, pelos direitos típicos das gerações sucessoras, de dimensões normativas típicas das gerações sucedidas (acumulação).

Corroborando o quanto fora até aqui exposto, Daniel Sarmento escreveu que

o advento do Estado Social aliado à progressiva sofisticação nos estudos do Direito Constitucional na Europa, sobretudo no período de reconstrução que se seguiu ao fim da 2ª Guerra Mundial, importaram numa mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais. Não apenas novos direitos foram positivados, ligados à garantia da igualdade material e das condições básicas de vida para a população, como também a visão referente aos antigos direitos liberais sofreu uma relevante mudança.⁶³

Essa sofisticação acima referida materializa-se, notadamente, na assimilação pelos direitos fundamentais de novas dimensões normativas, o que contribuiu para a diversificação e aumento da complexidade dos seus conteúdos. José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁴ anota, como funções pertencentes à categoria dos direitos fundamentais (embora não de todos na mesma medida e intensidade) e diversas daquela inicial de defesa e liberdade, a função prestacional, que pode ser identificada com a possibilidade (ou não) de o particular exigir do Estado um comportamento positivo, consistente, por exemplo, na prestação de saúde, educação e segurança social, e também com a imposição de adoção pelo Estado de políticas públicas socialmente ativas; a função de proteção perante terceiros, que impõe ao Estado, por intermédio dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o dever adotar medidas com o intuito de proteger perante terceiros o titular de direitos fundamentais; e a função de não discriminação, a qual impõe que o Estado trate como fundamentalmente iguais todos os seus cidadãos.

Nesta perspectiva, consoante expõe Ingo Wolfgang Sarlet⁶⁵, reconhece-se hoje que os direitos fundamentais, por corporificarem valores objetivos fundamentais da comunidade, possuem uma dimensão objetiva, a qual significa que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, e que implica o reconhecimento da existência de conteúdos normativos distintos (e, por conseguinte, funções) de um mesmo direito fundamental.

Essa modificação da normatividade dos direitos fundamentais, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade⁶⁶, é uma tendência que é comum a todos aqueles e é, ainda, potencializada pela consagração e veiculação dos direitos fundamentais em termos sintéticos

⁶³ SARMENTO, 2010, p. 105.

⁶⁴ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 407-410.

⁶⁵ SARLET, 2003.

⁶⁶ ANDRADE, 2010, p. 163.

por intermédio de designações genéricas, as quais, ao serem concretizadas pelos juízes e legisladores, diante das diferentes situações da vida, ganham densidade e, desse modo, explicam, por referência reversa, a estrutura interior e os contornos do direito. Esse processo de construção do direito, essencialmente vinculado à realidade, contribui para que o direito fundamental construído possua uma estrutura complexa e mutável, já que esta não está sujeita ao engessamento que uma definição legal bem desenvolvida poderia causar.

São pelas razões acima indicadas que a propriedade privada, concebida inicialmente como um direito fundamental de defesa, passou a ser entendida como uma instituição jurídica e que, atualmente, quando se trata de direitos (instituições) fundamentais, não é correto imaginar um poder ou pretensão jurídica unidimensional ou unidirecional, mas “[...] antes a representação mais adequada é a de um feixe de faculdades ou poderes de tipo diferente e diverso alcance, apontados em direcções distintas.”⁶⁷ Nos dias atuais, então, revela-se inadequada a identificação da instituição fundamental, através do uso da expressão “direito”, com um único efeito jurídico, qual seja, a atribuição de um direito subjetivo. São, antes, diversos os efeitos jurídicos (e as normas jurídicas) que podem ser referenciados a um único “direito” fundamental.

Analisando a propriedade privada enquanto instituição jurídica da qual derivam diversas funções e conteúdos normativos, Fernando Rey Martínez⁶⁸ anotou que aquela possui uma vertente (dimensão) objetivo-institucional que pode ser decomposta em três (sub)dimensões: a democrático-funcional, a prestacional e a processual. O estudo de cada uma destas ocorrerá de maneira destacada.

2.2.1 A dimensão democrático-funcional

Possui a propriedade privada uma dimensão democrático-funcional, a qual integra a vertente objetivo-institucional daquela e manifesta-se essencialmente enquanto um elemento de liberdade política, ou seja, uma garantia do pluralismo político. Este resta garantido na medida em que, através da existência da propriedade privada, assegura-se a

⁶⁷ ANDRADE, 2010, p. 163.

⁶⁸ REY MARTÍNEZ, 1994.

presença de um dos pressupostos do pluralismo ideológico, qual seja, a dispersão dos focos de decisão.⁶⁹

Em verdade, a liberdade econômica deve ser considerada um pressuposto para a existência da liberdade política, pois aquela impede que pessoas determinadas sejam responsáveis pela satisfação das necessidades de outras pessoas e, outrossim, porque, caso os bens fossem insuscetíveis de apropriação privada, todos estariam sujeitos aos desígnios da coletividade. Daí a razão pela qual Milton Friedman argumenta que “[...] *economic freedom is also an indispensable means toward the achievement of political freedom.*”⁷⁰ É certo, entretanto, que a liberdade econômica, quando em excesso, pode, ao invés de conduzir à liberdade política, acarretar a concentração econômica e um efeito inverso daquele, consistente no subjulgamento dos menos favorecidos pelos mais afortunados.

Não se cuida aqui da defesa de um modelo econômico de matriz liberal. Em verdade, não há espaço neste trabalho para tanto, uma vez que, ao garantir a propriedade privada, o texto constitucional não proclama um determinado programa político, social ou econômico, mas sim revela, apenas, a proscrição legislativa de todo sistema econômico que a negue.⁷¹

Em verdade, a propriedade privada deve ser entendida como um elemento garantidor da manutenção de estruturas econômicas necessárias para que sejam perseguidos interesses mercedores de tutela jurídica que não são necessariamente coincidentes com os interesses da coletividade.⁷² Esta função democrático-funcional revela-se de fundamental importância a partir do momento que se percebe que “[...] *toda libertad es efímera si no existen los medios materiales para hacerla explícita y perseguible.*”⁷³

Neste particular, importa transcrever as palavras de Alberto Trabucchi, o qual escreveu que

la libertà, essenziale alla persona umana, richiede nella sua concreta attuazione una certa sfera esteriore dove l'uomo possa esplicare la sua attività anche per assicurarsi i mezzi necessari alla vita, senza dipendere continuamente da altri; e

⁶⁹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 156.

⁷⁰ “[...] a liberdade econômica é também um meio indispensável para a realização da liberdade política.” (FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. In: ELLICKSON, Robert C.; ROSE, Carol M.; ACKERMAN, Bruce A. (org.). **Perspectives on Property Law**. Nova Iorque: Aspen, 2002, p. 75, tradução nossa).

⁷¹ REY MARTÍNEZ, op. cit., p. 318.

⁷² IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 209.

⁷³ “[...] toda liberdade é efêmera se não existem os meios materiais para exercê-la e usufruí-la.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 156, tradução nossa).

*pertanto alcune cose, cui si riferisce l'attività libera dell'uomo, devono diventare cose dell'uomo.*⁷⁴

Pode-se dizer, então, que a liberdade – a qual é essencial ao ser humano – pressupõe, em sua concreta atuação, a possibilidade de o indivíduo possuir os meios necessários para a sua (sub)existência livre, isto é, sem depender contínua e especificamente de outros atores sociais para tanto. Surge daí, a necessidade de o indivíduo possuir determinadas “coisas”, as quais são necessárias para o desenvolvimento livre de sua personalidade e que, nessa medida, lhe permitirão realizar-se enquanto ser humano.

A seu turno, Antonio Iannelli, ao analisar o binômio propriedade-liberdade, anota que “*il riconoscimento della proprietà privata è essenziale per la stessa esistenza degli interessi differenziati sottesi alle spontanee aggregazioni sociali e che permettono di fare dell'individuo una persona.*”⁷⁵ A existência e garantia dos interesses individuais que não coincidem com os da coletividade, mas que, apesar disso, são merecedores de tutela jurídica, perpassa a garantia da propriedade privada. Ao garanti-los, a propriedade trabalha a favor da dignidade da pessoa humana, pois permite que os indivíduos singularizem-se e diferenciem-se do resto da coletividade, realizando-se, então, enquanto pessoa.

Por fim, salienta-se que a propriedade privada protege os indivíduos contra a coação, tornando-os menos vulneráveis a ingerência de terceiros, seja por possibilitar as pessoas possuírem aquilo de que necessitam ou por impedir que pessoas determinadas sejam as únicas capazes de proporcionar a satisfação das necessidades alheias. O essencial é que a “difusão da propriedade” seja suficientemente realizada para que o indivíduo possa, além de possuir os meios de que precisa para realizar-se enquanto pessoa, utilizar qualquer plano de ação que não se encontre sob o controle exclusivo de qualquer outro agente social.⁷⁶

⁷⁴ “a liberdade, essencial à pessoa humana, requer na sua concreta atuação uma certa esfera exterior onde o homem possa exercer a sua atividade para aqui construir os seus próprios meios de vida, sem depender continuamente de terceiros; e, para tanto, algumas coisas, as quais se referem a liberdade do homem, devem tornar-se coisas do homem.” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. 44. ed. Padova: Cedam, 2009, p. 552, tradução nossa).

⁷⁵ “o reconhecimento de que a propriedade privada é essencial para a própria existência dos interesses diferenciados subjacentes à formação espontânea dos grupos sociais que permitem aos indivíduos reconhecerem-se enquanto pessoas.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 209, tradução nossa).

⁷⁶ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 158.

2.2.2 A dimensão prestacional

Com base nas premissas até aqui assentadas, é possível afirmar que a propriedade privada é uma criação social que se justifica por ser necessária para a existência de um Estado democrático. Aquela, entretanto, consoante explica Fernando Rey Martínez⁷⁷, não se esgota na sua dimensão democrático-funcional e, por isso, naquilo que excede a sua função de assegurar a liberdade dos indivíduos e dos grupos sociais, precisa de uma nova justificação, sendo que, aqui, invariavelmente, concede-se maior espaço para a penetração do interesse social no seu conteúdo. Na perspectiva ora analisada, o estudo das dimensões da propriedade privada não deixa de ser a tradução técnico-jurídica do debate acerca da identificação da fundamentação constitucional da propriedade privada.

Num Estado que se proponha a possuir o adjetivo de “social”, o binômio propriedade-liberdade, sob pena de traduzir-se numa verdadeira mentira institucional, deve ser entendido a partir do binômio propriedade-igualdade. Isto, por sua vez, significa que “[...] *la ordinación de la propiedad privada sólo es constitucionalmente legítima cuando asegura a todos la libertad que la situación dominical implica.*”⁷⁸ Em linha de princípio, portanto, deve, sob a rubrica da propriedade privada, existir um conjunto normativo que permita a todos usufruir das benesses que aquela acarreta ao seu titular – é a chamada cláusula de acessibilidade à propriedade privada. Verdadeiramente, o que há é o dever de, a partir da noção de justiça distributiva, existir um conjunto de ações estatais que visem assegurar a todos possuir aquilo que, em determinado tempo e lugar, apresente-se intersubjetivamente como essencial ao desenvolvimento da personalidade e dignidade humanas.

Nesse diapasão, é possível argumentar, inclusive, que decorre a dimensão prestacional da propriedade privada do próprio princípio da dignidade da pessoa humana. É esta, outrossim, a opinião de Margaret Jane Radin, segundo a qual “[...] *a government that respects personhood must guarantee citizens all entitlements necessary for personhood.*”⁷⁹ É, por conseguinte, uma exigência da dignidade da pessoa humana que o Estado dirija suas ações

⁷⁷ REY MARTÍNEZ, 1994.

⁷⁸ “[...] a regulação da propriedade privada só é constitucionalmente legítima quando assegura a todos a liberdade que a situação proprietária implica.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 165, tradução nossa).

⁷⁹ “[...] um governo que protege a personalidade humana deve garantir aos cidadãos todos os meios necessários à realização das suas dignidades.” (FRIEDMAN, Milton. Property and Personhood. In: ELLICKSON, Robert C.; ROSE, Carol M.; ACKERMAN, Bruce A. (org.). **Perspectives on Property Law**. Nova Iorque: Aspen, 2002, p. 75, tradução nossa).

tendo em vista a promoção do acesso das pessoas àquilo que, intersubjetivamente, reputa-se como essencial à realização da sua dignidade.

Quanto a esse dever do Estado, Fernando Rey Martínez⁸⁰, considera que a dimensão prestacional da propriedade privada revela a existência de um “direito à procura existencial”, o qual, entretanto, não cria para o cidadão uma condição de vantagem judicialmente exigível e apenas funciona como um mandado de otimização; é dizer, como princípio fundamental reitor da política social e econômica que se impõe aos poderes públicos, notadamente, ao legislador.

Está correta a compreensão do referido autor espanhol acima reproduzida. Não se acredita, neste estudo, que a dimensão prestacional da propriedade privada possa permitir que se postule em juízo a titularidade da propriedade de qualquer bem. Contudo, é certo que, a partir do momento que o legislador infraconstitucional cumpra o mandado de otimização imposto pela dimensão prestacional da propriedade privada e crie, por assim dizer, um direito de propriedade de cunho infraconstitucional, é possível proceder, eventualmente, com base neste, à postulação judicial da propriedade de certos bens.

Semelhante ao entendimento do autor espanhol é o de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira⁸¹. Estes autores consideram que a dimensão prestacional – incluindo o mandado de otimização – da propriedade privada é consequência direta da consagração, por parte do conjunto normativo existente sob a rubrica da propriedade privada, de um direito social⁸² insuscetível de aplicação imediata; e que um direito infraconstitucional criado pelo legislador, no cumprimento do mandado de otimização já referido, é mero cumprimento do dever de legislar decorrente da consagração daquele direito. A diferença desta concepção para aquela adotada pelo autor espanhol – e reputada adequada neste estudo – é a concepção fragmentada da instituição jurídica da propriedade privada que a subjaz.

A impossibilidade de postular-se judicialmente a propriedade de um bem com base diretamente na dimensão prestacional da propriedade privada decorre da imensa gama de opções políticas que necessariamente envolvem a realização do dever oriundo da dimensão em comento. Não se pode deixar de perceber que, para que reste atendida a dimensão prestacional da propriedade privada, é preciso que se realize um conjunto de escolhas que envolvem, por exemplo, a capacidade econômica do Estado, o estilo de vida das pessoas, a

⁸⁰ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 151.

⁸¹ CANOTILHO; MOREIRA, 2007.

⁸² É essa também a opinião de José Casalta Nabais. (NABAIS, José Casalta. Dos deveres fundamentais. In: _____(org.). **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 197-386).

distribuição de bens, o desenvolvimento econômico, e as convenções sociais, ética, filosófica ou religiosa.⁸³ O juiz, por sua vez, não está autorizado a, avocar para si a autoridade do legislador, e proceder à realização dessas escolhas que possuem um destacado caráter político.

A dimensão prestacional da propriedade privada é exemplo da denominada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade⁸⁴ intenta, primariamente, não realizar valores que consubstanciam interesses de particulares, mas, antes, promover valores comunitários, de sorte que não se pode, a partir desta, presumir uma dimensão subjetiva (judicialmente exigível) e, por conseguinte, subordinar toda a matéria à atividade pública.

Neste diapasão, afirma-se aqui que o conjunto normativo que compõe a dimensão prestacional da propriedade privada, apesar de não gerar uma situação jurídica subjetiva de vantagem judicialmente exigível pelo cidadão, determina que o legislador crie condições de acesso à propriedade relativamente àqueles que dela não dispõem e justifica o apoio estadual à aquisição de certos bens, como, por exemplo, da habitação própria ou da terra por parte de quem nela trabalha.⁸⁵ Aqui, a propriedade privada é encarada, notadamente, como um meio para corrigir as desigualdades sociais e, desta forma, como um meio de cumprir o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, constante do artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O artigo 10 da Lei nº 10.257/01, que consagra o usucapião coletivo, e o parágrafo quarto do artigo 1.228 do Código Civil de 2002, que cria uma nova modalidade de expropriação, são exemplos da realização (legislativa) da dimensão prestacional da propriedade privada.

Frise-se, entretanto, que a não atribuição de uma situação jurídica subjetiva de vantagem judicialmente exigível ao cidadão não implica a ausência de força jurídica das normas que compõem a dimensão prestacional da propriedade privada. As normas ora referidas são constitucionais e, enquanto tais, gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas.

Na esteira da doutrina de José Carlos Vieira de Andrade⁸⁶, é possível dizer que são quatro os aspectos da força jurídica das normas constitucionais imperativas. Num primeiro momento, funcionam essas normas como *imposição legislativa concreta* das medidas necessárias para tornar exequíveis os preceitos constitucionais, cujo não

⁸³ ANDRADE, 2010, p. 180.

⁸⁴ Ibid., p. 144-146.

⁸⁵ CANÓTILO; MOREIRA, 2007, p. 803.

⁸⁶ ANDRADE, op.cit., p. 366-367.

cumprimento dará ensejo a uma inconstitucionalidade por omissão. Em segundo lugar, as normas constitucionais imperativas servem como *padrão jurídico de controle judicial de normas*, com conteúdo mínimo imperativo, suscetível de fundar uma inconstitucionalidade por ação, e fator de interpretação normativa, o que leva o intérprete a preferir, entre várias interpretações possíveis das normas legais, aquela mais favorável ao direito fundamental. Em terceiro plano, servem as normas constitucionais imperativas como *fundamento constitucional de restrição ou limitação de outros direitos fundamentais*, designadamente quando a Constituição estabeleça deveres especiais de proteção. Por fim, as normas constitucionais imperativas possuem *força irradiante* por conferirem certa capacidade de resistência, variável em intensidade, aos direitos derivados a prestações, enquanto direitos decorrentes de leis conformadoras, às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização desses direitos.

A força jurídica das normas que compõem a dimensão prestacional da propriedade subsiste a par do mandado de otimização que estas normas consubstanciam e independe do cumprimento deste pelo poder público. A atuação legislativa, entretanto, é essencial para que sejam atribuídas aos cidadãos situações de vantagem judicialmente exigíveis, pois o cumprimento do dever de otimização importa a realização de escolhas políticas num quadro de prioridades a que obrigam a escassez de recursos, o necessário caráter limitado da intervenção do Estado na vida social e, em geral, a abertura característica do princípio democrático.⁸⁷

2.2.3 A dimensão processual

Da consideração da propriedade privada enquanto instituição jurídica, resulta ainda a exigência de que exista uma configuração processual que, considerando as condições fáticas e jurídicas, confirmam àquela, porquanto direito (instituição) fundamental, a máxima proteção possível. Cuida-se aqui de uma vertente da propriedade privada que se identifica com um princípio no sentido concebido por Alexy⁸⁸, isto é, como um mandamento de otimização (*in casu*, da proteção conferida à propriedade privada), cuja realização deve

⁸⁷ ANDRADE, 2010, p. 362.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

observar as condições e possibilidades fáticas e jurídicas. Isto, entretanto, conforme se viu no item 2.1.1, não obsta que regras possam compor a dimensão processual da propriedade privada.

Se assim o é, resta patente que a instituição jurídica da propriedade privada não contém apenas o dever negativo de omitir intromissões ilegítimas no seu âmbito de proteção, mas também o dever positivo de torná-la (a proteção) efetiva. É, inclusive, nesta perspectiva, que se pode afirmar que todos os direitos fundamentais (hoje instituições), e não só os direitos sociais, possuem uma dimensão prestacional (positiva).⁸⁹

Aliás, em verdade, poder-se-ia argumentar, na esteira da doutrina de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein⁹⁰, que a distinção entre direitos negativos e positivos, a qual versa que os primeiros caracterizam-se por excluir e banir o Estado da cena social, ao determinar a adoção de uma postura abstencionista deste, e que, por sua vez, os segundos distinguem-se por pressupor uma atuação estatal que, não raro, implica o dispêndio de recursos públicos, não pode resistir a uma análise mais atenta. Anotam aqueles autores que todos os direitos, sejam os ditos negativos ou os positivos, possuem uma dimensão positiva, na medida em que todos demandam uma atuação do Estado para monitorar e preservar os direitos dos indivíduos, coibir a sua violação, e, quando for o caso, punir aqueles que atentem contra as situações fáticas objeto da tutela daquelas situações jurídicas subjetivas. Em suma, todos os direitos são positivos, pois o Direito apenas pode ser permissivo quando for simultaneamente obrigatório, sob a pena de as permissões possuírem caráter meramente retórico.

A dimensão processual da propriedade privada exige que o Poder Judiciário e a Administração Pública em geral realizem uma interpretação e aplicação das normas integrantes daquela instituição jurídica que tenha em consideração o princípio da interpretação e processo favoráveis àquela, seja no âmbito do processo judicial ou na seara do processo administrativo. Coaduna-se, destarte, a dimensão processual da propriedade privada à chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Esta significa que

[...] os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário.⁹¹

A eficácia irradiante exige que todas as normas sejam, no momento de aplicação, reexaminadas pelo operador do Direito, com fito de que este possa compatibilizá-

⁸⁹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 184-185.

⁹⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company: Londres, [2000], p. 35-48.

⁹¹ SARMENTO, 2010, p. 64.

las com os preceitos constitucionais consagradores dos direitos (instituições) fundamentais, conferindo a estes a máxima efetividade possível. Deve a eficácia irradiante, desde que haja pertinência temática, ser operacionalizada em todos os momentos de aplicação das normas que compõem o ordenamento jurídico, e não apenas no momento específico da aplicação de uma norma consagradora de um direito (instituição) fundamental. Neste sentido, anotou Ingo Wolfgang Sarlet⁹² que se denominou de eficácia irradiante a possibilidade de os direitos (ou instituições) fundamentais fornecerem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que é consentâneo com a necessidade de se realizar uma interpretação conforme àqueles.

Não deixa, igualmente, a dimensão processual da propriedade privada de guardar relação com o princípio da máxima efetividade. Este, na esteira da doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho⁹³, preconiza que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe confira. Embora seja um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, o princípio da máxima efetividade (ou da eficiência), é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais enquanto norma hábil a determinar, por exemplo, que, em caso de dúvidas, seja preferida a interpretação que confira a maior eficácia ao direito (instituição) fundamental.

2.2.4 A dimensão objetivo-institucional e as garantias-institucionais

Conforme fora anotado, em sua dimensão institucional, a propriedade privada não proclama “[...] *un concreto sistema socio-económico [...], pero sí significa la proscripción legislativa de todo sistema económico que la niegue.*”⁹⁴ É correto afirmar, então, que a constituição não expressa, em seu conjunto, um modelo social e econômico único e que, ao revés, admite uma pluralidade destes. Vedado constitucionalmente está, entretanto, a negação da propriedade privada pelo legislador ordinário.

Essa proibição é característica da dimensão objetiva-institucional e ocorre, porque o conteúdo essencial da situação proprietária, o qual será objeto de estudo no item 4.3,

⁹² SARLET, 2003, p. 103.

⁹³ CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 1224.

⁹⁴ “[...] *um concreto sistema socioeconómico [...], mas sim significa a proscrição legislativa de todo sistema económico que a negue.*” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 318, tradução nossa).

além de determinar, positivamente, que o legislador proporcione àquela uma situação privilegiada dentro da ordem jurídica, tanto do ponto de vista material quanto processual, exige do legislador ordinário, negativamente, que não a desnature ou suprima-a indevidamente.⁹⁵

Esta última exigência da dimensão objetivo-institucional não torna a propriedade privada, em nenhum momento ou circunstância, uma garantia institucional. O conceito de propriedade privada extrapola o conceito desta. As garantias institucionais, de acordo com José Carlos Vieira de Andrade, correspondem aos conjuntos normativos que se referem “[...] àqueles institutos jurídicos que [...] a Constituição quer reconhecer e aos quais, em qualquer caso, pretende assegurar protecção especial na sua essência ou nos seus traços característicos.”⁹⁶

Ora, conforme se vê, as garantias de instituição, tal qual a dimensão objetiva da propriedade privada, não conformam quaisquer dimensões subjetivas, contudo, ao contrário desta, limitam-se aquelas somente a garantir a não supressão pelo legislador ordinário de aspectos característicos de certas instituições, mediante a criação de verdadeiros deveres sem um direito correspectivo. Neste particular, então, diferenciam-se as garantias de instituição da dimensão objetivo-institucional da propriedade privada.

José Casalta Nabais⁹⁷, em sentido diverso, considera que a propriedade privada é uma garantia institucional ao funcionar enquanto um conjunto jurídico-normativo que regula um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um direito fundamental e em vista a sua realização. É, portanto, nesta perspectiva, a propriedade privada uma instituição jurídica que estabelece princípios de organização e de ação social, econômica e política, com o intuito de garantir o gozo de certos direitos.

Não parece aqui, contudo, adequado considerar, como o fazem José Casalta Nabais⁹⁸ e José Carlos Vieira de Andrade⁹⁹, a instituição jurídica da propriedade privada como uma garantia institucional. Em verdade, a posição desses autores resulta de uma compreensão fragmentada daquela instituição; ou seja, que tem em referência apenas um dos aspectos de uma das suas duas dimensões (objetivo-institucional e subjetivo-individual), notadamente, a proibição constitucional da supressão daquela instituição jurídica pelo legislador ordinário.

⁹⁵ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 338.

⁹⁶ ANDRADE, 2010, p. 135.

⁹⁷ NABAIS, 2007, p. 246-247, nota de rodapé nº 123.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ ANDRADE, op. cit.

A partir do momento que se concebe – tal qual se faz neste estudo – a propriedade privada como uma instituição jurídica única, é forçoso considerar inadequada a afirmação de que aquela representa uma garantia institucional. Isto, porque, tendo em vista que uma garantia institucional é, em si, já e desde sempre, uma instituição jurídica e que as garantias institucionais identificam-se apenas com certos aspectos da propriedade privada, a aceitação daquela afirmação implica o reconhecimento de que a instituição jurídica da propriedade privada, não se identifica com um conceito único, mas sim com uma pluralidade destes.

2.3 APRESENTAÇÕES DA DIMENSÃO SUBJETIVO-INDIVIDUAL DA PROPRIEDADE PRIVADA

É possível reconhecer ainda na instituição jurídica da propriedade privada uma dimensão subjetivo-individual, que é estruturada a partir da situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário.¹⁰⁰ Esta, por sua vez, possui um conteúdo último e insuscetível de não ser objeto de proteção infraconstitucional, que corresponde ao conteúdo essencial (ou mínimo) daquela situação jurídica.¹⁰¹ Da análise do núcleo da dimensão subjetivo-individual, a situação proprietária, ocupar-se-á detalhadamente o presente trabalho, de sorte que, aqui, cumpre apenas introduzir algumas das características gerais da vertente da propriedade privada em comento.

A base normativa da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada é, sem dúvidas, o artigo 5º, inciso XXII, da Constituição de 1988. Anote-se ainda, por oportuno, que a própria expressão “*propriedade*”, constante daquele dispositivo, deve ser entendida de maneira ampla, implicando a proteção do patrimônio, pois “a previsão constitucional não diz respeito aos bens móveis e imóveis, senão que a todo e qualquer bem de valor econômico, material ou imaterial”¹⁰², de sorte que “[...] abrange outros bens não suscetíveis de se enquadrarem [...] dentro da noção central do direito civil em relação ao direito de propriedade, incidente sobre coisas [...]”¹⁰³

¹⁰⁰ REY MARTÍNEZ, 1994.

¹⁰¹ Ibid., p. 313.

¹⁰² ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: livro introdutório ao Direito das Coisas e ao Direito Civil. Coordenadores: _____; ARRUDA, Teresa; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39.

¹⁰³ Ibid., loc. cit.

A proteção conferida à propriedade privada, portanto, não protege apenas o domínio dos objetos ou faculdades sobre um objeto concreto, senão que implica a proteção do próprio valor de troca que lhe é intrínseco. Existe, portanto, “[...] *una garantía primaria de la propiedad en cuanto tal y una garantía secundaria del valor de la propiedad.*”¹⁰⁴ Assumindo esta premissa, pode-se afirmar que o instituto jurídico da desapropriação, ao menos quando utilizado segundo os ditames do artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, fulmina a garantia primária ao passo que preserva a secundária.

Em sua projeção subjetivo-individual, ao contrário do que ocorre na dimensão objetivo-funcional, a propriedade privada é capaz de atribuir ao seu titular uma situação jurídica de vantagem suscetível de ser judicialmente exigível. Com isto, entretanto, não se quer dizer que são atribuídos ao proprietário apenas poderes, pois, como se verá¹⁰⁵, a este são postos poderes e deveres, razão pela qual, nesta dimensão, apresenta-se a propriedade privada como uma complexa situação jurídica ativa e passiva¹⁰⁶ ou, ainda, em outras palavras, como um direito-dever.

À luz do ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade privada, concebida na vertente subjetiva individual, não é um “inviolável” direito natural, pressuposto do ordenamento jurídico que em torno daquela modela-se, mas sim, identifica-se, consoante explica Antonio Iannelli, se bem que o fazendo à vista da experiência jurídica italiana, com

[...] *una situazione giuridica soggettiva, conformata dal legislatore in base alla predeterminata (dalla Costituzione) funzione sociale che deve qualificare giuridicamente le diverse situazione di fatto.*¹⁰⁷

A situação jurídica subjetiva atribuída ao proprietário, portanto, varia de acordo com a função social que cada categoria de bens objeto de propriedade é chamada a cumprir e deve, sempre, ser compreendida à luz do texto constitucional. Toda propriedade (enquanto situação jurídica subjetiva) possui função social (sentido sociológico), que se identifica com a exigência de permitir que o bem objeto do domínio cumpra sua função social; isto é, receba a destinação econômica que o interesse “social” reputa adequado.¹⁰⁸

Não existe, no direito brasileiro, situação proprietária que, em virtude do princípio da função social da propriedade, não esteja compelida a ser estruturada de forma a permitir

¹⁰⁴ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 341.

¹⁰⁵ Sobre o tema, leia-se o item 4.1.

¹⁰⁶ GOMES, 1986.

¹⁰⁷ “[...] uma situação jurídica subjetiva, conformada pelo legislador tendo em vista uma predeterminada (pela Constituição) função social que deve qualificar juridicamente as diversas situações de fato.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 335, tradução nossa).

¹⁰⁸ DUGUIT, 1942, p. 21.

que o bem objeto do domínio possa cumprir e a respeitar a sua função social (é esse o comando do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988).¹⁰⁹ Esse posicionamento é consentâneo à doutrina de Léon Duguit, a qual explica que

[...] *tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certain besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands e petits, gouvernant et gouvernés.*¹¹⁰

Todos os indivíduos, então, tem uma tarefa a executar e uma função a cumprir perante a sociedade, sendo, inclusive, esta sua “função social”, a qual deve ser compreendida do ponto de vista sociológico, o fundamento das regras do Direito que se impõem a todos os atores sociais.

Em verdade, consoante argumentação desenvolvida por Pietro Perlingieri¹¹¹, o cumprimento da função social pela situação jurídica subjetiva é uma exigência que incide não apenas sobre a propriedade da empresa (ou dos bens de produção), mas também a da casa que serve de habitação e a dos bens móveis que esta contém, a da oficina artesã, a terra ocupada pelo pequeno produtor, a dos utensílios profissionais, a dos animais e a dos instrumentos de trabalho da empresa. Assim, cada uma destas propriedades, com uma diversa intensidade e utilidade geral e individual, sem que entre aquelas devam encontrar-se lacerantes contrastes, bem como em todas as hipóteses de propriedade ditas pessoais, ao satisfazer exigências merecedoras de tutela, não necessariamente e exclusivamente do mercado e da produção, mas também somente pessoais, existenciais, individuais ou comunitárias, realizam uma função social.

Daí, a razão pela qual se argumenta que o outrora direito subjetivo de propriedade, núcleo da dimensão subjetivo-individual da instituição da propriedade privada, transformou-se num autêntico “*direito de solidariedade*”, isto é, tornou-se um exemplo daqueles direitos que “[...] não podem ser pensados exclusivamente na relação entre o indivíduo e o Estado e que incluem uma dimensão essencial de deverosidade [...]”.¹¹² É certo, entretanto, que a extensão e conteúdo dos deveres variará de um estatuto proprietário para o outro, mas, ao menos, a existência desses é sempre potencial e, quando necessária for para

¹⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____(org.). **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 321-349.

¹¹⁰ “todos os indivíduos tem perante a sociedade uma certa função a cumprir, uma certa tarefa a executar. E este é precisamente o fundamento da regra do direito que se impõe a todos, grandes e pequenos, governantes e governados.” (DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942, p. 19-20, tradução nossa).

¹¹¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 230.

¹¹² ANDRADE, 2010, p. 63.

que reste contemplada a função social (sentido sociológico) do bem objeto do domínio, imposta. Nesta perspectiva, a própria categorização da situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário revelou-se uma atividade problemática¹¹³.

Por tudo o que fora acima dito, não se subscreve aqui o entendimento de Orlando Gomes¹¹⁴, segundo o qual somente os bens de produção são influenciados pela normatividade do princípio da função social da propriedade, pois apenas essa espécie de bens – os ditos produtivos – seria idônea à satisfação do pressuposto de fato de incidência daquele princípio, referente à capacidade de satisfação de interesses econômicos e coletivos – é este, frise-se, um entendimento que é construído com base na doutrina de Stefano Rodotà¹¹⁵. Em sentido semelhante, Lodovico Barassi¹¹⁶ escrevera que o pressuposto para a incidência do princípio da função social da propriedade são os bens de produção sobre os quais há um interesse social incidente, este que, inclusive, justificaria o maior número de intervenções legislativas que objetivam tutelar o interesse coletivo concernente à destinação econômica ou social do bem. Por idêntica razão, não se concorda com este autor.

Outrossim, não se filia este trabalho à doutrina de Eros Roberto Grau¹¹⁷, de acordo com a qual existe, a par da propriedade privada que possui função individual e que é um instrumento que visa garantir a subsistência individual e familiar, a propriedade privada que possui função social, a qual se identifica com a propriedade dos bens de produção ou com aquela que excede o quanto caracterizável como propriedade tangida por função individual, sendo entendida como excedente desse padrão a propriedade detida para fins de especulação ou acumulada sem obedecer a destinação reputada socialmente adequada.

Assume este trabalho que, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a propriedade privada não pode ser pensada unicamente em vista a satisfação dos interesses do seu titular, pois o princípio da sua função social impõe que aquela esteja vinculada “[...] à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias”¹¹⁸. Quanto a esta compatibilização, anote-se que, consoante a situação proprietária analisada, é possível observar que ora os interesses proprietários prevalecem diante dos interesses não-proprietários ora é o inverso que acontece e são estes que prevalecem perante aqueles outros.

¹¹³ Tema este abordado no item 4.1.

¹¹⁴ GOMES, 1986.

¹¹⁵ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 197-198.

¹¹⁶ BARASSI, Lodovico. **Proprietà e comproprietà**. Milano: Giuffrè, 1951, p. 273-274.

¹¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 235-247.

¹¹⁸ TEPEDINO, Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____(org.). **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344.

Sobre este tema, cumpre trazer à baila a doutrina de Angelo Lener¹¹⁹. De acordo com esta, quando prevalecem os interesses proprietários, isso se verifica em virtude da necessidade de serem atendidos os interesses existenciais do proprietário, de sorte que se diz, nesta hipótese, que se está diante de uma propriedade pessoal. Aqui a situação proprietária é moldada de maneira a atender, precipuamente, os interesses do seu titular, sendo que a normatividade do princípio da função social não se ocupa da forma de gestão do bem, mas apenas da necessidade de sua difusão e de sua distribuição equitativa. Por outro lado, reputa-se não pessoal aquela situação proprietária no interior da qual os interesses existenciais do proprietário não predominam, sendo que, nestas, usualmente, são os interesses não-proprietários que encontram maior guarida no interior da situação jurídica, o que importa uma maior interferência do Estado na forma de utilização do bem objeto do domínio. Em ambas, a propriedade (situação proprietária) possui função social (em sentido sociológico) a cumprir, o que varia, entretanto, consoante a função social do bem objeto do domínio, são as implicações do atendimento daquela (primeira) função social.

A propriedade pessoal realiza, imediatamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite ao indivíduo possuir aquilo que precisa para poder proceder ao desenvolvimento da sua personalidade.¹²⁰ Funda-se essa categorização na premissa de que “[...] *to achieve proper self-development – to be a person – an individual needs some control over resources in the external environment.*”¹²¹ Para realizar-se enquanto pessoa, então, o indivíduo precisa exercer o controle sobre alguns recursos do ambiente que o circunda, sendo considerada pessoal a propriedade que recai sobre as coisas das quais aquele necessita para desenvolver a sua personalidade. Neste sentido, escreveu Alberto Trabucchi que “*tutto ciò che se fonda su queste naturali esigenze umane deve essere garantito, e appunto a garanzia del ‘mio’ come esplicazione della mia personalità sta il diritto di proprietà.*”¹²² A propriedade privada, portanto, não deixa ainda hoje de explicar-se, em algumas situações, enquanto instrumento que visa primordialmente promover a satisfação das

¹¹⁹ LENER, Angelo. In: PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, 102-103.

¹²⁰ *Ibid.*, 102-103.

¹²¹ “[...] para desenvolver-se adequadamente – para ser pessoa – um indivíduo precisa exercer o controle sobre alguns recursos do ambiente externo.” (RADIN, Margaret Jane. Property and personhood. In: ELLICKSON, Robert C.; ROSE, Carol M.; ACKERMAN, Bruce A. (org.) **Perspectives on Property Law**. Nova Iorque: Aspen, 2002, p. 8, tradução nossa).

¹²² “tudo isto que se funda sobre estas naturais exigências humanas deve ser garantido, e precisamente como garantia do ‘meu’, enquanto expressão da minha personalidade, está o direito de propriedade.” (TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. ed. 44, Padova: Cedam, 2009, p. 552, tradução nossa).

necessidades humanas mais elementares e, portanto, como meio a ser utilizado a favor da promoção da dignidade da pessoa humana.

Como exemplo de propriedade pessoal, é possível indicar aquela que recai sobre o bem de família, consagrado no artigo 1.711 e seguintes do Código Civil brasileiro e na Lei nº 8.009/90. No artigo ora especificado, dispôs o legislador que

podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.¹²³

Facultou, então, o legislador aos cônjuges ou a entidade familiar a possibilidade de constituição de bem de família, mediante escritura pública ou testamento, sobre o imóvel residencial desde que não reste ultrapassado um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. De acordo com o parágrafo único desse mesmo artigo, essa faculdade também pode ser exercida mediante doação ou testamento por terceiro, dependendo este ato da eficácia expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

Dentre as vantagens atribuídas ao bem de família – o qual corresponderá ao imóvel urbano ou rural destinados ao domicílio familiar, abrangendo suas pertencas e acessórios e, eventualmente, os valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família (artigo 1.712 do Código Civil) –, destaca-se, por ser uma das principais, aquela consistente na impossibilidade de aquele ser objeto de constrição judicial para pagar dívidas contraídas após a sua instituição, salvo se estas forem inerentes ao próprio prédio (como, por exemplo, as decorrentes de tributos incidentes sobre o imóvel e de despesas de condomínio).

Cuida-se, pois, da instituição de um regime jurídico mais benéfico do que o usual, o que se justifica diante do caráter essencial do bem de família e da sua importância para o proprietário. No caso do bem de família previsto pela Lei nº 8.009/90¹²⁴, o regime é ainda mais benéfico, pois, ao contrário do que ocorre com o bem de família previsto no Código Civil de 2002, para o seu reconhecimento não é necessária a prática de qualquer ato pelo proprietário, na medida em que a sua constituição decorre diretamente da lei.

¹²³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹²⁴ BRASIL. Lei n. 8.009/90, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Diário Oficial [da] República do Brasil, Brasília, DF, 29 mar. 1990. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

Outro exemplo de propriedade que deve ser considerada como pessoal é a propriedade que recai sobre o pequeno imóvel rural, concebido este nos moldes da Lei nº 8.629/93¹²⁵, a qual, obedecendo ao comando constante do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal de 1988, definiu o conceito de “pequena propriedade rural” como aquele prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agroindustrial que ocupe área compreendida entre 1 (um) e 4 (quatro) módulos fiscais.

É uma hipótese de concretização da norma constitucional (princípio da função social da propriedade), na qual, tendo em consideração a essencialidade do bem objeto do domínio, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, exorta a Constituição que a “pequena propriedade rural”, desde que trabalhada pela família, não poderá ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva; bem como impõe ao legislador infraconstitucional o dever de dispor (favoravelmente) sobre os meios de financiamento do seu desenvolvimento.

Justifica-se esse regime jurídico mais benéfico, pois, tal qual como ocorreu com o bem de família, o bem objeto do domínio, na situação ora analisada, realiza, em primeira linha, a dignidade da pessoa humana, na medida em que cumpre para o proprietário funções essenciais, revelando-se um bem essencial para a manutenção e sobrevivência da família.¹²⁶ Anote-se, ainda, que esse entendimento é reforçado, ao tempo em que se observa que o constituinte originário optou por inserir o dispositivo constitucional em comento no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, o que determina que a compreensão daquele instituto jurídico seja mais fortemente influenciada pelos princípios e regras que compõem a subconstituição do cidadão.

Nestas propriedades ditas pessoais, a função (fim) social do bem objeto do domínio consiste em permitir a satisfação dos interesses existenciais do proprietário.¹²⁷ Assim, o interesse público que subjaz a norma que consagra a situação proprietária, nesta hipótese, impõe a proteção de interesses eminentemente proprietários, de sorte que os interesses dos não-proprietários tendem a sucumbir em detrimento daqueles. Em casos como o ora referido, a dignidade da pessoa humana, interferindo na compreensão do princípio da

¹²⁵ BRASIL. Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 25 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

¹²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 278-279.

¹²⁷ LENER, 1982, 102-103.

função social da propriedade, impõe que a normatividade deste princípio determine a satisfação de interesses (existenciais) proprietários.

Por sua vez, a propriedade não pessoal pode servir, por exemplo, como um meio para corrigir as desigualdades sociais e, desta forma, como um instrumento a viabilizar o alcance do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, inciso III da Constituição Federal de 1988). A essa propriedade, por não se reconhecer na relação existente entre o bem objeto do domínio e o proprietário uma relação de essencialidade, é atribuído um regime jurídico, no qual o interesse social é privilegiado, sendo a situação proprietária estruturada tendo em vista à satisfação de interesses de terceiros, não-proprietários.

Como exemplo de uma propriedade não pessoal, pode-se citar a propriedade rural referida no artigo 186¹²⁸ da Constituição, a qual é aquela que não se enquadra no conceito de “pequena propriedade rural” estabelecido pela Lei nº 8.629/93. Conforme se depreende dos incisos I, II, III e IV do dispositivo constitucional ora referenciado – os quais foram praticamente repetidos no artigo 9º da Lei nº 8.629/93¹²⁹ –, a situação jurídica subjetiva de que o proprietário do imóvel rural encontra-se investido deve satisfazer uma série de interesses que não os seus próprios interesses existenciais, como, por exemplo, os interesses sociais (incisos II e III), econômicos (inciso I) e ambientais (inciso II).

A maior penetração do interesse coletivo na propriedade dita não pessoal deixa claro que atuam como fatores de legitimação daquela o princípio da função social e, notadamente, a cláusula de acessibilidade da propriedade a todos.¹³⁰ Nem sempre é fácil identificar a qual grupo pertence a propriedade que se examina. Não raro é difícil identificar quais são os interesses privilegiados ou quais destes são capazes de conferir à propriedade (situação jurídica) o caráter de pessoal ou de não pessoal. Fulcral é perceber que é sempre o

¹²⁸ “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

¹²⁹ “Art. 9º A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.” (BRASIL. Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 25 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

¹³⁰ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 166.

interesse público quem determina em que medida, como e quais interesses terão uma posição privilegiada na estrutura da situação proprietária.¹³¹ Esta eleição, contudo, não é de toda livre, pois será influenciada tanto pelo princípio da função social quanto pelo conteúdo mínimo da situação proprietária.

É importante salientar, por oportuno, que toda propriedade (situação proprietária) visa, ainda que de maneira indireta, permitir à satisfação de interesses e necessidades humanas fundamentais. Neste sentido, cumpre transcrever as palavras de Antonio Iannelli¹³² – proferidas à luz da Constituição italiana, mas que são plenamente válidas diante da Constituição brasileira –, as quais versam que, na base do ordenamento jurídico, existem valores morais que transcendem o momento econômico, sendo fácil perceber que a Constituição disciplinou a relação existente entre a pessoa e os bens, pondo os últimos a serviço da primeira. Assim, todas as situações proprietárias são instrumentos que visam proceder à satisfação das necessidades fundamentais da pessoa, sendo, inclusive, tuteladas pelo ordenamento jurídico dentro destes limites; e, por outro lado, nenhuma situação proprietária pode considerar-se unicamente vinculada a satisfação de interesses individuais.

É correto, então, afirmar que, em sua dimensão subjetivo-individual, a propriedade privada deve ser concebida prioritariamente (mas não exclusivamente) como instrumento a favor da liberdade dos indivíduos. Corroborando o quanto é aqui afirmado, Fernando Rey Martínez¹³³ anotou, ao examinar a Constituição espanhola, que, quando esta garante a propriedade privada, o faz em respeito à liberdade pessoal, mas, ao abrir um espaço de liberdade frente às intromissões públicas ilegítimas no âmbito patrimonial, não deixa de proteger o resultado natural dessa atividade livre, inclusive quando, no processo de utilização particular ou autônomo da propriedade, põem-se formas dominicais em que o elemento pessoal vislumbra-se apenas de modo indireto. Permanece adequado esse posicionamento diante da Constituição brasileira e, em termos práticos, isso quer dizer que são constitucionalmente protegidas – ainda que possam sê-lo em grau e intensidade distintas – tanto a propriedade dita pessoal quanto aquela denominada não pessoal.

A correção da afirmação acima realizada de que a propriedade privada, na sua dimensão subjetivo-individual, deve ser entendida prioritariamente enquanto instrumento a favor da liberdade do indivíduo não torna menos correto afirmar, com esteio na doutrina de

¹³¹ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 5.

¹³² IANNELLI, 1980, p. 346.

¹³³ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 148.

Vincenzo Ernesto Cantelmo¹³⁴, que a situação proprietária será sempre uma situação jurídica subjetiva de conteúdo econômico e, enquanto tal, ainda quando destinada à satisfação prioritária de interesses existenciais, nunca será um poder incondicionado, seja em razão dos limites intersubjetivos incidentes sobre a sua extensão, seja em virtude de problemas de política do Direito ou de distribuição de bens. É justamente por representar o concerto desses diversos interesses que a situação proprietária vincula-se tanto à subconstituição do indivíduo quanto à subconstituição da sociedade.

É de se salientar, inclusive, que não é justificativa da extensão e do conteúdo da tutela conferida à situação proprietária, núcleo da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada, a sua consideração enquanto atributo da personalidade humana, mas sim o reconhecimento de que, através da diversificação das estruturas econômicas, garante-se o pluralismo ideológico e a autônoma satisfação das necessidades humanas.¹³⁵ Desta forma, trabalha aquela situação jurídica a favor do princípio da dignidade da pessoa humana e da realização, pelo indivíduo, do livre desenvolvimento de sua personalidade. Corroborando a afirmação ora feita, escreveu Ugo Natoli¹³⁶ que o reconhecimento e a garantia da situação proprietária justificam-se a partir da possibilidade de esta funcionar como instrumento apto a proceder à satisfação de interesses essencialmente individuais.

Anote-se ainda que, consoante expõe Fernando Rey Martínez¹³⁷, no espaço de liberdade que é criado pela propriedade privada, o qual impede que o indivíduo seja reduzido a um mero objeto do Estado, impera a autorresponsabilidade e a autodeterminação individual, sendo a premissa básica que governa a existência de um tal espaço de autonomia a de que o indivíduo está obrigado a cooperar, de acordo com as suas próprias responsabilidade e autonomia e, ainda, consoante com os seus interesses, para a construção do ordenamento jurídico e social. Daí, entretanto, não se pode pressupor-se que os interesses do proprietário prevalecem perante os interesses da comunidade, porque, por estar subordinado à função social, o exercício dos poderes inerentes ao domínio não depende exclusivamente do livre arbítrio do seu titular.

Em verdade, interessa aqui transcrever as palavras de Gaston Morin, o qual escrevera que

¹³⁴ CANTELMO, 1984, p. 34.

¹³⁵ IANNELLI, 1980, p. 346-347.

¹³⁶ NATOLI, Ugo. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 102.

¹³⁷ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 148.

*la propriété doit être considérée comme un droit de la personne humaine lui conférant une sphère d'autonomie. Ce droit a l'avantage de stimuler l'activité productrice sous l'influence de l'intérêt personnel qui va ainsi coïncider avec l'intérêt général.*¹³⁸

A situação proprietária, então, revela-se como uma situação jurídica subjetiva (ou direito subjetivo, como queiram, consoante se explica no item 4.1) da pessoa humana que a esta confere uma esfera de autonomia e, consigo, carrega a possibilidade de estimular a atividade produtiva a partir da realização de um interesse pessoal do indivíduo que esteja em consonância com um interesse geral ou coletivo. Contudo, não se quer aqui fazer coincidir esse interesse coletivo, necessariamente, com a realização de uma atividade produtiva, mas apenas afirmar, consoante expõe Lodovico Barassi¹³⁹, que a situação proprietária encerra sempre, simultaneamente, uma dimensão individual e uma outra coletiva, de sorte que intenta satisfazer os interesses do indivíduo e, ao mesmo tempo, atender a sua função social.

A identificação e a descrição da estrutura da situação jurídica subjetiva de vantagem atribuída ao proprietário, a qual é o ponto de referência ao redor do qual se estrutura a dimensão subjetivo-individual da propriedade, é objetivo deste trabalho. Para que se possa alcançar este desiderato, é, inicialmente, preciso compreender adequadamente como, por meio da função social, interagem no interior daquela situação de vantagem os interesses públicos e os interesses privados.

¹³⁸ “a propriedade deve ser considerada um direito da pessoa humana que lhe confere uma esfera de autonomia. Este direito tem a vantagem de estimular a atividade produtiva sob a influência do interesse individual, o qual, desta forma, coincidirá com o interesse geral.” (MORIN, Gaston. **La Révolte du droit contre le code**: la révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1944, p. 107).

¹³⁹ BARASSI, 1951, p. 11-12.

3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Cumpra nesta parte do trabalho proceder à análise das implicações da consagração constitucional do princípio da função social da propriedade; à identificação da forma adequada de operacionalização desta; e, ainda, a individualização da maneira através da qual o referido princípio interage com a propriedade privada, notadamente, com o núcleo da sua dimensão subjetivo-individual, a situação proprietária. Para que sejam alcançados os objetivos ora descritos, é preciso compreender corretamente o sintagma “função social”, de sorte que é com o intuito de realizar este mister que se inicia o presente capítulo.

3.1 A CLÁUSULA GERAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A função social da propriedade referida no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 consubstancia uma cláusula geral. Quanto a esta, pode-se afirmar, com esteio na doutrina de Judith Martins-Costa¹⁴⁰, que, através do sintagma “cláusula geral”, costuma-se designar tanto determinada técnica legislativa quanto certas normas jurídicas, devendo, nessa segunda acepção, ser entendido por aquela expressão as normas que contêm uma cláusula geral; ou, ainda, qualquer norma construída por intermédio de uma cláusula geral.

A premissa básica que subjaz a todas essas concepções é a distinção entre texto e norma. Sobre esta diferenciação, Humberto Ávila¹⁴¹ explica que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte. É, em verdade, plenamente possível que existam dispositivos sem normas, normas sem dispositivo e que, de um único dispositivo, construa-se mais de uma norma.

As normas jurídicas, nas palavras de Humberto Ávila, “[...] não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos

¹⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999, p. 286.

¹⁴¹ ÁVILA, 2009, p. 30.

normativos.”¹⁴² Ao resultado da reconstrução realizada pelo intérprete a partir dos núcleos de sentido incorporados ao texto dá-se o nome de norma jurídica e àquela atividade de reconstrução, por sua vez, denomina-se interpretação. Todavia, em que pese se faça aqui uma dissociação entre o texto e a norma, importa não olvidar que aquele, em si, é inacessível ao intérprete, posto que

o texto será sempre o “já normado” pelo intérprete. É por isto que um mesmo texto dará azo a várias normas. A norma será sempre, assim, resultado do processo de atribuição de sentido [...] a um texto. Este texto, porém – repita-se – não subsiste como “um ente disperso” no mundo. O texto só é na sua norma.¹⁴³

Assim, o intérprete, ao olhar um texto de lei, vê, desde logo, uma norma. Aquele interpreta o texto, mas a este não tem acesso diretamente, uma vez que o texto normativo só se revela enquanto norma jurídica e nunca como um “*em si*”. Esse raciocínio, entretanto, não obsta que se possa conceber a “cláusula geral” como espécie de texto legislativo, como técnica legislativa. Concepção esta, a qual, inclusive, reputa-se, neste trabalho, a mais adequada para representar a expressão em comento.

Nesse diapasão, assumimos que a expressão cláusula geral refere-se a

[...] uma disposição normativa que utiliza no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico.¹⁴⁴

As cláusulas gerais são, portanto, espécie de técnica legislativa, a qual se caracteriza pelo emprego de expressões ou termos vagos, os quais permitem àquele que incumbe concretizá-las recorrer a elementos que, *prima facie*, seriam extrajurídicos para proceder à realização de seu mister. A partir das suas sucessivas concretizações, as cláusulas gerais ganham densidade e, paulatinamente, permitem a ressystematização dos elementos utilizados no decorrer do processo de densificação.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. enuncia que cláusula geral nada mais é do que uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos

¹⁴² ÁVILA, 2009, p. 30.

¹⁴³ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 316.

¹⁴⁴ MARTINS-COSTA, 1999, p. 303.

vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado.¹⁴⁵ Existe, pois, na espécie de texto normativo em comento, uma indeterminação legislativa nos extremos da estrutura lógico-normativa. A *fattispecie* é vaga, aberta ou fluida e, por sua vez, no conseqüente, há a conferência de um mandato ao intérprete para que, com esteio nessa delegação, crie as conseqüências normativas visadas.

Distinguem-se as cláusulas gerais dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, na medida em que, nestes, consoante ensina José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁶, a indeterminação integra a descrição do “fato”, exaurindo-se a liberdade do operador na fixação da premissa, de sorte que, uma vez coordenada a situação de fato ao antecedente da norma, a conseqüência jurídica é predeterminada.

Diz-se que as cláusulas gerais utilizam termos “vagos”, “fluidos” ou “abertos”, pois os membros da comunidade linguística, ao interpretá-la, restam em dúvida sobre a possibilidade de coordenação de determinada situação de fato à hipótese referenciada no enunciado e acerca da identificação da conseqüência jurídica suscitada pela situação configurada no enunciado.¹⁴⁷ Verdadeiramente, com esteio em Gilles Deleuze¹⁴⁸, pode-se dizer que a vagueza ora referida caracteriza-se pela existência de um único sentido – este que é o expresso da proposição, nesta subsistente e que é o atributo de um estado de coisas – e de vários estados de coisas que podem corresponder a este sentido.

Não é, portanto, a ausência de um estado de coisas que corresponda ao sentido da proposição que caracteriza a cláusula geral, mas antes uma grande quantidade de possíveis estados de coisas correspondentes. É neste sentido que o conceito é “vago”, “fluido” e “aberto”. A partir das suas sucessivas concretizações, entretanto, a cláusula geral ganha densidade semântica e o conjunto de estados de coisas que correspondem ao seu antecedente torna-se paulatinamente determinado, bem como são identificados os conseqüentes juridicamente adequados. Sobre esse fenômeno escreveu Rodrigo Reis Mazzei que,

[...] na medida em que forem se criando precedentes sobre temas tratados por dispositivos com vagueza voluntária, paulatinamente a abstração inicial dos mesmos

¹⁴⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 187, p. 69-83, set. 2010.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____ (org.). **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 66.

¹⁴⁷ MARTINS-COSTA, 1999, p. 307-308.

¹⁴⁸ DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Perspectiva, 1974.

irá se desintegrar, haja vista que a consolidação da jurisprudência provocará a diminuição do grau de indeterminação.¹⁴⁹

Ora, se as sucessivas concretizações das cláusulas gerais tendem a diminuir as dúvidas acerca de quais são os estados de coisas correspondentes ao sentido da proposição e, ainda assim, a proposição não deixa de corresponder a uma cláusula geral, poder-se-ia argumentar que a “vagueza” dos termos, a qual ocorre quando há uma informação de larga extensão e compreensão escassa¹⁵⁰, não é uma característica essencial da espécie de texto normativo ora analisado.

É na esteira dessa linha de raciocínio que António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁵¹, admite que o traço distintivo das cláusulas gerais não é a vagueza, mas antes a existência de um número maior que o normal de situações que preencham seu campo previsivo-estatutivo. Assim, para aquele autor, não há relação de implicação entre conceitos vagos – isto é, termos que admitam uma grande quantidade de possíveis estados de coisas como correspondente ao sentido da proposição e que não forneçam elementos necessários para sua identificação – e cláusulas gerais. Apesar disso, em virtude da maior extensão do seu campo previsivo-estatutivo, enuncia o referido autor ser natural que as cláusulas gerais provoquem recursos frequentes aos termos vagos.¹⁵²

A despeito do ora explanado posicionamento do autor português, prefere-se aqui argumentar no sentido de que as cláusulas gerais remetem, necessariamente, a utilização pelo legislador de termos vagos na definição do antecedente da norma para caracterizar as cláusulas gerais.¹⁵³ A densificação semântica do termo “vago” ou “fluido” não prejudica esse raciocínio, pois, ainda que reste intersubjetivamente aceito um conjunto de estado de coisas como correspondente ao sentido de uma cláusula geral, com relação às novas realidades que podem se apresentar ao intérprete, sempre restarão dúvidas acerca da possibilidade de coordenação da situação de fato analisada à hipótese prevista na proposição ou acerca da identificação da consequência jurídica adequada à nova hipótese que se põs ao intérprete.

¹⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo. Apresentação: Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (org.). **Comentários ao Código Civil brasileiro**: parte geral (Arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. IX - CXLVI.

¹⁵⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 1177.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 1183-1184.

¹⁵² Em seu texto, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro utiliza a expressão conceitos “indeterminados” significando o que, neste trabalho, admite-se como correspondendo a conceito ou termo “vago”. (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011).

¹⁵³ É este, outrossim, o entendimento de Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista do Tribunais, 1999) e Fredie Didier Jr. (DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, nº 187, p. 69-83, set. 2010).

Essa insegurança persistirá, pois, na esteira da doutrina de Judith Martins-Costa¹⁵⁴, a incerteza que caracteriza a vagueza dos termos que compõe a cláusula geral é intrínseca; isto é, não depende de uma carência de informações, na medida em que decorre da impossibilidade das regras de significado de resolver todas as questões que poderão surgir do uso da palavra. Assim, reconhece-se aqui que, quando na definição do antecedente da norma, o legislador não utiliza termos aos quais pode corresponder uma larga extensão de situações e que não fornecem elementos necessários para a identificação destas, não se está diante de uma cláusula geral.

Diante da heterogeneidade e da constante mutação das sociedades atuais, a vagueza proposital das cláusulas gerais corrobora a busca pela melhor concretização da justiça. É certo, também, que as cláusulas gerais, por serem vagas, contribuem para a longevidade do seu texto normativo, haja vista que permitem que a norma jurídica construída por intermédio desse texto (vago) possa recepcionar uma valoração consentânea com o momento de sua aplicação, ainda que diferente daquela corrente vigente ao tempo da edição do texto, desde, é claro, que respeitado o desenho legislativo que a limita. Não bastasse isso, à expressão linguística do antecedente da norma, construída a partir de uma cláusula geral, pode ser coordenada uma pluralidade maior de casos do que quando se está diante de um dispositivo detalhado, o que, por certo, também contribui para uma maior longevidade do texto normativo.¹⁵⁵

No presente estudo, conforme se viu, assentou-se que as cláusulas gerais são espécie de técnica legislativa, a qual se caracteriza pelo emprego de expressões ou termos vagos. A cláusula geral é, portanto, um texto normativo e, como tal, pode servir de suporte para o surgimento de normas jurídicas; é dizer, a partir da interpretação das cláusulas gerais (texto) pode ser criada uma regra ou princípio (normas jurídicas). Neste sentido, anota Fredie Didier Jr. que

um princípio pode ser extraído de uma cláusula, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma regra. Da cláusula geral do devido processo legal é possível extrair a regra de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.¹⁵⁶

Não há relação de vinculação entre cláusulas gerais e princípios no sentido de que, sempre que se estiver diante de uma daquelas, um destes terá lugar. Nem, por outro lado, é verdadeira assertiva que preconiza que, de uma cláusula geral, extrair-se-á sempre uma

¹⁵⁴ MARTINS-COSTA, 1999, p. 308.

¹⁵⁵ MAZZEI, 2005, p. LXXXI.

¹⁵⁶ DIDIER JUNIOR, 2010, p. 79.

regra. Verdadeiramente, neste particular, encontram ampla aplicabilidade as palavras de Humberto Ávila, o qual escreveu que, “em outras hipóteses há um dispositivo, a partir do qual se constrói mais de uma norma.”¹⁵⁷

Lembre-se ainda que, consoante expõe Franz Wieacker, as normas construídas por intermédio de cláusulas gerais diferenciam-se das demais por duas características essenciais: “[...] *de un lado por su configuración indeterminada (precisamente en cuanto cláusula general) y de otro lado por el reenvío que hace a preceptos (‘buena fe’) o criterios sociales (‘usos del tráfico’) no positivados, sino metajurídicos.*”¹⁵⁸ As normas criadas por intermédio das cláusulas gerais são, então, caracterizadas pela utilização de termos “vagos” ou “fluidos” na sua expressão linguística e pelo reenvio daquele que pretende concretizá-las a critérios que, *prima facie*, seriam metajurídicos. Coincidem, pois, em alguma medida, as características da cláusula geral (texto) com as das normas criadas a partir daquela. Isto é natural, pois, consoante fora neste tópico já anotado, o texto, em si, é inacessível ao intérprete, o que determina que os elementos deste caracterizadores somente possam ser identificados por intermédio de uma norma.

É importante ressaltar, entretanto, que a vagueza e fluidez das expressões linguísticas que compõem as normas jurídicas construídas por meio de uma cláusula geral não permitem que aquelas sejam reputadas como vazias; ou seja, como despidas de normatividade. Este é atributo de toda norma jurídica, inclusive, daquelas construídas a partir de cláusulas gerais. Neste sentido, explica António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁵⁹, com relação à cláusula geral da boa-fé, que, apesar de esta ser indeterminada, não há dificuldades a consideração desta enquanto conceito normativo e preceptivo, pois a boa-fé integra a linguagem jurídica específica e não é neutra, pretendendo antes, de imediato, ordenar comportamentos.

Com relação à vagueza das cláusulas gerais, Judith Martins-Costa¹⁶⁰ considera que aquela característica conduz a incompletude das normas veiculadas por intermédio daquela espécie de técnica legislativa. De acordo com a referida autora, essa incompletude

[...] significa, em primeiro lugar, que estas não possuem uma *fattispecie* autônoma, porquanto exigem a sua progressiva formação pelo juiz mediante o já aludido reenvio a outras normas do sistema ou a padrões valorativos ou de comportamento,

¹⁵⁷ ÁVILA, 2009, p. 30.

¹⁵⁸ “[...] de um lado por sua configuração indeterminada (precisamente enquanto cláusula geral) e de outro lado pelo reenvio que faz a preceitos (boa-fé) ou critérios sociais (usos do tráfico) não positivados, senão que metajurídicos.” (WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro, Madrid: Civitas, 1977, p. 33, tradução nossa).

¹⁵⁹ CORDEIRO, 2011, p. 1190.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, 1999.

que, num primeiro momento, são extra-sistemáticos. Em segundo lugar, significa que a estatuição fica ao encargo do juiz, que, para estabelecê-la, deve percorrer o ciclo do reenvio.¹⁶¹

A cláusula geral, portanto, não fornece ao intérprete elementos suficientemente necessários para que ele proceda à conformação do antecedente e do conseqüente da norma a ser, por intermédio daquela, construída. Surge, então, a necessidade de o intérprete recorrer a elementos, em tese, extrassistêmicos para identificar o conteúdo e a extensão da estrutura lógico-normativa.

É da ética social que o intérprete colhe os elementos necessários para proceder à concretização da cláusula geral; assim, revelam-se as cláusulas gerais como um meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou não legislativamente; de *standards*; máximas de conduta; arquétipos exemplares de comportamento; de normativas constitucionais; e de diretivas econômicas, sociais e políticas.¹⁶²

Ocorre que, conquanto seja certo que a ética social possa fornecer máximas *hic et nunc*, identificadas, precipuamente, com diretrizes da conduta social; é igualmente correto afirmar que daquela não se pode extrair esquemas normativos de validade geral, nos quais se possa subsumir um determinado fato mediante juízos analíticos.¹⁶³ É através das cláusulas gerais e da atividade desenvolvida pelo intérprete que razões até então metajurídicas poderão ingressar no ordenamento jurídico e serão traduzidas em linguagem jurídica, ou, em outras palavras, tornar-se-ão norma jurídica.

Um *standard* ou um valor moral, retirados da práxis social, em si mesmos considerados, não são constituem normas juridicamente aplicáveis. Apenas mediados pelas fontes do Direito, aqueles passam a ser critério de aplicabilidade dos enunciados (modelos) abstratamente previstos nas cláusulas gerais.¹⁶⁴ Anote-se, ainda, que o objeto do reenvio a que é submetido o intérprete, somente em “em tese”, “a princípio” ou “*prima facie*”, pode ser dito extrajurídico. Isto, porque, a partir do momento que o texto normativo alude a certo elemento da experiência social – mediação por meio da cláusula geral –, o objeto do reenvio passa a pertencer ao sistema jurídico. Assim, percebe-se claramente que, em verdade, este objeto não está no plano social ou em qualquer outro plano que não o jurídico.

¹⁶¹ MARTINS-COSTA, 1999, p. 332.

¹⁶² *Ibid.*, p. 303.

¹⁶³ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução José Luis Carro, Madrid: Civitas, 1977, p. 37.

¹⁶⁴ MARTINS-COSTA, *op. cit.*, p. 335.

Não cuidam, então, as cláusulas gerais de remissões a realidades extrajurídicas, mas, ao revés, aquelas remetem o intérprete a elementos intrassistêmicos, pois, em que pese estes possam ter tido sua gênese em planos que não o jurídico, ao serem objeto de reenvio pelos textos normativos, os referidos elementos passam a integrar esse sistema. As cláusulas gerais referem-se, por conseguinte, a objetos provindos de fonte reconhecida pelo ordenamento jurídico, o que implica que aquelas remissões sejam juridicamente controláveis.

A “vagueza” e “fluidez” das cláusulas gerais, frise-se, não implica a completa discricionariedade do intérprete. É certo que, ao interpretar as cláusulas gerais, àquele é concedida uma ampla liberdade para conformar a norma jurídica, contudo, não se pode olvidar que existem “[...] pontos materiais a utilizar na sua [das cláusulas gerais] concretização, com a extensão dos mesmos e com a possibilidade de controlar o respeito, na decisão, da hierarquia que, entre eles, se descubra.”¹⁶⁵

Neste diapasão, não se pode deixar de sublinhar o importante papel que é desempenhado pelo precedente judicial, o qual limita e condiciona a liberdade de atuação do intérprete na concretização das cláusulas gerais. Em verdade, como bem anota António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro “a repetição dos julgados permite reduzir a margem de discricionariedade, focando pontos de referência essenciais, afastando outros, e conduzindo, em última análise, à complementação judicial do sistema [...]”¹⁶⁶ É dizer, a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* confere especificidade ao conteúdo normativo da cláusula geral, o que tende a diminuir a discricionariedade do intérprete na sua concretização.

Fredie Didier Jr.¹⁶⁷ indica ainda a finalidade concreta da norma, a pré-compreensão e o consenso social como parâmetros a serem utilizados e respeitados na concretização de uma cláusula geral. Através do primeiro, a finalidade concreta da norma, caberia ao intérprete, durante o processo de interpretação, proceder à integração de valores e interesses concretos, mediante o recurso aos objetivos concretos da norma. Não poderia, igualmente, o intérprete se furtar à apreciação do que o consenso social já estabelecido tem a dizer a respeito de determinadas circunstâncias que devem ser por ele examinadas. Por sua vez, a pré-compreensão do intérprete acerca dos elementos constantes do enunciado normativo, por fornecer valiosas informações sobre a extensão e orientar a determinação do conteúdo da norma a ser construída, é, também, um elemento a ser utilizado na compreensão das cláusulas gerais.

¹⁶⁵ CORDEIRO, 2011, p. 1190.

¹⁶⁶ Ibid., loc. cit.

¹⁶⁷ DIDIER JUNIOR, 2010.

É possível ainda realizar o controle formal da concretização das cláusulas gerais; assim, tem-se que, além dos já referidos pontos de vista materiais (razões substanciais), existem razões formais que devem ser observadas por aquele que pretende concretizar uma cláusula geral; dentre as quais, é possível citar a incompetência do órgão ou a falta de fundamentação da decisão do juiz. A aplicação de uma cláusula geral pode ser, por conseguinte, controlada e revista seja porque é irrazoável ou inadequada (injusta), seja porque é indevida (nula).¹⁶⁸ A adoção das cláusulas gerais não conduz a consagração de um sistema discricionário livre de quaisquer amarras, pois os remédios de correção poderão agir tanto na parte objetiva quanto na postura de preenchimento do espaço de valoração.¹⁶⁹

Não se pode olvidar, contudo, que a possibilidade de proceder ao controle da concretização das cláusulas gerais com base em referências objetivas possui os seus limites. Do ponto de vista estrutural, a segurança da valoração e o controle subsequente nunca atingem o grau de precisão próprio dos conceitos determinados ou das próprias decisões apoiadas em núcleos conceituais; por outro lado, circunstancialmente, as referências materiais podem escassear, deixando uma margem variável ao intérprete-aplicador: é a margem de discricionariedade.¹⁷⁰ Neste particular, maior razão assiste à António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, quando este afirma que, ao utilizar termos “fluidos” ou “vagos”, as cláusulas gerais conferem ao intérprete-aplicador um poder considerável, perturbando a repartição de poderes entre parlamento e tribunais e constituindo um fator suplementar de insegurança.¹⁷¹

A Constituição Federal de 1988, ao exortar em seu artigo 5º, inciso XXIII, que “a propriedade atenderá a sua função social”, utiliza-se de um sintagma vago e fluido – função social –, bem como não define a consequência jurídica que o preenchimento do antecedente da norma acarreta. Aquele que pretenda compreender a extensão e o conteúdo da expressão “função social” deve recorrer a elementos que, *prima facie*, seriam metajurídicos, de sorte que, na interpretação desse dispositivo constitucional, consoante explica Judith Martins-Costa, deverá o intérprete,

além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais as quais envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a

¹⁶⁸ DIDIER JUNIOR, 2010.

¹⁶⁹ MAZZEI, 2005, p. XCI.

¹⁷⁰ CORDEIRO, 2011, p. 1181.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 1184.

gradação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema.¹⁷²

Vê-se, pois, que concorre ativamente o intérprete para a formulação da norma construída a partir de uma cláusula geral, por meio da realização de uma complexa operação intelectual, sendo, em verdade, lhe conferida ampla liberdade de atuação na conformação daquela; bem como, para a identificação da extensão e do conteúdo da estrutura lógico-normativa – antecedente e consequente da norma –, deve o intérprete recorrer a elementos que, apesar de integrados ao sistema jurídico pela remissão operada pelo texto, são oriundos da experiência social.

Por ser a função social da propriedade uma cláusula geral, o que fora até aqui dito sobre esta se aplica àquela; é certo, entretanto, que nem todas as características típicas das cláusulas gerais são encontradas naquela, ao menos, na extensão ou intensidade ora afirmadas. Assim, por exemplo, ao contrário do que é comum às cláusulas gerais, argumenta-se neste estudo que a função social da propriedade, enquanto cláusula geral, não dá ensejo a uma norma jurídica que, em regra, pode ser diretamente – sem intermédio da atividade legislativa – aplicada.

Cumpra aludir ainda que, de acordo com António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁷³, existem três grandes tipos de cláusulas gerais: o restritivo, o extensivo e o regulativo. O tipo restritivo opera contra uma série de permissões singulares, delimitando-as; o tipo extensivo amplia uma regulação dispersa em vários preceitos; o tipo regulativo, a seu turno, não se ordena, como as anteriores, em função de outras disposições, na medida em que projeta uma regulação de forma autônoma e independente.

É possível dizer que a cláusula geral da função social da propriedade, com relação à dimensão objetivo-institucional da propriedade privada, opera enquanto uma cláusula geral do tipo extensivo, na medida em que remete a conjuntos normativos que identificam e conferem densidade normativa à dimensão ora em comento. À vista da dimensão subjetiva-individual da propriedade privada, a função social opera, ao remeter a normas outras que especificam em concreto o conceito de função social, enquanto uma cláusula geral extensiva e, ao servir de fundamento para a restrição dos poderes tradicionalmente inerentes ao domínio, revela-se uma cláusula geral restritiva. Em relação a ambas as dimensões, entretanto, é a função social uma cláusula geral regulativa, na medida em que projeta para o legislador o dever de dar efetividade ao comando constitucional,

¹⁷² MARTINS-COSTA, 1999, p. 327.

¹⁷³ CORDEIRO, 2011, p. 1184.

conformando a instituição da propriedade privada (e, por conseguinte, a situação proprietária) à luz da sua função social.

3.2 OS INTERESSES NÃO PROPRIETÁRIOS E A FUNÇÃO SOCIAL

Inicialmente, impende anotar que a separação que há entre economia e política não é nem pode ser definitiva porque aquela precisa sempre desta para ter sua estabilidade garantida e seus limites estabelecidos.¹⁷⁴ A intermediação da relação existente entre essas duas esferas da vida social é a tarefa que incumbe ao Direito, o qual, ao operacionalizar essa relação, é pela mesma moldado. É assim que, por exemplo, não restaram indiferentes ao Direito as transformações impostas pelo Estado, através da socialização dos meios de produção, às relações existentes entre o público e o privado no âmbito da economia.

Em verdade, a tradicional contraposição dos interesses público e privado não se sustentara diante das mudanças operadas no âmbito econômico, decorrentes da assunção pelo Estado, notadamente no pós-guerra, da sua (nova) função como distribuidor de riquezas e ordenador da atividade econômica. O Estado, a partir de então, protagonista da cena econômica, aumentou a quantidade de atividades privadas que, para serem exercidas, dependiam de autorizações, licenças ou concessões, bem como passou a conceder, em maior medida, subsídios e incentivos para que certas atividades fossem desempenhadas pelos particulares.¹⁷⁵

Charles Reich¹⁷⁶, constatando a existência de um número crescente de pessoas dependentes de um comportamento positivo do Estado para desenvolver uma atividade econômica e, a par disso, a escassez de garantias jurídicas dessa dependência, denominou de “*largess*”¹⁷⁷ essa nova realidade. Neste sentido, escreveu esse autor que

one of the most important developments in the United States during the past decade has been the emergence of government as a major source of wealth. It draws in revenue and power, and pours forth wealth: money, benefits, services, contracts, franchises, and licenses. Government has always had this function. But while in

¹⁷⁴ BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 253.

¹⁷⁵ REICH, Charles. The New Property. **The Yale Law Journal**. Yale: The Yale Law Journal Company. Inc., volume 73, nº 5, p. 732-787, abril, 1964.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Em português, “liberalidades”.

*early times it was minor, today's distribution of largess is on a vast, imperial scale.*¹⁷⁸

É possível dizer, então, que, nos dias atuais, o setor privado assume, sobretudo em virtude das exigências de utilização e das críticas às formas de exercício das faculdades concedidas, uma organização bastante diversa daquela passada, de cunho eminentemente liberal, que era baseada nas relações e interesses unicamente individuais; enquanto o setor público, por sua vez, não pode mais ser reconduzido apenas à gestão centralizada e burocrática da atividade econômica. Essas mudanças devem-se, em não escassa medida, à crescente relevância que tem sido atribuída aos valores coletivos, os quais são vistos como um complemento e uma alternativa aos – tradicionais e outrora reputados como idôneos a exaurir a categoria a que pertencem – interesses públicos e privados.¹⁷⁹

No quadro ora descrito, surge o interesse coletivo (em cuja rubrica estão albergados os interesses não-proprietários) como um terceiro sujeito que incide sobre as posições dos tradicionais sujeitos público e privado, importando que aos primeiros seja dada voz nos processos de discussão sobre o uso dos recursos formalmente concedidos a estes últimos. É dizer, a dimensão coletiva penetra nos setores público e privado, impondo o reexame dos critérios de distribuição e, sobretudo, de gestão dos recursos atribuídos a tais áreas.¹⁸⁰

Ao analisar o tema ora em debate, não se pode olvidar que, conforme escreveu Vincenzo Ernesto Cantelmo¹⁸¹, ter e não ter são um único valor que se reporta ao seu (necessário) efeito privativo e não dois valores distintos. Desta forma, tem-se que a atribuição da propriedade privada implica a privação da utilização de um bem por aqueles que não são proprietários, o que, a seu turno, gera um problema social e identifica, enquanto potencialmente conflitantes, os interesses proprietários e não-proprietários.

Por ter a não-propriedade apenas relevância reflexa, já que somente se pode falar naquela quando se está diante do exercício solitário dos poderes inerentes ao domínio, não deixa essa problemática de adquirir a sua versão jurídica. Como resposta a essa questão e

¹⁷⁸ “um das mudanças mais importantes ocorridas nos Estados Unidos durante a última década foi o aparecimento do Estado enquanto uma importante fonte de riqueza. Utilizando-se de suas receitas e seu poder, o Estado passou a espalhar riquezas: dinheiro, benefícios, serviços, contratos, franquias e licenças. O Estado sempre teve essa função. Mas, enquanto antigamente o exercício dessa função era incipiente, hoje essa distribuição de liberalidades ocorre em ampla medida, numa escala imperial.” (REICH, Charles. *The New Property*. **The Yale Law Journal**. Yale: The Yale Law Journal Company. Inc., volume 73, nº 5, p. 732, abril, 1964, tradução nossa).

¹⁷⁹ RODOTÀ, Stefano. La rinascita della questione proprietaria. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 44.

¹⁸⁰ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸¹ CANTELMO, 1984, p. 28-30.

enfrentando o problema atinente a escassez característica dos bens objeto do domínio, a qual se qualifica pela impossibilidade de estes serem atribuídos a todos aqueles que o postulam, seja por uma limitação natural ou por sua presença limitada no mercado, é que reside a importância do processo ora descrito de influência dos interesses coletivos sobre os interesses privados, enquanto maneira de promover a igualdade formal e material.¹⁸²

Ainda na esteira da doutrina de Vicente Ernesto Cantelmo¹⁸³ a propriedade está a par da “privatização” – isto é, a pretensão de que a atribuição de um bem a um sujeito exclua o uso, gozo e fruição pretendidos por outros atores da vida social –, a qual, somada à tendencial escassez dos recursos que a situação proprietária implica e ao número sempre crescente de sujeitos que pretendem a sua fruição, poderia conduzir à utilização da propriedade privada como instrumento a favor da realização do individualismo possessivo.

Para evitar que isso ocorra, impõe o interesse público o reexame dos critérios de distribuição e gestão dos recursos atribuídos ao setor privado, o que se especifica através da progressiva incidência, no conteúdo da situação proprietária, de vínculos de disposição e gozo, que condicionam a atribuição privada dos bens ao atendimento dos interesses de terceiros, não-proprietários.¹⁸⁴

Assim, nos dias atuais, a propriedade privada não mais representa, sequer ao nível do direito positivo, uma expressão do individualismo possessivo, sendo que, em verdade, a proteção da situação proprietária não se justifica apenas a partir do interesse em “ter” do seu titular, mas, antes, a partir da sua concepção enquanto meio de comunicação econômica, na qual se contempla e tem-se em consideração, além dos interesses proprietários, a situação de “não ter” imposta aos demais atores sociais.¹⁸⁵

No texto da Constituição Federal de 1988, o mecanismo utilizado para permitir que o interesse coletivo permeie e interfira na estrutura da instituição jurídica da propriedade privada é a cláusula geral da função social desta, referida no seu artigo 5º, inciso XXIII. É por meio da norma criada através dessa técnica legislativa que, no ordenamento jurídico brasileiro, impõe-se que a propriedade privada, enquanto instituição jurídica, tenha em consideração os interesses dos não-proprietários. É neste sentido, inclusive, o entendimento de Salvatore Pugliatti¹⁸⁶, segundo o qual a função social da propriedade impõe que a propriedade privada não seja concebida enquanto meio de exclusiva satisfação dos interesses

¹⁸² CANTELMO, 1984.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid., p. 28-29.

¹⁸⁶ PUGLIATTI, Salvatore. La definizione della proprietà nel nuovo codice civile. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 142.

proprietários, mas, antes, como instrumento de atuação do interesse público, o que, por sua vez, determina, por ser de público interesse que as relações intersubjetivas sejam harmonicamente ordenadas, que aquela instituição seja estruturada de forma a atender, quando for o caso, os interesses não-proprietários.

Saliente-se, entretanto, que, somente quando o interesse “social” tutelado por aquele princípio constitucional reputar que os interesses não-proprietários devem prevalecer diante dos interesses proprietários deverá isso acontecer, pois, como bem anota Ugo Natoli¹⁸⁷, não se identifica o interesse protegido por intermédio da função social com os interesses individuais, os coletivos ou, até mesmo, os interesses do Estado, mas é antes um valor autônomo que determina qual interesse – individual, estadual ou coletivo – deve prevalecer concretamente. Não se pense, ainda, que, por meio da consagração da cláusula geral da função social da propriedade, a Constituição brasileira operou uma substancial modificação na propriedade capitalista, pois, aquela, como bem afirma Orlando Gomes,

[...] legitima o lucro, ao configurar a actividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu [do direito de propriedade] conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua privada, isto é, exclusiva e transmissível livremente.¹⁸⁸

A norma criada a partir da cláusula geral da função social, portanto, não modifica a essência da propriedade capitalista. Apesar disso, é certo que se afasta o modelo proprietário por aquela norma introduzido do modelo de propriedade típico do paradigma liberal-individualista. Essencial é perceber que, por intermédio da consagração do princípio da função social da propriedade, não se negam os princípios básicos do Estado liberal – como é o caso da propriedade privada e da livre iniciativa –, mas estes tendem a ser entendidos de forma a proporcionar maior equilíbrio nas relações sociais, na medida em que aquele princípio subordina a categoria do “ter” a do “ser” e reedifica a função promocional da situação proprietária, através do abandono definitivo do mito da sua neutralidade.¹⁸⁹

Por fim, não se pode deixar de salientar que a utilização da propriedade privada para proteger os novos interesses – ditos não-proprietários – impede que estes, por serem ainda ao modelo proprietário referidos, sejam concebidos como indícios da existência de valores não passíveis de serem, a contento, reconduzidos àquele sistema tradicional. Desta

¹⁸⁷ NATOLI, Ugo. **La proprietà**. Giuffrè: Milano, 1980, p. 184.

¹⁸⁸ GOMES, 1986, p. 9.

¹⁸⁹ IANNELLI, 1980, p. 198.

forma, os novos interesses terminam por ser empregados como instrumentos de releitura do antigo paradigma, o que contribui para a reafirmação deste.¹⁹⁰

3.3 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

O princípio da função social da propriedade é norma jurídica construída a partir da interpretação da cláusula geral constante do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal. Conforme já fora assentado no item 3.1, por se tratar de cláusula geral, o referido dispositivo não oferece ao intérprete elementos suficientemente necessários para que ele proceda à conformação da norma jurídica a construir (o princípio da função social), de sorte que, para que possa realizar essa tarefa, o intérprete precisa recorrer a elementos que, em tese, seriam extrassistêmicos. Isso é resultado da vagueza intencional que caracteriza a técnica legislativa das cláusulas gerais.

É certo que a referida vagueza implica a concessão de ampla liberdade para o intérprete na conformação da norma jurídica. Isto, entretanto, não pode e nem deve ser confundido com a atribuição da possibilidade de realização de um ato, no qual impera a completa discricionariedade, pois, em virtude de os elementos supostamente extrassistêmicos a que recorre o intérprete advirem de fonte reconhecida pelo ordenamento jurídico, a atividade de construção da norma jurídica é suscetível de controle.

Em outras palavras, o que ora se afirma é que o reenvio do intérprete a elementos supostamente extrassistêmicos não é uma operação insuscetível de ser controlada. Ao proceder à seleção dos anseios (sociais) e valores (intersubjetivos) correspondentes à expressão “função social” ou à determinação das consequências jurídicas advindas da incidência daquela norma, deve o intérprete ter em consideração determinadas razões materiais e formais que podem (e devem) orientar o processo de concretização da cláusula geral da função social da propriedade.

Neste sentido, Gustavo Tepedino escreve que “a função social [da propriedade] modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos

¹⁹⁰ RODOTÀ, Stefano. La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 65.

constitucionais e com a concreta regulação dos interesses em jogo.”¹⁹¹ Isto significa que deve o intérprete, ao determinar a que corresponde o conteúdo do princípio da função social da propriedade, ter em consideração os preceitos constitucionais, os quais deverão orientar a seleção dos interesses a serem protegidos por intermédio da norma a ser construída e a identificação da medida em que lhes deve ser concedida a referida proteção.

Interessam na concretização da cláusula geral da função social, todos os pontos de vistas materiais outrora indicados¹⁹²; isto é, não se pode deixar de prestigiar a finalidade concreta da norma, a pré-compreensão do intérprete, os precedentes e, ainda, o consenso social sobre determinadas circunstâncias, como, por exemplo, a função (fim) social que devem cumprir os bens objeto do domínio. Neste sentido, escreveu Fernando Rey Martínez¹⁹³ que deve o legislador, ao concretizar o princípio da função social da propriedade, ter em consideração o que se entende como correspondente à função (fim) social do bem objeto do domínio, sendo, inclusive, compreensível que existam diversas concepções legítimas acerca de qual seja “a” função social de certo bem em determinado momento histórico.

Não se pense, entretanto, que a análise das razões de ordem formal (competência para proceder à concretização e existência de fundamentação) não é importante. Em verdade, o controle formal da cláusula geral da função social da propriedade é matéria relevante, pois, notadamente com relação à dimensão subjetivo-individual desta, por aquela cláusula geral implicar a restrição, do ponto de vista histórico, de uma situação jurídica subjetiva fundamental, concedendo ao intérprete ampla liberdade de atuação na realização dessa restrição, em homenagem ao princípio democrático, importa anotar como, quando e quais atores sociais estão autorizados a proceder a essa atividade¹⁹⁴.

Tendo em vista a concretização da cláusula geral da função social e a dimensão objetivo-institucional da propriedade privada, as razões de ordem formais também importam. Não é demais lembrar que, conforme fora anotado no item 2.2.2, a vertente prestacional da propriedade privada, em virtude da imensa gama de opções políticas que necessariamente envolvem a realização do dever gerado pela referida vertente, não permite ao Poder Judiciário, sem o intermédio da atividade legislativa e com base naquela, conferir ao indivíduo a propriedade sobre qualquer bem.

¹⁹¹ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____(org.). **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 344.

¹⁹² Veja-se o item 3.1.

¹⁹³ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 350.

¹⁹⁴ Sobre este tema veja-se o item 3.6 deste estudo.

A normatividade do princípio da função social da propriedade cria o dever de o legislador infraconstitucional proceder à conformação da propriedade (instituição) em atenção à função social que cada bem objeto do domínio está chamado a cumprir. Neste sentido, anota Arruda Alvim que

dize-se, também, com acerto, que a função social deve ser efetivada por lei (“reserva de lei”), por isso que, ainda, constitui-se num critério para o legislador ao disciplinar o direito de propriedade, critério esse que encontra limites na própria garantia constitucional do direito de propriedade.¹⁹⁵

Determina, então, que o legislador infraconstitucional discipline o direito de propriedade (enquanto instituição jurídica) em consonância com o princípio da sua função social. O limite a que se refere Arruda Alvim¹⁹⁶ é o conteúdo mínimo essencial da propriedade privada, o qual integra o núcleo da situação jurídica subjetiva cerne da dimensão subjetivo-individual dessa instituição jurídica. Frise-se, também, por oportuno, que, como bem anota Pietro Perlingieri¹⁹⁷, o referido princípio da função social é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os poderes jurídicos, de sorte que estes e o intérprete devem, com base naquele princípio, não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais.

A determinação do conteúdo normativo desse princípio dependerá dos pontos de vistas formais e materiais acima referidos, os quais deverão ter em consideração as circunstâncias concretas, o quadro global da política econômica e social perseguida em dado momento pelos poderes públicos, e um eventual consenso social existente acerca da função econômico-social (ou função social em sentido sociológico) destinada à categoria do bem objeto do domínio.

É essa uma concepção acerca da função social consentânea com o texto constitucional e despida de ideologia ou idealismo. Assim, consoante expõe Arruda Alvim¹⁹⁸, não há razão, por exemplo, para, com esteio na Emenda constitucional nº 26, que inseriu, no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à moradia, considerar que o princípio da função social da propriedade é mero instrumento que visa permitir a garantia desta, pois a garantia do direito à moradia não implica, necessariamente, o dever de o Estado

¹⁹⁵ ALVIM, 2009, p. 378.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ PERLINGIERI, 2002, p. 227-228.

¹⁹⁸ ALVIM, op. cit., p. 282.

proporcionar a propriedade. Sobre a maneira adequada de entender-se o princípio da função social, escreveu Pietro Barcellona que

*la funzione sociale viene considerata così una “clausola generale”, una specificazione del principio di solidarietà sociale, dell’esigenza di attuare un compromesso tra vari interessi in conflitto. La funzione sociale non potrebbe, di conseguenza, identificarsi con il vantaggio di una categoria determinata di soggetti; anzi viene considerato in contrasto con la funzione sociale ogni risultato che si risolve nel privilegio di una determinata classe o categoria sociale.*¹⁹⁹

Para Pietro Barcellona, então, o princípio da função social impõe que o intérprete encontre uma solução entre os vários interesses que estão em conflito, razão pela qual não deve nem pode justificar a concessão de uma eventual vantagem à determinada categoria social. Uma atitude diversa, isto é, que faça coincidir a função social com a atribuição de privilégios a determinada categoria social, seguindo esta linha de raciocínio, está em conflito com o referido princípio constitucional e conflita com o princípio da solidariedade, o qual é a *ratio* e o fundamento da consagração do princípio da função social da propriedade. Para o referido autor não se identifica a função social com os interesses de uma categoria ou com a soma dos interesses particulares, pois “[...] *utile sociale è l’equilibrio dei vari interessi, l’equa transazione degli interessi in conflitto.*”²⁰⁰

Em sentido diverso, por considerar que não existe a determinação de o legislador proceder à contemporização dos interesses em conflito, mas, antes, que há a imposição de aquele fazer prevalecer diante dos demais o interesse que realizar o princípio da função social, escreveu Stefano Rodotà que

*non pare, infatti, che – in questa materia – la disciplina costituzionale sia stata indirizzata principalmente ad una composizione o ad un temperamento delle posizioni eventualmente in conflitto, quanto piuttosto al riconoscimento esclusivo degli interessi coincidenti con il fine sociale perseguito.*²⁰¹

Assim, para esse último autor referenciado, não é correto deduzir da disciplina constitucional um mandado de composição dos interesses em conflito, mas antes o adequado

¹⁹⁹ “a função social é considerada como uma cláusula geral, uma especificação do princípio de solidariedade social, da exigência de encontrar uma solução entre os vários interesses em conflito. A função social não poderia, por conseguinte, identificar-se com uma vantagem atribuída a uma categoria determinada de sujeitos; antes é considerado contrário à função social todo resultado que implique a concessão de um privilégio a determinada classe ou categoria social.” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 302, tradução nossa).

²⁰⁰ “[...] socialmente útil é o equilíbrio dos vários interesses, a transação equitativa dos interesses em conflito.” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 303, tradução nossa).

²⁰¹ “Não parece, de fato, que – neste particular – a disciplina constitucional seja endereçada especificamente a uma composição ou a uma contemporização das posições eventualmente em conflito, ao invés do reconhecimento exclusivo dos interesses coincidentes com o fim social perseguido.” (RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 204, tradução nossa).

é daquela inferir uma ordem de reconhecimento exclusivo dos interesses resguardados pelo princípio da função social; pois o interesse coletivo protegido pelo referido princípio funciona como critério de valoração dos interesses em conflito, o que implica a prevalência do interesse da categoria social que seja com aquele critério de seleção identificado. Assim, consoante expõe Ugo Natoli²⁰², é o interesse social protegido pelo princípio da função social da propriedade um interesse coletivo, mas não “geral”, que, mesmo quando implica a prevalência de interesses individuais, distingue-se destes, e que, também, não se confunde com o interesse de toda a coletividade, personificada na figura do Estado. Concorde-se, aqui, com essa doutrina.

Stefano Rodotà²⁰³ anota ainda que o sintagma “social” pode ser concebido como equivalente à expressão “não individualístico”, o que implica que o princípio da função social seja compreendido enquanto determinando a contraposição a uma função individual. Não passa despercebido àquele autor o fato de pouco socorrer o intérprete uma definição meramente negativa da expressão função social, haja vista que, ao interpretar a cláusula geral ora em comento, impõe-se ao intérprete a tarefa de individualizar o significado de uma expressão da qual se devem derivar consequências operativas.

Continuando, o referido autor italiano enuncia que a cláusula geral da função social é adequadamente compreendida quando, a partir daquela, se constrói uma norma jurídica cuja normatividade implica a imposição do alcance do máximo benefício econômico e coletivo. Quanto a este explica Stefano Rodotà que

*il contenuto economico del principio sociale viene così ad essere precisato nel senso che una semplice destinazione alla produzione o il solo sfruttamento non possono far ritenere adempiuta la condizione posta dal testo costituzionale: quel che si richiede effettivamente è un coordinamento delle attività del privato tale da permettere la migliore utilizzazione delle risorse a sua disposizione.*²⁰⁴

O máximo benefício econômico e coletivo determinado pelo princípio da função social da propriedade, portanto, concerne à perspectiva econômica da utilização do bem e não se esgota na atribuição de uma determinada destinação econômica a este ou num realizar qualquer aproveitamento do solo, mas, antes, impõe que as atividades do particular

²⁰² NATOLI, 1955, p. 91.

²⁰³ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 197-198.

²⁰⁴ “o conteúdo econômico do princípio social vem assim a ser precisado no sentido de que a simples destinação à produção ou o aproveitamento do solo não podem implicar o cumprimento da condição imposta pelo texto constitucional: o que se exige efetivamente é a coordenação das atividades do particular de tal forma a permitir a melhor utilização dos recursos a sua disposição.” (RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 204, tradução nossa).

estejam coordenadas de forma a permitir a melhor utilização possível dos recursos a sua disposição. Por sua vez, no que concerne ao caráter coletivo, ainda de acordo com Stefano Rodotà, não se pode olvidar que

*[...] non è ritenuto sufficiente un qualsiasi risultato che si possa dimostrare vantaggioso per la collettività (ad esempio, in incremento produttivo), ma soltanto quello al quale si accompagni lo stabilirsi di piú equi rapporti sociali.*²⁰⁵

É dizer, não será qualquer resultado que represente uma vantagem social que corresponderá ao benefício almejado pelo princípio da função social, pois apenas o serão aqueles aos quais se acompanharem o estabelecimento de relações sociais mais equitativas.

À luz ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não parece ser válida a doutrina ora esposada acerca do conteúdo normativo do princípio da função social corresponder ao máximo benefício econômico coletivo. Aliás, anote-se que, mesmo à vista da Constituição italiana, existia quem discordasse da identificação da “utilidade social” referida por aquele princípio com o “máximo benefício econômico e coletivo”, como, por exemplo, o fez Angelo Lener²⁰⁶, ao argumentar que o critério de utilidade social não coincide com a exigência de produtividade nem mesmo com a maximização do benefício econômico, podendo, diversamente, até mesmo impor a não utilização ou a utilização limitada dos bens.

Por outro lado, diante da experiência jurídica brasileira, o quanto fora dito por Stefano Rodotà acerca do que se deve entender pelo elemento “coletivo” que integra o comando normativo do princípio da função social da propriedade, sem dúvida, pode ser reputado válido. Isto é, o conteúdo normativo do princípio da função social da propriedade constante do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 determina que legislador, ao proceder à conformação da instituição jurídica da propriedade privada, o faça de maneira a propiciar o estabelecimento de relações sociais mais equitativas. Neste particular, em verdade, importa transcrever as palavras de Pietro Barcellona, o qual escreveu que

*i soggetti rispetto ai quali la funzione sociale pone un criterio di scelta non sono tutti i cittadini, bensì sono i soggetti che di volta in volta, in relazione alla natura del bene, possono trarre vantaggio o svantaggio delle scelte che fa il proprietario. Questi soggetti, queste categorie sociali specificamente individuabili rispetto ai vari di beni o vari tipi di rapporti son quelli che risultano coinvolti nel processo de utilizzazione dei beni.*²⁰⁷

²⁰⁵ “[...] não é considerado adequado qualquer resultado que possa mostrar-se vantajoso para a coletividade (por exemplo, um aumento na produção), mas apenas aqueles aos quais se acompanhe o estabelecimento relações sociais mais equitativas.” (RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 208, tradução nossa).

²⁰⁶ LENER, 1982, p. 104.

²⁰⁷ “os sujeitos com relação aos quais a função social põe-se enquanto critério de escolha não são todos os cidadãos, mas antes os sujeitos que caso a caso, em relação a natureza do bem, possam auferir vantagem ou desvantagem das escolhas que faz o proprietário. Estes sujeitos, estas categorias sociais, especificamente

Assim, tem-se que a coletividade que é referida pelo princípio da função social da propriedade é composta por aqueles indivíduos ou por aquelas categorias sociais que podem auferir alguma vantagem ou desvantagem a partir das escolhas realizadas pelo proprietário durante o exercício dos poderes inerentes ao domínio. É no seio desta coletividade que deve ser perseguida, por força daquele princípio constitucional, o estabelecimento de relações sociais mais equitativas.

Justifica-se esse raciocínio, inclusive, porque, conforme evidenciara Ugo Natoli²⁰⁸, o princípio da função social da propriedade, por determinar a realização da democracia substancial, insere-se no rol daqueles instrumentos que visam proporcionar a emancipação do indivíduo de toda forma (direta e indireta) de escravidão econômica e que intentam permitir que as pessoas desenvolvam livremente a sua personalidade. Logo, não é toda atividade do *dominus* que deve atender aos ditames daquele princípio constitucional, mas somente aquelas atividades capazes de proporcionar que as relações sociais se tornem mais justas e paritárias.

Apesar disso, conforme já se indicara em linhas pretéritas, à luz da experiência jurídica brasileira, em especial quando se vislumbra as manifestações do princípio da função social da propriedade no texto constitucional²⁰⁹, impende rejeitar a possibilidade de se identificar o comando normativo daquele princípio constitucional com o elemento “econômico” evidenciado por Stefano Rodotà²¹⁰, o qual se caracteriza por impor ao particular (proprietário) o dever de coordenar as suas ações com o fito de atribuir ao bem a sua disposição a melhor utilização possível.

Em verdade, na Constituição brasileira, o princípio da função social justifica a tutela de interesses que não apenas os econômicos – como, por exemplo, os ambientais e sociais (consoante se depreende da leitura do artigo 186, incisos II, III e IV) –, bem como os deveres impostos aos particulares (proprietários) não implicam necessariamente a realização da melhor utilização econômica possível do bem. É o que se extrai, por exemplo, da leitura do artigo 186, inciso I, da Constituição, o qual, ao invés de determinar que se realize o melhor aproveitamento possível do solo, ordenou que tenha lugar um aproveitamento racional e adequado, o que, não necessariamente implica o dever de o proprietário aproveitar a terra da

individualizáveis à vista dos diversos tipos de bens ou vários tipos de relações, são aqueles que estão coenvoltos no processo de utilização dos bens.” (BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 306, tradução nossa).

²⁰⁸ NATOLI, 1980, p. 186-187.

²⁰⁹ Sobre o tema ver o item 3.3.2.

²¹⁰ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 207.

melhor forma possível. Assim, revela-se injustificada uma redução da tutela conferida pelo princípio da função social que vise identificá-la apenas com a proteção dos interesses econômicos.

É, inclusive, natural que assim o seja, haja vista que, ao contrário do que ocorre na Itália, onde a Constituição de 1948 deste país não reconheceu a propriedade privada e a iniciativa econômica enquanto atributos da personalidade, a Constituição brasileira de 1988 assim o fez, respectivamente, nos incisos XXII e XIII (neste caso, ainda que por intermédio da garantia do trabalho), do seu artigo 5º, que identifica o rol (exemplificativo) dos direitos e garantias fundamentais individuais. Tendo em vista, então, que, na ordem constitucional italiana, a instituição propriedade privada fora concebida apenas como elemento integrante da ordem econômica, é natural que o conteúdo normativo do princípio função social, o qual se realiza através daquela instituição jurídica, refira-se, ao menos prioritariamente, aos valores econômicos.

Corroborando o quanto ora afirmado já decidira o Supremo Tribunal Federal que

[...] o acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade.²¹¹

Vê-se, pois, que para o Supremo Tribunal Federal, o princípio da função social implica a realização não apenas de interesses econômicos, mas também de interesses sociais, ambientais. Assim, é certo que, perante a experiência jurídica brasileira, não se deve identificar o princípio constitucional ora em comento apenas com a necessidade de satisfação de interesses econômicos, sejam estes de quaisquer espécies.

É importante salientar, por fim, que o princípio da função social da propriedade não determina a identificação dos interesses proprietários com a manutenção ou criação de um privilégio econômico em favor destes. Para Antonio Iannelli²¹², essa assertiva não se justifica à luz da Constituição Italiana, pois esta não impõe a busca por relações sociais mais equitativas mediante o sacrifício das posições das classes favorecidas, mas, ao revés, através da promoção das classes desfavorecidas, de sorte que a função social da propriedade não pode

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2213 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007, Ement. VOL-02148-02, PP-0029. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

²¹² IANNELLI, 1980, p. 286-287.

nem deve ser concebida como um instrumento a implicar a realização da justiça social, mediante o necessário sacrifício dos interesses proprietários.

Em verdade, explica aquele autor que a superação das situações de desigualdade é um problema de justiça distributiva, ao passo que o tratamento das situações que possuem certa função social (sentido sociológico) enquanto tais, mediante a atribuição dos ônus que lhe são característicos, é um problema de justiça retributiva, o que torna inadequado confundir ambos os problemas, mediante a tentativa de solução das questões de justiça distributiva com a utilização de remédios que com esta não guardam qualquer relação.²¹³ Neste estudo, admite-se que esse raciocínio deve-se reputar igualmente adequado diante da Constituição brasileira de 1988.

3.3.1 A função social da posse

Ao tratar-se do princípio da função social da propriedade, não é incomum reconhecer enquanto manifestação daquela, o prestígio de uma situação possessória em detrimento de uma situação de domínio, pois, em parte, essa é uma das projeções normativas daquele princípio. Em verdade, consoante explica Arruda Alvim²¹⁴, essa parcela da normatividade do princípio da função social da propriedade, a qual impõe o prestígio de determinada situação possessória e costuma-se designar como função social da posse, para ser corretamente compreendida, deve ser vista enquanto albergada debaixo da disciplina do direito positivo, ou seja, sob o “prestígio” destinado ao domínio e a situação proprietária.

Pode-se dizer, então, que a função social da posse

[...] permite, em relação ao possuidor, o estabelecimento de uma situação possessória enquadrável dentro dos textos legais que se abrigam debaixo do que se chama função social, e esta, dentro do âmbito maior da função social da propriedade.²¹⁵

Nesta perspectiva, a função social da posse desempenha uma função auxiliar da função social da propriedade, devendo sempre, em conformidade com a lei e em virtude de circunstâncias especialmente valorizadas pelo legislador, realizar a função social da propriedade. Refere-se, portanto, a função social da posse não a qualquer posse ou a esta pura

²¹³ IANNELLI, 1980, p. 286-287.

²¹⁴ ALVIM, 2009, p. 275.

²¹⁵ Ibid., p. 303.

e simplesmente, mas antes a posse faticamente enriquecida, porquanto qualificada por alguns predicados reputados como socialmente prazíveis.

Ao analisar-se a função social da posse, não se pode olvidar que o fenômeno possessório não é disciplinado fundamentalmente em função do referencial da situação proprietária; pois a propriedade privada pressupõe a sua inserção, enquanto instituição jurídica, nos quadros de uma organização política, econômica e jurídica, enquanto a posse, a seu turno, por ser um fenômeno não desvinculável da projeção do homem sobre as coisas, escapa, em alguma medida, dos referenciais políticos que subjazem todo ordenamento jurídico.²¹⁶ Assim, justifica-se a numericamente expressiva manifestação de situações possessórias disciplinadas em detrimento de situações dominiais.

Não deve, contudo, ser concebida a função social da posse enquanto algo diverso da função social da propriedade ou que a esta deve sobrepor-se ou contrapor-se, pois é a primeira uma faceta da segunda. O privilégio de determinadas situações possessórias em detrimento de certas situações de domínio – o que é decorrência do princípio da função social da posse – é uma das exigências da função social da propriedade, razão pela qual aquela realiza esta e com esta não pode conflitar.

Ademais, o “privilégio da situação possessória” deve ser entendido sob o enfoque do direito positivo, pois, enquanto manifestação do princípio da função social da propriedade, a função social da posse submete-se, igualmente, à reserva de lei²¹⁷; e, igualmente, porque ordenamento jurídico atribui ao domínio uma posição privilegiada, conforme se extrai do caráter pontual das normas que determinam a prevalência das situações possessórias diante das situações dominiais.²¹⁸

Anote-se que a função social da posse não impõe limites à posse.²¹⁹ Quando muito, por justificar a prevalência de uma situação possessória em detrimento de uma posição de domínio, poder-se-ia afirmar que aquele princípio determina a criação de limites à situação proprietária. É a função social da posse um “[...] subproduto de uma das facetas da função social da propriedade e, dentro desta se abriga e dentro desta se esvai.”²²⁰ Circunscreve-se a função social da posse aos textos de direito ordinário, não podendo ser, de regra, diretamente

²¹⁶ Ibid., p. 276.

²¹⁷ Veja-se o item 3.6.

²¹⁸ ALVIM, 2009.

²¹⁹ MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. In: _____; _____ (org.). **Transformações do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 35.

²²⁰ ALVIM, op.cit., p. 303.

deduzida do texto constitucional²²¹. Percebe-se, então, que gravita o referido princípio em torno da situação proprietária, na medida em que visa à otimização da figura do proprietário.

É neste sentido que afirma Arruda Alvim²²² que, em escala apreciável, no Brasil, a função social da posse implica uma potencial ou tendencial diminuição do espaço da situação proprietária, a qual se traduz em restrições e perdas da titularidade dessa situação jurídica subjetiva, sendo certo que a função social da propriedade não se exaure nesse relacionamento com a função social da posse. A função social da propriedade, ao manifestar-se enquanto “função social da posse”, implica a prevalência da situação possessória em detrimento da situação de domínio, pois “[...] é por meio da posse ou do exercício do controle material sobre a coisa, que se realiza, em grande escala, a função social da propriedade.”²²³ Assim, é natural que, a fim de ver a função social (em sentido sociológico) do bem objeto do domínio contemplada, o princípio da função social da propriedade (enquanto princípio da função social da posse) justifique o prestígio da situação possessória diante da situação dominial.

A prevalência ora referida opera-se no quadro e nos limites do direito positivo, possuindo caráter excepcional, seja em razão do prestígio normativo de que goza a situação proprietária ou em virtude da reserva de lei a que se submete o princípio da função social da posse, enquanto mera faceta do princípio da função social da propriedade. Não pode, portanto, tal prevalência ser, de regra, diretamente deduzida do texto constitucional – notadamente do artigo 5º, inciso, XXIII, da Constituição Federal –, mediante afirmação de que, perante a inércia socialmente reprovável do proprietário, deve prevalecer a situação possessória que faz o bem objeto do domínio cumprir a sua função social.

²²¹ Em sentido diverso Fredie Didier Jr. já escrevera que sempre que o domínio não for digno de proteção por não cumprir a sua função social, carecerá de proteção possessória. (DIDIER JUNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: homenagem ao Prof. Nelson Sampaio, Salvador, nº 15, segundo semestre, p. 17-28, 2007).

²²² ALVIM, op.cit., p. 377.

²²³ Ibid., p. 272.

3.3.2 Algumas manifestações do princípio da função social na Constituição Federal e no Código Civil de 2002

Inicialmente, impende anotar que, em que pese, neste capítulo, volte-se a atenção a apenas algumas manifestações do princípio da função social da propriedade constantes do seio da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, revela-se equivocada a vinculação da normatividade daquele princípio constitucional somente à seara do Direito Civil. Diversamente, adequada é a afirmação de que, sempre que seja possível e justifique-se, poderá ser trazido à colação o princípio ora em comento, não sendo empecilho para tanto – apesar de poder representar alguma limitação a implicar o balanceamento da intensidade e amplitude da incidência do princípio da função social – a matéria em relação a qual isso deve ocorrer.

Para corroborar a afirmativa ora realizada, salienta-se que a função social da propriedade fora elevada a categoria de princípio da ordem econômica no artigo 170, inciso III, da Constituição, o que na esteira da doutrina de Eros Roberto Grau²²⁴, importa que o referido princípio seja tido em consideração por aquele que pretenda definir, interpretar ou lidar com os fatos e normas que integram, de alguma forma, a ordem econômica.

É possível reconhecer, ainda, como expressão do princípio da função social da propriedade a autorização constante do artigo 182, parágrafo 4º, inciso II, também do texto constitucional, referente à possibilidade de o Poder Público municipal exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, mediante a instituição de Imposto Territorial Urbano progressivo no tempo. Logo, percebe-se que, também com relação à ordem tributária, é possível reconhecer que o referido princípio possui a sua normatividade referida e pode ser invocado como fundamento para a criação de normas jurídicas.

Concorda, inclusive, com o posicionamento ora adotado a doutrina de Arruda Alvim²²⁵, que versa que o princípio da função social da propriedade revela-se um mandamento capaz de influir numa escala grande, de espectro nacional, e, em relação a todos os bens em que isso seja possível e se justifique, não sendo adequado restringir a sua normatividade ao Direito das Coisas, tal como disciplinado no Código Civil.

Na Constituição, está genericamente previsto o princípio da função social da propriedade no seu artigo 5º, inciso XXIII, o qual é o preceito básico a partir do qual se pode

²²⁴ GRAU, 2008, p. 193-196.

²²⁵ ALVIM, 2009, p. 295.

manar aquele princípio. Já especificando o conteúdo normativo do princípio da função social, através da atribuição de referenciais concretos àquele dispositivo, o constituinte originário, nos artigos 182, 184 e 186 da Constituição, procedeu à regulação da situação imobiliária fora e dentro das cidades, mediante o delineamento constitucional da propriedade agrária e urbana, especialmente numa perspectiva macro.²²⁶

Exorta a Constituição em seu artigo 186 que se considerará cumprida a sua função social quando a propriedade rural implicar simultaneamente, segundos os critérios e graus estabelecidos em lei, o aproveitamento racional e adequado do solo; a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente; a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores; e a observância das disposições que regulam as relações de trabalho. Já o artigo 184²²⁷ estabelece diretrizes e condições de ordem formal e material a serem observadas ao tempo do estabelecimento e da aplicação da sanção à propriedade rural que não cumprir a sua função social.

O artigo 182²²⁸ da Constituição, a seu turno, estabelece referenciais materiais e formais a respeito das sanções a serem adotadas em caso de não cumprimento da função social pela propriedade urbana. É dizer, ao determinar que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no

²²⁶ ALVIM, p. 292.

²²⁷ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º - O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º - Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º - O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º - São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.” (BRASIL. Constituição (1988).

Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

²²⁸ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

plano diretor, institui pontos de vista e critérios formais a serem observados quando da identificação do que corresponde à função social da propriedade imobiliária urbana. Anote-se, ainda, que o dispositivo constitucional em comento oferece escassos pontos de vistas materiais a serem utilizados pelo legislador infraconstitucional ao tempo da concretização do princípio da função social, razão pelo qual àquele é conferida ampla liberdade de atuação neste particular.

Cuidam os dispositivos ora examinados de estabelecer parâmetros constitucionais para o entendimento e a concretização do princípio da função social da propriedade. São, portanto, as primeiras concretizações daquele princípio, as quais são vinculantes para o legislador infraconstitucional. Estabelecem, por assim o dizer, aqueles dispositivos critérios e referenciais a serem utilizados não só para a concreção do princípio constitucional, mas, também e simultaneamente, para o adequado entendimento da cláusula geral da função social da propriedade.

Em consonância com os regramentos constitucionais acerca da situação da propriedade imobiliária urbana, o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), o qual reitera e desenvolve os termos e condições em que devem ser obedecidos os ditames constitucionais concernentes ao cumprimento da função social da propriedade urbana, em seu artigo 10 e seguintes, cria a “usucapião coletiva” (sob a nomenclatura de usucapião especial urbana). Este instituto jurídico, de acordo com Arruda Alvim²²⁹, intenta realizar a função social da propriedade, valorizando a situação possessória e em nome da função social da posse, na medida em que a situação ocorrida ao abrigo desta última função deve desembocar na modificação da titularidade da propriedade.

Na esteira dos ditames constitucionais acerca da função social da propriedade imobiliária rural está o artigo 2º da Lei nº 4.504/64 (Estatuto da Terra), o qual enuncia que a propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente, favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; mantém níveis satisfatórios de produtividade; assegura a conservação dos recursos naturais; e observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. Ainda de acordo com o Estatuto da Terra, à propriedade privada da terra cabe *intrinsecamente* uma função social, sendo que o seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado naquela Lei (artigo 12); e cabe ao Poder Público promover a gradativa extinção das formas de ocupação e de

²²⁹ ALVIM, 2009, p. 292.

exploração da terra que contrariem sua função social (artigo 13). Anote-se, entretanto, que por todo o diploma normativo do Estatuto da Terra é possível vislumbrar referências à função social da propriedade, inclusive, na sua vertente de função social da posse.

Em consonância com as disposições constitucionais acerca da propriedade imobiliária rural está, também, o artigo 29 da Lei nº 6.383/76, o qual, privilegiando a propriedade que cumpre sua função social (em sentido sociológico), em detrimento de uma situação de domínio da União, legitimou a posse das terras devolutas federais de área contínua até 100 (cem) hectares do ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e de sua família, desde que este não seja proprietário de imóvel rural e comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano. Cuida-se aqui de dispositivo que visa concretizar a função social da propriedade, notadamente a parcela de sua normatividade denominada de função social da posse.

Já com relação ao Código Civil de 2002, é possível vislumbrar que este, em seu artigo 1.228, parágrafo primeiro, com fundamento no princípio constitucional da função social da propriedade, determinou que a situação proprietária fosse exercida em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que restassem preservados, em conformidade com o estabelecido por legislação especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como de maneira que fosse evitada a poluição do ar e das águas. Aqui, portanto, fora o princípio da função social da propriedade o meio utilizado pelo legislador para proteger, através da situação proprietária, os interesses econômicos, culturais, sociais e ambientais.

Em verdade, consoante enuncia Marco Aurelio da Silva Viana²³⁰, o dispositivo em comento representa um esforço contra o individualismo e um instrumento de intervenção do Estado na situação proprietária, por meio do qual o princípio da função social da propriedade adentra o território do direito privado, trazendo elementos novos a serem considerados pelo intérprete, de sorte que é este um dispositivo a partir do qual se constrói uma norma que combate o egoísmo e que visa desestimular o acúmulo de riqueza em descompasso com os interesses sociais.

É possível vislumbrar ainda que, nos parágrafos quarto e quinto, do artigo 1.228 do Código Civil²³¹, em homenagem ao “princípio” da função social da posse, enquanto

²³⁰ VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 53-56.

²³¹ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. [...]§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de

manifestação do princípio da função social da propriedade, o legislador infraconstitucional criou uma técnica jurídica *sui generis*, consistente numa “desapropriação” (ou compra e venda forçada) cujo preço será fixado pelo juiz e que, privilegiando uma situação de fato, objetiva promover a troca de proprietário com o fito de permitir que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social. Trata-se aqui, verdadeiramente, de uma expropriação por obra do juiz.²³²

Anote-se ainda que, conforme anota Arruda Alvim²³³, é influenciada pela função social da propriedade, enquanto esta se manifesta através da função social da posse, a disciplina da usucapião, no que diz respeito à diminuição de prazos; seja com relação à diminuição de prazos da usucapião, em geral, ou, especialmente, quanto aos elementos dos parágrafos únicos dos artigos 1.238 e 1.242 do Código Civil de 2002, nos quais, especificamente em nome de uma “*posse frutífera*”, os prazos ficam atrofiados, ponto este de interseção justamente da função social da propriedade com o que tem sido designado de função social da posse. Nas hipóteses ora indicadas a função social da posse (enquanto princípio) é tendente a destruir a situação proprietária atual, em que se espelha uma situação socialmente indesejável, para que se recupere a função social (sentido sociológico) da propriedade, em mãos de outro proprietário.

Arruda Alvim²³⁴ reconhece, ainda, o artigo 1.228, parágrafo segundo, do Código Civil de 2002 como uma manifestação do princípio da função social da propriedade, que impõe considerar-se ilícito o agir ou o exercer emulativamente – isto é, sem auferir nenhum benefício e com o único intuito de prejudicar outrem – os poderes atribuídos ao proprietário. É este, outrossim, o entendimento Marco Aurelio da Silva Viana²³⁵, o qual enuncia que o que se vislumbra no dispositivo de lei ora em comento é um aspecto do princípio da função social da propriedade, pois o ato praticado pelo proprietário com a intenção de prejudicar outrem pode implicar em prejuízo para o bem comum. Sobre este tema, remetemos o leitor ao item 4.5.

A partir das manifestações ora referidas, vê-se, claramente, que o princípio da função social da propriedade, ainda que circunstancialmente, é utilizado, no âmbito do Código

considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

²³² ALVIM, 2009, p. 293-294.

²³³ Ibid., p. 295.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ VIANA, 2007, p. 60.

Civil de 2002, como elemento idôneo a justificar uma redistribuição ou democratização redistributiva da propriedade pela via da possibilidade de usucapião com prazos atrofados, em atenção a determinados valores, que não dizem respeito à posse em si mesma, mas que a pressupõem e expressam um comportamento do possuidor socialmente prezado pelo legislador.²³⁶ Nestas situações, importa menos indagar quem é o proprietário do que se existe um proprietário que cuide da coisa de certa forma (socialmente útil).

Anote-se, ainda, que o princípio da função social da propriedade deverá funcionar como parâmetro interpretativo não só dos dispositivos destinados a promover a sua concretização, como também dos dispositivos que não intentam realizá-la especificamente. É neste sentido, o entendimento de Arruda Alvim, o qual versa que

[...] por meio do princípio e da regra-valor consubstanciada nas expressões função social da propriedade impende ao Legislativo disciplinar hipóteses em relação às quais comporte aplicação esse princípio, mas onde não houver essa disciplina específica em relação a determinados institutos, estes podem comportar, releitura, lendo-se essa aplicação, também, à luz da ótica da função social da propriedade.²³⁷

É dizer, por meio dos artigos do Código Civil de 2002 ora referidos, o legislador infraconstitucional viabilizou a criação de normas destinadas a realizar o princípio da função social da propriedade, razão pela qual este deve ser tido em consideração pelo intérprete ao proceder à interpretação daqueles dispositivos e ao manuseio daquelas normas. Por outro lado, os dispositivos que não consubstanciam a direta realização do princípio da função social da propriedade não escapam a influência deste, já que deverão comportar entendimento afeiçoado, que não desconsidere o valor albergado por aquele princípio, o que se realiza através de uma releitura dos institutos jurídicos que eventualmente jogam sob a perspectiva daquele princípio.

3.4 A FUNÇÃO SOCIAL ENQUANTO CARACTERÍSTICA DA PROPRIEDADE PRIVADA

Quando se cogita de uma função social do Direito Privado, afirma-se, em verdade, que a ciência jurídica é uma ciência social – nas várias acepções que essa expressão

²³⁶ ALVIM, 2009, p. 295-296.

²³⁷ Ibid., p. 297.

possa assumir –, enfatizando-se o fato de ser o Direito um fenômeno social²³⁸; assim, referir-se a uma função social dos direitos subjetivos poderia ser uma tautologia, pois, sendo a função social uma característica de todos os direitos subjetivos, não haveria qualquer utilidade na identificação da destinação e do fim social de uma determinada situação singular.²³⁹ É esta, inclusive, uma não rara objeção oposta ao conceito de função social da propriedade. Conquanto não se possa qualificá-la de infundada, por certo que a referida objeção não é insuperável. Nos moldes acima expostos, é utilizada a expressão “função social” numa acepção sociológica, bastando, para que se supere a objeção referida, a modificação do sentido daquele sintagma, mediante a utilização da expressão “natureza” ou “tarefa” social para designar os fins sociais que possuem todos os direitos subjetivos e a destinação à expressão “função social” de um uso tecnicamente determinado.²⁴⁰

Neste diapasão, argumenta-se, na esteira da doutrina de Fernando Rey Martínez²⁴¹, que o fim, a tarefa ou a função social em sentido sociológico da situação proprietária – e da propriedade enquanto instituição jurídica – consiste em permitir que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social seja esta qual for.

Pouco útil é, entretanto, para a dogmática jurídica atribuir à expressão “função social” um sentido que se identifique com a justificação ou o fundamento (extrajurídico) de qualquer direito subjetivo; bem como é igualmente de escassa valia à compreensão daquele sintagma a utilização da distinção que se faz, não apenas no pensamento jurídico, entre fim e função. Este se refere a uma tarefa abstratamente fixada e imutável, enquanto a função, que se contrapõe a ideia de estrutura rígida, sempre imutável a si mesma, e coaduna-se ao histórico e concreto comportar-se diante das novas e diversas situações.²⁴² Assim, caberia ao titular da situação proprietária, por exemplo, nunca superar as dimensões funcional e teleológica.

Sobre este tema, escrevera Stefano Rodotà que,

in fatti, l'uso del termine funzione in contrapposto a struttura serve a definire il concreto modo di operare di un istituto o di un diritto di cui siano note e individuate le caratteristiche morfologiche: mentre, invece, di una funzione sociale della

²³⁸ Neste sentido, Karl Larenz afirma que “o direito surge-nos como um fenómeno social, quando nos questionamos sobre o seu papel no contexto dos processos sociais, sobre as condições do seu surgimento e vigência na sociedade, da sua eficácia, do seu ‘poder’ ou ‘impotência’.” (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 261-262.)

²³⁹ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dogmatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 219.

²⁴⁰ Ibid. loc. cit.

²⁴¹ REY MARTÍNEZ, 1994.

²⁴² RODOTÀ, op. cit., p. 221.

*proprietà si parla non tanto per aprire la via ad indagine di sociologia giuridica, quanto per indicare proprio una di quelle caratteristiche.*²⁴³

Serve, então, a função social da propriedade para designar uma característica da estrutura da propriedade privada, de sorte que não há razão alguma para entender a função social de um ponto de vista dialético, em confronto com a estrutura da propriedade privada, pois aquela somente pode ser encontrada no interno desta, enquanto componente de sua estrutura. Do ponto de vista metodológico, não é possível operacionalizar a contento o conceito de função social da propriedade, quando este é entendido como se referindo à natureza, ao fundamento ou ao fim de qualquer direito subjetivo.

Não se pode olvidar que a norma jurídica construída a partir do comando constante do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 – o princípio da função social da propriedade –, tem a sua normatividade referida tanto a dimensão objetivo-institucional quanto a dimensão subjetivo-individual da propriedade privada. A norma jurídica ora comentada irá conformar (internamente) a instituição jurídica da propriedade privada em todas as suas vertentes, o que inclui a situação jurídica subjetiva atribuída ao proprietário, cerne da dimensão subjetivo-individual.

É, portanto, a própria situação proprietária, ou seja, a situação jurídica subjetiva cuja titularidade pertence ao proprietário, estruturada pelo princípio da função social da propriedade. Assim, este princípio – que é norma jurídica – não se manifesta enquanto um fator externo que se impõe à situação proprietária e deve ser dialeticamente considerado com relação a esta, mas, antes, revela-se como um elemento interno da própria situação jurídica, uma característica desta.

É este, inclusive, o entendimento de Fernando Rey Martínez, o qual considera que “[...] *la función social es una fórmula que modifica el contenido mismo del derecho de propiedad y retiene que su introducción en la constitución significa la irrupción de una nueva idea de propiedad: la propiedad es función social.*”²⁴⁴ A operacionalização do princípio da função social da propriedade pressupõe, então, que a situação proprietária seja estruturada tendo em vista à satisfação daqueles interesses que o interesse social, referido por aquele

²⁴³ “de fato, o uso do termo função em contraposição à estrutura serve para definir o concreto modo de um instituto ou de um direito dos quais são conhecidas e individualizadas as características morfológicas: mas, ao invés, fala-se de uma função social da propriedade menos para dar ensejo a uma forma de investigação afeta à sociologia jurídica, quanto para indicar uma daquelas características.” (RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 222, tradução nossa).

²⁴⁴ “[...] a função social é uma fórmula que modifica o próprio conteúdo do direito de propriedade e a sua manutenção na Constituição significa o surgimento de uma nova ideia de propriedade: a propriedade é função social.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 360, tradução nossa).

princípio e que funciona como critério de seleção, considera socialmente merecedores de tutela. Neste sentido, inclusive, Léon Duguit afirmou que “[...] *la propriété n’est pas un droit; elle est un fonction sociale.*”²⁴⁵ É dizer, a propriedade não é um direito, mas uma função social. Ainda sobre este tema, Stefano Rodotà escreveu que

*se, infatti, la funzione deve essere considerata come componente della struttura della proprietà, tutti quei dati che ad essa possono essere ricondotti (obblighi ed oneri gravanti il titolare) non sono rappresentabili all'esterno della situazione, come limitazione di diritto pubblico o come altrimenti si voglia considerarli.*²⁴⁶

Não podem ser entendidos como meras limitações do poder público ou enquanto qualquer outra restrição de origem externa à própria situação proprietária os deveres que são impostos ao titular desta. Se assim não for, a função social não será concebida e operacionalizada da forma como deve ser: enquanto um componente da estrutura da própria situação proprietária.

Raciocínio idêntico pode ser aplicado à propriedade privada entendida como instituição jurídica. É dizer, esta também é função social. Isto, porque, conforme fora acima anotado, o princípio da função social da propriedade influencia tanto a vertente objetivo-institucional quanto a dimensão subjetivo-individual daquela instituição, de sorte que as normas jurídicas que a compõem devem representar a sóbria consideração pelo legislador dos interesses proprietários e não-proprietários. Nesta perspectiva, vê-se claramente que (toda) a instituição jurídica da propriedade privada é (internamente) conformada pelo princípio da função social, sendo por força deste que a própria propriedade privada transforma-se em função social.

A partir do momento em que se compreende a expressão função social não como mera finalidade ou fundamento que todo direito subjetivo possui, mas enquanto elemento interno da situação proprietária, aquela se revela uma característica típica de um sistema jurídico capitalista. Em verdade, admitindo que o capitalismo caracteriza-se não só pela propriedade privada, mas também pela estrutura e forma de funcionamento desta no processo produtivo, é evidente que o princípio da função social é o instrumento através do

²⁴⁵ “[...] a propriedade não é um direito, mas uma função social.” (DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942, p. 21, tradução nossa).

²⁴⁶ “se, de fato, a função deve ser considerada como componente da estrutura da propriedade, todos aqueles dados que a essa possam ser reconduzidos (obrigações e ônus do titular) não são passíveis de serem representados como elementos exteriores à situação, enquanto limitações de direito público ou seja lá como se queira entendê-los.” (RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 223, tradução nossa).

qual uma sociedade que reconhece propriedade privada dos bens tenta esta revitalizar, concedendo-a “vida nova”, o que implica a preservação do próprio sistema (capitalista).²⁴⁷

Bem vistas as coisas, a propriedade privada é a técnica utilizada pela Constituição para solucionar o problema da apropriação e utilização privada dos bens, sendo, assim, a resposta dada pelo texto constitucional ao problema do “meu” e do “seu”.²⁴⁸ Nesse contexto, o princípio da função social é um dos elementos que determina a maneira de utilização daquela técnica ou, em outras palavras, o referido princípio contribui, a par de outras normas constitucionais pertinentes à eventual situação concreta sob análise, para a identificação da maneira segundo a qual a resposta ao problema da apropriação privada dos bens deve ser dada.

É a propriedade privada o pressuposto lógico da disciplina decorrente da consagração do princípio da sua função social, sendo que este, por sua vez, apenas subsiste no interior daquela. Contudo, isto não obsta que as premissas que subjazem a consagração do princípio da função social possam contradizer a própria propriedade privada. Nesse sentido, escreveu Pietro Barcellona que

*nemmeno potrebbe porsi, infatti, un problema di compatibilità fra proprietà privata e funzione sociale, se la prima non individuasse il regime individuale di appartenenza e titolarità fin qui descritto; perchè è proprio il nesso fra titolarità formale e appropriabilità dei beni e fra la prima e il potere de determinare la destinazione economica dei beni, l'elemento dal quale scaturiscono le contraddizioni cui vanno incontro i sistemi sociali fondati sulla proprietà.*²⁴⁹

É do regime que se instaura a partir da consagração da propriedade privada, notadamente, do nexó que existe entre a titularidade formal e apropriação dos bens e entre o primeira e o poder de determinar a destinação econômica dos bens, que derivam as contradições que assolam os sistemas sociais fundados na propriedade privada. São esses os problemas que se busca corrigir ou, ao menos, amenizar com a consagração do princípio da função social da propriedade e que permitem que este, conquanto apenas se realize na própria instituição da propriedade privada, possa a esta contradizer. Em outras palavras, o princípio da função social é o meio através do qual os interesses não proprietários podem interferir na

²⁴⁷ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 223.

²⁴⁸ BARCELLONA, 1996, p. 285.

²⁴⁹ “[...] nem mesmo poderia pôr-se, de fato, um problema de compatibilidade entre a propriedade privada e a função social, se a primeira não implicasse um sistema de apropriação privada e titularidade como o até aqui descrito; porque é o próprio nexó entre titularidade formal e apropriação dos bens e entre a primeira e o poder de determinar a destinação econômica dos bens, o elemento a partir dos qual surgem as contradições que infligem os sistemas sociais baseados na propriedade.” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 285-286, tradução nossa).

forma de utilização dos bens, o que ameniza o efeito excludente da atribuição a certa(s) pessoa(s) da titularidade formal da propriedade de determinados bens.

3.5 O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL E A SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA

Já fora assentado que a função social da propriedade referida no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 constitui uma cláusula geral, a qual, por sua vez, dá ensejo à formação de um princípio que se vincula à propriedade enquanto instituição jurídica, projetando a sua normatividade tanto sobre a dimensão subjetiva-individual quanto sobre a dimensão objetivo-institucional desta última; bem como que, ao conformar a propriedade privada, o referido princípio converte essa mesma em função social. Assim, este sintagma – função social – ora pode designar uma cláusula geral, um princípio, uma característica da propriedade privada ou, até mesmo, um fim social (sentido sociológico).

Afirmado fora ainda que a cláusula geral da função social da propriedade, com relação a vertente subjetivo-individual desta, revela-se uma cláusula geral do tipo extensivo, ao fazer remissão a normas outras que especificam em concreto o conceito de função social; uma cláusula geral do tipo restritivo, na medida em que serve de fundamento para a restrição de poderes tradicionalmente inerentes ao domínio; e, ainda, uma cláusula geral regulativa, uma vez que projeta para o legislador o dever de dar efetividade ao comando constitucional, conformando a instituição jurídica da propriedade privada de acordo com a função social do tipo de bem objeto do domínio.

Opera a função social como uma cláusula geral restritiva, pois, a partir desta, cria-se uma norma (princípio) que, ao relacionar-se com a situação proprietária, núcleo da vertente subjetivo-individual da propriedade privada,

*[...] si manifesta anzitutto come mancata attribuzione al proprietario di determinate facoltà; in secondo luogo, come complesso di condizioni per l'esercizio di facoltà attribuite; infine, come obbligo di esercitare determinate facoltà, in base ad un apprezzamento libero o secondo modalità indicate.*²⁵⁰

²⁵⁰ “[...] manifesta-se antes como a não atribuição ao proprietário de determinadas faculdades; em segundo lugar, como um complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas; por fim, como a obrigação de exercitar determinadas faculdades, em virtude de uma apreciação livre ou segundo modalidades indicadas.” (RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 239, tradução nossa).

É dizer, são três as formas através das quais o princípio da função social relaciona-se com a dimensão subjetivo-individual da propriedade privada para restringi-la. Implica o referido princípio a não atribuição de determinados poderes ao proprietário; o condicionamento do exercício de certos poderes; ou, ainda, a obrigatoriedade do exercício de determinados poderes tradicionalmente inerentes ao domínio.

Em verdade, ao titular da situação proprietária atribui-se “[...] *soltanto quei poteri capaci di soddisfare, insieme ai suoi interessi personali, anche quelli più generali riferibili alla società nel suo complesso.*”²⁵¹ Assim, tem-se que o princípio da função social da propriedade não implica o não exercício de um poder que fora concedido ao proprietário, pois, em verdade, nesta hipótese, o ordenamento jurídico, ao invés de conceder um poder e, ato contínuo, impor o seu não exercício, simplesmente não o concede (ou não permite a sua concessão) ao proprietário.²⁵²

É este um entendimento que encontra respaldo na doutrina de León Duguit²⁵³, segundo a qual, por ser o homem um “ser social”, a ele impõe-se, pela própria força das coisas, a regra que versa que ele nada pode fazer que atente contra a solidariedade social sob quaisquer das suas formas e que ele deve fazer tudo o que for de natureza a realizar e a desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica. Neste passo, o direito objetivo, se legítimo, deve ser expressão, desenvolvimento ou execução da regra ora esposada, o que significa que os direitos não sejam entendidos enquanto prerrogativas que pertencem ao indivíduo na sua qualidade de homem (perspectiva jusnaturalista), mas que sejam compreendidos enquanto poderes que lhe pertencem porque, sendo o homem um ser social, ele tem um dever a cumprir e deve ter o poder de cumprir tal dever. Assim, tem-se que o exercício daqueles direitos identificam-se sempre com a realização de um interesse social.

Não cuida o princípio da função social da propriedade, precipuamente, de suprimir os poderes tradicionalmente inerentes ao domínio. Se assim o fosse, o constituinte originário poderia não ter, com maior razão, reconhecido e garantido a propriedade privada. Em sentido diverso, aquele princípio evidencia que socialmente útil é a própria propriedade privada e, por conseguinte, os poderes inerentes ao domínio, cabendo ao legislador moldar a situação proprietária de maneira que, através do exercício desta, restem privilegiados tanto os

²⁵¹ “[...] apenas aqueles poderes capazes de satisfazer, ao lado dos interesses pessoais, também aqueles mais gerais concernentes à sociedade como um todo.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 248-249, tradução nossa).

²⁵² RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 240.

²⁵³ DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial “Inquérito”, 1939.

interesses individualísticos quanto os resultados que, do ponto de vista constitucional, favoreçam a coletividade.²⁵⁴

Com isto, entretanto, como bem anota Antonio Iannelli²⁵⁵, não se nega que, em alguns casos, o princípio da função social da propriedade implique o sacrifício de alguns poderes tradicionalmente integrantes do domínio. É esta, entretanto, uma hipótese excepcional, já que, na maioria das vezes, para que reste cumprida a função social (sentido sociológico) do bem, é necessária a adoção pelo proprietário de comportamentos positivos, consistentes no dever de exercitar um dos poderes do domínio, e não uma simples abstenção do titular da situação proprietária.

Não é, inclusive, imprescindível a imposição de deveres ao proprietário para que a situação proprietária seja estruturada de forma a possibilitar que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social. Em verdade, o espaço de autonomia que encerra a situação proprietária ao seu titular apenas deverá ser diminuído na medida e intensidade que revelem-se essas intervenções justificadas à vista dos interesses não-proprietários que serão, por meio destas, protegidos.²⁵⁶

Pode-se afirmar, inclusive, na esteira da doutrina de Pietro Perlingieri²⁵⁷ – construída à vista da Constituição italiana, mas adequada à Constituição brasileira –, que não é correto compreender o princípio função social da propriedade como uma noção do tipo negativo voltada para comprimir os poderes proprietários, os quais, sem limites, ficariam íntegros e livres; pois, num sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo daquele princípio assume uma função promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e suas interpretações devem visar garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento.

Na tentativa de continuar a atribuir à situação proprietária as características do clássico esquema de direito subjetivo, não socorre a consideração da não atribuição de poderes ao proprietário como uma evidência suscetível de ser “corrigida” pela elasticidade da situação proprietária²⁵⁸. Isto, porque, por inexistir um poder abstratamente concedido ao proprietário cujo exercício reste a este impossibilitado, não possui o titular da situação proprietária, com relação aos poderes faltantes, a possibilidade de (re)expansão do domínio.²⁵⁹

²⁵⁴ IANNELLI, 1980, p. 253.

²⁵⁵ Ibid., p. 254.

²⁵⁶ REY MARTÍNEZ, 1994.

²⁵⁷ PERLINGIERI, 2002, p. 216.

²⁵⁸ Veja-se, neste particular, o item 4.3.2.

²⁵⁹ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 240.

Em verdade, o desenho da situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário é aquele mesmo no qual não lhe foram concedidos certos poderes, de sorte que, propriamente, não há poder faltante a ser restabelecido e, por conseguinte, não existe razão para cogitar-se de uma eventual (re)expansão do domínio.

Na hipótese de condicionamento dos poderes conferidos ao proprietário, o que ocorre é a subordinação da eficácia dos atos por aqueles praticados a determinados pressupostos. Como bem afirma Stefano Rodotà²⁶⁰, não se pode reportar a situação ora descrita como idêntica a atribuição de uma sanção a um comportamento eivado de um defeito de legitimação, pois esta categoria é muito rica de implicações e de caracteres gerais, o que implica que o recurso àquela importe uma inconsequente ampliação do seu âmbito de aplicação, embora isso não fosse de todo arbitrário. Raciocínio idêntico impõe-se àquela linha argumentativa que intenta compreender a inatividade do proprietário, quando a este é imposto o dever de adotar uma conduta positiva, enquanto determinante de uma superveniente carência de legitimação para o exercício ou a titularidade da situação proprietária.

Sobre a função social e a situação proprietária, escreveu Pietro Barcellona que

*la funzione sociale indefinitiva non costituisce la fascia esterna della proprietà. Essa, al contrario, identifica positivamente il contenuto stesso della situazione di appartenenza e si esprime normalmente attraverso l'imposizione di obblighi di comportamenti e di limiti incidenti sulla libertà di imprimere al bene la destinazione voluta.*²⁶¹

Manifesta-se, pois, o princípio da função social no interior da própria situação proprietária, atuando na conformação do conteúdo desta, seja através da imposição de obrigações ou da criação de limites incidentes sobre a liberdade do titular da situação jurídica subjetiva proprietária. Não há, portanto, de se cogitar que a função social da propriedade constitui a faixa externa da situação proprietária.

Verdadeiramente, aqueles que argumentam a favor da “elasticidade” ou da “ausência de legitimação” para explicar os fenômenos acima expostos parecem não perceber que, progressivamente, a exceção – genericamente representada na ablação, operada pelo princípio da função social, da autonomia outrora concedida ao proprietário – virou característica prevalente, não irrelevante para a própria qualificação formal da situação jurídica subjetiva sob análise, de sorte que a função social não pode ser identificada como

²⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 240-241.

²⁶¹ “a função social em definitivo não constitui a faixa externa da propriedade. Aquela, ao contrário, identifica positivamente o próprio conteúdo da situação proprietária normalmente através da imposição de obrigações comportamentais e de limites incidentes sobre a liberdade de atribuir ao bem a destinação pretendida.” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 301, tradução nossa).

elemento externo a propriedade privada, na qual encontrariam guardada os interesses da coletividade, mas deve, antes, ser vista como o elemento unificador dos pressupostos da proteção jurídica dispensada que determina o próprio conteúdo da situação proprietária – tornando esta mesma uma função social.²⁶²

Como forma de identificar o princípio da função social da propriedade privada com a faixa externa desta, por aqueles que defendiam essa concepção, chegou a ser dito que aquele princípio relacionar-se-ia com a propriedade enquanto instituto ou com o bem objeto do domínio, mas nunca com a situação proprietária.²⁶³ Para os que argumentavam que o princípio da função social da propriedade referir-se-ia à instituição da propriedade privada, essa vinculação era uma forma de tornar a situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário refratária à normatividade daquele princípio constitucional, na medida em que este representaria apenas um limite externo daquela. Neste sentido, o princípio da função social da propriedade, conforme explica Ugo Natoli²⁶⁴, revelava-se incapaz de modificar a essência da situação proprietária, pois aquele se identificava com o perfil fisionômico e externo desta, o que derivava da necessidade de tutelar-se o interesse público e operacionalizava-se através imposição de pontuais limitações (negativas ou positivas) à liberdade do seu titular.

Aqui, concorda-se com a premissa, mas não com as consequências. Neste trabalho, assume-se que o princípio da função social relaciona-se com (toda) a instituição jurídica da propriedade privada, o que implica que se vincule também à situação proprietária, pois esta não é outra coisa, senão o núcleo de uma das dimensões – a subjetivo-individual – da instituição da propriedade privada.

Ainda na tentativa de coincidir o princípio da função social com a faixa externa da situação proprietária, argumentou-se que a normatividade daquele princípio não se relacionaria com a situação jurídica subjetiva, mas antes com o bem objeto do domínio. É verdade que, como bem anota Stefano Rodotà,

*[...] le moderne legislazioni tendono a regolare la proprietà in funzione dei beni piuttosto che dei soggetti, giungendo ad affermare che “la proprietà come diritto si dissolve, ed appare la proprietà come cosa”: dove, in sostanza si vuol dire che non si persegue più la garanzia dell’attività del soggetto, bensì l’utilizzazione di un bene nel modo più conforme ad un interesse ritenuto prevalente.*²⁶⁵

²⁶² RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 240-241.

²⁶³ MEGLIONE, 1991, p. 51.

²⁶⁴ NATOLI, 1955, p. 88.

²⁶⁵ “[...] as modernas legislações tendem a regular a propriedade mais em função dos bens do que dos sujeitos, o que tem levado a afirmar que ‘a propriedade enquanto direito dissolve-se, e aparece a propriedade como coisa’: o

É certo, então, que houve uma mudança de perspectiva, na medida em que o parâmetro para elaboração dos estatutos proprietários passou a ser a atividade que se pretende realizar por intermédio dos bens e não a atividade do proprietário. Isto, entretanto, não pode implicar a negação da relevância do perfil subjetivo, mas apenas que a propriedade privada converteu-se num instrumento a ser utilizado na busca da realização de objetivos econômicos e sociais, o que é decorrência do abandono da neutralidade e da garantia formal que caracterizam os sistemas que adotam uma posição de neutralidade diante da realidade socioeconômica.

Não se pode olvidar, entretanto, que, conforme anota Stefano Rodotà²⁶⁶, uma distinção – de caráter relativo, pois sempre mutável à vista dos tempos e das cambiantes exigências sociais – dos bens em razão do interesse público sobre estes incidentes sempre existiu, e que, da maior ênfase que hoje se confere a essa distinção, não se pode inferir que se presumem imutáveis as normas que intentam regular a atividade do proprietário, sendo mutável, apenas, aquilo que se espera do bem objeto de propriedade, mas, em sentido contrário, que a diversidade de interesses incidentes sobre os bens reflete-se, necessariamente, na diversidade de normas jurídicas que disciplinam as atividades do proprietário.

Por fim, ressalte-se que se justifica cogitar de uma função social do bem apenas em sentido sociológico; isto é, significando os interesses sociais incidentes sobre a utilização do bem. Não se pode, entretanto, através dessa referência, tornar a atividade do proprietário – e a situação proprietária – indiferente ao princípio da função social da propriedade. Em verdade, há uma relação de implicação entre o princípio da função social da propriedade e a função social do bem, pois, para que o conteúdo normativo daquele seja corretamente compreendido e identificado, deve o intérprete ter em consideração os interesses sociais existentes sobre o bem objeto do domínio²⁶⁷.

que, em verdade, quer significar que não se persegue mais a garantia da atividade do sujeito, mas antes a utilização de um bem no modo mais adequado a realização de um interesse considerado como prevalente.” (RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*. In: _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 249, tradução nossa).

²⁶⁶ RODOTÀ, Stefano. *Il diritto di proprietà tra dommatica e storia*. In: _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 250-252.

²⁶⁷ Consoante se expôs no item 3.3.

3.6 A CONFORMAÇÃO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Enquanto cláusula geral, a função social constante do artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 permite que o legislador, ao concretizá-la, seja o responsável pela formulação da resposta dada pela ordem jurídica à tensão que naturalmente existe no concerto das diversas realidades jurídicas que coexistem no pluralismo democrático. Não se prende o texto constitucional a determinada concepção filosófica, mas, ao revés, permite que sejam consideradas legítimas diversas concepções acerca de qual seja a função social de um bem em determinado momento histórico. É de se ver, pois, consoante escreveu Fernando Rey Martínez²⁶⁸, que da cláusula geral da função social da propriedade não se pode derivar uma interpretação jurídica unívoca, mas antes interpretações diversas que podem conduzir a valorações políticas múltiplas, sendo todas legítimas, de sorte que somente concretamente, situando histórico e espacialmente a atividade interpretativa, é possível defender a correção ou não de determinada interpretação.

Por meio da referida cláusula geral, cria-se uma norma (princípio da função social da propriedade) que desenvolve o seu campo operativo entre o texto constitucional, que prefigura a situação proprietária, e o legislador, ao qual incumbe a criação das normas que compõem aquela instituição em atenção às diversas categorias de bens objeto do domínio.²⁶⁹ É ao legislador que, em primeira linha, incumbe a tarefa de concretizar a cláusula geral da função social da propriedade, sendo, inclusive, neste sentido, a opinião de Fernando Rey Martínez, o qual escrevera que *“el legislador tiene que constituir el orden de propiedad, diferenciándolo de los intereses eventualmente enfrentados de otros particulares y también ponderando las exigencias del bien público.”*²⁷⁰

O princípio da função social da propriedade opera, precisamente com relação ao núcleo da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada, como um mandato de ponderação objetiva dirigido ao legislador que determina que este tenha em consideração interesses proprietários e não-proprietários ao proceder à conformação da situação

²⁶⁸ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 350-351.

²⁶⁹ Ibid., p. 351.

²⁷⁰ “o legislador tem de formular as normas sobre propriedade, diferenciando os interesses eventualmente enfrentados de outros particulares e também ponderando as exigências do bem público.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 365, tradução nossa).

proprietária.²⁷¹ Note-se que esta situação jurídica, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com relação ao conteúdo do direito de liberdade, não é pré-legal, ou seja, anterior e independente de qualquer posituação, de sorte que, não existindo suficiente concretização ao nível constitucional, é através das leis infraconstitucionais que se pode e deve fixar a forma, as condições e os limites da situação proprietária.²⁷²

Apesar disso, não se converte a situação jurídica subjetiva cerne da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada num “direito” de configuração legislativa, pois a afirmação acima realizada comporta exceções, como é o caso da propriedade pessoal, a qual, em virtude de sua estreita vinculação com a liberdade, pode ser, numa perspectiva de defesa, diretamente deduzida do artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal; e das garantias contra a expropriação e o conteúdo mínimo da situação proprietária, ambos integrantes da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada, os quais também podem ser diretamente deduzidos do dispositivo constitucional ora referido.²⁷³ Neste diapasão, escreveu Antonio Iannelli que

*la funzione sociale non è disciplinata da una normativa che si aggiunge a quella propria dell'istituto giuridico [da propriedade privada], ma più semplicemente impone una determinata disciplina nel momento stesso de formazione dello statuto.*²⁷⁴

Cria, portanto, o princípio da função social o dever de o legislador ter em consideração, ao tempo da elaboração dos estatutos proprietários, os interesses proprietários e não-proprietários e de assegurar que a situação proprietária cumpra a sua função social (em sentido sociológico). Exige, em regra, o princípio da função social da propriedade o exercício da atividade legislativa para que possa ser aplicado, o que torna correto afirmar que aquele princípio não produz, de regra, sem o intermédio da atividade legislativa, efeitos sob a situação proprietária. Ao atuar, deve o legislador infraconstitucional determinar o modo de aquisição, gozo e os limites da situação proprietária, adequando-os aos interesses protegidos por aquele princípio.

Existe, com relação à concretização do princípio da função social da propriedade, uma reserva legal proporcional, identificada com a exigência da “[...] existência de lei, a qual, todavia, poderá ceder diante de outro valor constitucional que sobrepuje aquele

²⁷¹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 375.

²⁷² Ibid., p. 416.

²⁷³ Ibid., p. 312.

²⁷⁴ “a função social não é disciplinada como uma norma que se soma aquelas que compõem o instituto jurídico [da propriedade privada], mas simplesmente impõe a adoção de determinados cânones ao tempo da formação do estatuto.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 276, tradução nossa).

objeto da disciplina pela lei ordinária.”²⁷⁵ É essa uma exegese adequada que compatibiliza os comandos constantes dos incisos II, que preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, XXII, que garante o direito de propriedade, e XXIII, que determina que a propriedade atenderá a sua função social; todos constantes do artigo 5º da Constituição Federal. É, então, a referida reserva legal uma decorrência do princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição).

Na esteira da doutrina de Guido Alpa²⁷⁶, pode-se afirmar ainda que a reserva legal que ora se afirma decorre, outrossim, da exigência de a disciplina dos direitos reais ser estruturada segundo modelos fixos, não modificáveis pela vontade das partes, mas apenas pelo legislador. É esta uma postulação que decorre da necessidade de as *figurae iuris* referidas serem imutáveis pela autonomia privada, porquanto o número de direitos reais seja fechado (*numerus clausus*).

Ainda que não se reconhecesse a referida reserva de lei, seria forçoso admitir que, na teoria democrática, o primeiro chamado a concretizar um princípio constitucional é o legislador infraconstitucional²⁷⁷, pois, por estar vinculado à opção legislativa, ao juiz incumbe proceder à direta concretização de um princípio constitucional somente em casos excepcionais. Neste sentido, transcreve-se:

[...] princípios são pautas carecidas de preenchimento, para cuja concretização são convocados tanto o legislador ordinário como a jurisprudência. Aqui vale, segundo a Constituição, um primado da concretização do legislador. Este significa que onde o princípio deixe em aberto diferentes possibilidades de concretização, os tribunais estão vinculados à escolha do legislador ordinário.²⁷⁸

É dizer, existindo diversas possibilidades de concretização de um princípio constitucional, o magistrado encontra-se, em primeira linha, adstrito a opção valorativa do legislador, pois este possui, de acordo com a teoria democrática, mais legitimidade do que aquele. Isto não obsta, é claro, que, eventualmente, possa a magistratura também proceder à direta aplicação e concretização de um princípio constitucional. Anote-se, entretanto, que, no que concerne especificamente ao princípio da função social da propriedade, o caráter excepcional da sua concretização levada a cabo pelo legislador decorre não apenas da razão ora exposta, como também da reserva de lei retromencionada.

²⁷⁵ ALVIM, 2009, p. 48.

²⁷⁶ ALPA, Guido. In: PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello Stato Sociale e contenuto minimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 4.

²⁷⁷ Que deve promover a concretização respeitando os ditames constitucionais.

²⁷⁸ LARENZ, 1997, p. 482.

Como bem anota Fernando Rey Martínez²⁷⁹, o reconhecimento do princípio democrático como exclusivo princípio de legitimidade do poder estatal exige a valoração da lei como fonte principal do ordenamento jurídico, bem como implica que reste atribuída à lei um espaço próprio ou reservado que deve ser por intermédio desta regulado. A reserva de lei, nos dias atuais, deve, então, ser compreendida não apenas como a atribuição ao órgão mais (diretamente) democrático do dever de elaborar certa regulação, mas, antes, como a reserva de determinada atividade ao órgão que, por ter em sua composição uma pluralidade de vertentes políticas, permite que todas estas tenham voz no processo de elaboração de uma específica regulação.

Seguindo esta linha de raciocínio, Carlos Roberto Siqueira Castro²⁸⁰ enuncia que o princípio da legalidade impõe que todas as decisões relevantes à vida nacional sejam produzidas ou ao menos discutidas e ratificadas pelo veredito majoritário das Assembleias populares, as quais se convolam em verdadeira caixa acústica para a ressonância dos dramas e anseios das ruas. Se assim o é, tem-se uma vez mais que o princípio da legalidade constitui a exigência da observância de um rito democrático.

A reserva de lei será, pois, corretamente compreendida quando identificada com a reserva a um determinado tipo de procedimento de emanção de normas que permita aos integrantes do órgão que criará a regulação influir no debate, atuar publicamente e deliberar livremente; estas que são características próprias do procedimento legislativo e que este diferencia dos demais modos de elaboração de normas utilizados pelos governos.²⁸¹ Vê-se, por conseguinte, que a finalidade da reserva de lei não é subtrair determinadas matérias do poder regulamentar, até porque o próprio exercício deste requer sempre uma lei anterior.

Crucial é perceber que a reserva de lei cuida de impor ao legislador o dever de regular por si mesmo determinadas matérias, referindo-se, portanto, à “necessidade de lei”. No que concerne à função social da propriedade, traduz-se essa exigência na impossibilidade de existirem regramentos independentes (de leis) que, com intuito de identificar a maneira segundo a qual aquele princípio interage com o núcleo da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada, procedam à sua concretização.²⁸² Exige-se, pois, que seja o legislador quem proceda à fixação do perfil da situação proprietária, determinando os poderes e os deveres que são ao titular desta situação jurídica subjetiva atribuídos ou impostos. Assim, é

²⁷⁹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 409.

²⁸⁰ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 219-220.

²⁸¹ REY MARTÍNEZ, op. cit., p. 409-410.

²⁸² Ibid., p. 415.

certo que é ao proceder à estruturação (legislativa) dessa situação proprietária que deve o legislador observar, primordialmente, os ditames do princípio da função social da propriedade.

Deve, por conseguinte, o legislador proceder à conformação da situação proprietária, com fito de estruturá-la de maneira a que reste contemplada a sua função social (sentido sociológico). Essa atividade do legislador consubstancia uma conformação, pois, as normas construídas a partir das leis editadas destinam-se a completar, precisar, concretizar ou definir o conteúdo da situação proprietária, não sendo essas, por não restringir ou limitar posições que, *prima facie*, incluir-se-iam no domínio de proteção da situação proprietária, normas restritivas.²⁸³

Exige-se, ainda, em homenagem ao princípio da legalidade, que a lei conformadora seja suficientemente densa e determinada, de modo a gerar previsibilidade e segurança jurídica. É esta uma exigência do princípio da inteligibilidade das normas jurídicas, consectário do princípio da legalidade, o qual, entendendo que é necessário que a clientela da norma jurídica tenha a justa ou, ao menos, aproximada noção do teor da licitude ou ilicitude dos atos e omissões humanas em face dos parâmetros legais, enuncia que os atos normativos de todos os níveis de governo devem ser providos de clareza e precisão, a fim de que os destinatários das regras, e bem assim os executores em todas as instâncias da organização estatal, possam bem conhecer o sentido e o alcance de suas disposições.²⁸⁴

Caso seja necessário um regulamento complementar à lei elaborada pelo legislativo, caberá àquele que cumpre esta desenvolver incluir apenas o indispensável para assegurar a sua correta aplicação e plena efetividade, sendo-lhe vedado utilizar algo mais do que o estritamente necessário para alcançar esses fins.²⁸⁵ Com isso, afirma-se que, com esteio na reserva de lei, não se impede que a Administração Pública, através do exercício do seu poder regulamentar, elabore regulamentos que desenvolvam o quanto versado pelas leis infraconstitucionais que, primeiramente, procedam à, simultânea, identificação do perfil da situação proprietária e à concretização do princípio da função social da propriedade.

Quanto ao Poder Judiciário, na esteira do que fora acima anotado, salienta-se que este está, em primeira linha, adstrito a opção valorativa do legislador, não lhe sendo, em regra, lícito afastar-se desta escolha e proceder à resolução da lide com fundamento numa interpretação e concretização direta do princípio da função social da propriedade. Ademais,

²⁸³ CANOTILHO, 2003, p. 1263.

²⁸⁴ CASTRO, 2005, p. 220.

²⁸⁵ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 414.

não pode a magistratura proceder, em geral, à direta concretização daquele princípio, pois, consoante explica Pietro Barcellona,

*il giudice non ha la competenza per effettuare queste valutazione [de política econômica e social], e non ha nemmeno l'investidura, giacchè non è un rappresentante popolare, chiamato dalla collettività a farsi interprete del modo de intendere gli obiettivi sociali.*²⁸⁶

Não possui o juiz os instrumentos necessários para realizar valorações de política econômica e social e, nem mesmo, possui mandato para tanto, uma vez que não é representante popular, o que o impede de fazer-se regular intérprete dos objetivos sociais. Assim, a concretização direta do princípio da função social da propriedade pelo magistrado somente poderá ocorrer em casos excepcionais; o que, entretanto, por certo, conforme fora assentado nos itens 3.3 e 3.1, não obsta que a atividade do o órgão legislativo, consistente na conformação da situação proprietária, possa e deva ser submetida a um controle de conformidade constitucional.

É neste sentido, inclusive, a doutrina de Pietro Perlingieri²⁸⁷ – com a qual aqui se concorda –, que afirma que possui o Judiciário a competência para verificar se o Legislativo, ao realizar uma avaliação dos fins de utilidade geral e dos meios para realizá-los, não se orientou por critérios ilógicos, arbitrários e contraditórios; ou que a avaliação dos fins não está em evidente contraste com os pressupostos de fato; ou, enfim, que os meios predispostos são absolutamente inidôneos ou contrastantes com o escopo que ela (a avaliação) deveria conseguir, ou idôneos para realizar uma finalidade diversa daquela que a normativa constitucional indica.

Quanto a esse critério da idoneidade, impende inclusive salientar que, por seu intermédio, impõe-se ao legislador ordinário não apenas a predisposição de um estatuto que não conceda ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse positivamente tutelado, mas também o dever de elaboração de um estatuto que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir o interesse constitucionalmente considerado relevante. Em definitivo, isso implica que seja facultado ao poder Judiciário, em homenagem ao princípio da função social da propriedade, proceder à desaplicação das

²⁸⁶ “o juiz não tem competência para efetuar estas valorações [de política econômica e social], e não tem nem mesmo mandato para tanto, já que não é representante do povo, determinado pela coletividade a ser interprete do modo de compreensão dos objetivos sociais.” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 305, tradução nossa).

²⁸⁷ PERLINGIERI, 2002, p. 227-230.

disposições legislativas nascidas como expressões de uma filosofia individualista ou que sejam atuativas de uma função social de natureza diversa daquela constitucional.²⁸⁸

Anote-se, ainda, que, conquanto seja certo que a norma que desenvolve o princípio da função social da propriedade, consoante acima explanado, consubstancia uma norma conformadora, de um ponto de vista histórico, é possível conceber que aquele princípio surge para limitar os poderes do proprietário, condicionando a titularidade da situação proprietária e o exercício dos poderes dominicais ao cumprimento da função social da propriedade (sentido sociológico). Neste sentido escreveu Arruda Alvim que

melhor é, do que o uso da expressão limitação, falar-se em delimitação ou, ainda, perfil (=perfil contemporâneo), dado que o direito de propriedade, nos dias correntes, não existe indiferentemente, e, a expressão limitação, constantemente utilizada, segure a possibilidade de ausência dessa limitação, o que, em rigor, não pode ocorrer diante do sistema jurídico. É na comparação do perfil mais antigo ou histórico e do atual do direito de propriedade, que se podem avultadamente identificar essas sucessivas limitações.²⁸⁹

Isto implica que as normas que concretizam esse princípio revistam-se, de um ponto de vista histórico e com relação aos poderes tradicionalmente inerentes ao domínio, de um caráter limitador destes. É dizer, de uma perspectiva histórica, as normas que concretizam o princípio da função social da propriedade e estruturam a situação proprietária são normas limitadoras ou restritivas, porque afetam os tradicionais poderes inerentes ao domínio; contudo, uma vez afastada essa perspectiva, aquelas são normas conformadoras, pois os referidos poderes não consubstanciam posições que já existiriam desde o momento anterior à edição da lei a partir da qual se constrói a norma conformadora, mas que, em sentido diverso, apenas seriam criadas e configuradas através desta.

Entendendo o princípio da função social da propriedade a partir da perspectiva histórica, pode-se argumentar, com base na doutrina de Daniel Sarmiento²⁹⁰, que a reserva legal a que se submete à concretização do princípio da função social da propriedade, cuja uma das consequências é a exigência de que a lei conformadora da situação proprietária seja suficientemente densa e determinada, decorre, em alguma medida, da vedação que se faz à possibilidade de existirem restrições a direitos fundamentais erigidas em termos muito vagos, como é o caso da expressão função social. Por meio dessa vedação, evitam-se ingerências imprevisíveis no âmbito de proteção do direito, impedindo-se, desta forma, que seja conferida

²⁸⁸ PERLINGIERI, 2002, p. 227-230.

²⁸⁹ ALVIM, 2009, p. 47-48.

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____(org.). **Interesses públicos vs interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 95-96.

ao aplicador uma discricionariedade exagerada que poderia resvalar para o arbítrio. Argumenta aquele autor, ainda, que a admissão de cláusulas muito gerais de restrição de direitos fundamentais implica a violação dos princípios democrático e da reserva de lei em matéria de limitação de direitos, já que transfere para Administração Pública a fixação concreta dos limites ao exercício de cada direito fundamental.

Inarredável é a afirmação de que o legislador não pode se furtar à regulação da situação proprietária em consonância com o princípio da função social da propriedade, pois, conforme explica Fernando Rey Martínez²⁹¹, aquele está constitucionalmente habilitado e obrigado a realizar a configuração positiva daquela situação jurídica subjetiva, ao menos nos seus caracteres essenciais, estabelecendo a conexão entre a ideia mestra, sinteticamente contida no texto constitucional, e o plano da realidade fática, funcionando, assim, como a instância que media a proclamação abstrata da propriedade privada, enquanto situação jurídica subjetiva, e sua vigência efetiva nas objetivas relações da vida.

A garantia da propriedade privada na Constituição Federal de 1988 caracteriza-se por um especial dinamismo político, o que é decorrência da textura aberta do texto constitucional, que se limita a garantir, genericamente, a propriedade privada e a impor que esta cumpra a sua função social. Isto, entretanto, na esteira da doutrina de Fernando Rey Martínez²⁹², não permite afirmar que o texto constitucional, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, contém um compromisso dilatatório, uma vez que o constituinte originário não se furtou a decisão, através de uma remissão a uma regulação legal futura, mas, ao revés, decidiu expressamente conferir ao legislador infraconstitucional um mandato de ponderação objetiva, habilitando-o e obrigando-o a configurar a situação proprietária, caso a caso, mediante o concerto da utilidade privada do seu titular e da função social que o objeto do domínio é chamado a cumprir. Assim, vê-se, claramente, que, por situar-se no centro da política e implicar a realização pelo legislador de uma ponderação de interesses, a delimitação da situação proprietária será uma atividade sempre polêmica, que pertencerá mais à esfera do dissenso do que do consenso.

Consoante fora até aqui anotado, o princípio da função social da propriedade dirige-se primordialmente ao legislador, sendo vedado ao Poder Judiciário, em regra, proceder à direta concretização daquele princípio constitucional. Existem, portanto, situações em que poderá – e, eventualmente, até deverá – o magistrado concretizar diretamente o princípio da função social da propriedade. Sem pretender exaurir todas as hipóteses – o que seria um

²⁹¹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 438.

²⁹² *Ibid.*, p. 440.

exercício de inutilidade, haja vista que a riqueza da realidade fática sequer permite prevê-las em sua totalidade –, afirma-se aqui que quanto mais a concretização do princípio ora em comento envolver a realização de consideração não especificamente jurídicas, maior será o ônus argumentativo do juiz para justificar a necessidade da realização daquela atividade por si.

Não é demais lembrar que a concretização do princípio da função social da propriedade privada implica a realização de ponderações de ordem econômica, social e política, de sorte que, também por essa razão, deve o Judiciário, em regra, abster-se proceder à sua direta concretização.²⁹³ Sobre este tema, Karl Larenz²⁹⁴ escrevera que o limite da excepcional permissão de o legislador proceder à direta conformação de um princípio constitucional é a possibilidade de essa atividade ser realizada com base em considerações especificamente jurídicas. Assim, tem-se que, caso a resposta a ser dada pelo magistrado ao problema não possa ser obtida com base em considerações especificamente jurídicas, deverá aquele ator social, em regra, sob pena de ferir a divisão de funções existente entre o Legislativo e Judiciário, abster-se de decidir.

Consoante explica Karl Larenz²⁹⁵, não deve, em geral, o juiz decidir quando a sua a resposta ao problema implicar a consideração de questões de oportunidade ou quando seja requerida uma regulamentação pormenorizada que só o legislador pode encontrar, porque o magistrado não dispõe das informações para tal necessárias e de legitimidade para tanto. De outro modo, estaria o Judiciário usurpando da liberdade de conformação que é atribuída ao legislador. Apesar disso, poderia o Poder Judiciário proceder à realização dessas considerações “metajurídicas”, quando sobreviesse um verdadeiro “estado de necessidade jurídico”.

Repassando as ideias ora expostas e cotejando-as com o princípio da função social da propriedade, pode-se concluir que, por esse princípio implicar a realização de considerações de ordem política, econômica e social e por submeter-se a reserva de lei, bem como em virtude da necessária vinculação do Poder Judiciário à opção valorativa do legislador infraconstitucional; somente em casos excepcionais, pode o magistrado proceder à direta concretização do princípio da função social da propriedade, sendo, inclusive, tanto maior o seu ônus argumentativo quanto mais a concretização do princípio da função social da propriedade envolver a realização de consideração não especificamente jurídicas.

²⁹³ REY MARTÍNEZ, 1994.

²⁹⁴ LARENZ, 1997, p. 607.

²⁹⁵ Ibid., p. 608.

Corroborando tudo o que até aqui fora dito, Gustav Radbruch²⁹⁶ escreveu que é o legislador quem com autoridade pode e deve regular o uso do direito de propriedade em vista as exigências do bem comum, sendo que é aquele quem está habilitado a elevar do plano moral ao jurídico, comunicando-lhe obrigatoriedade, os valores subjacentes ao princípio da função social da propriedade, a qual identifica uma verdadeira “hipoteca social” incidente sobre a situação proprietária.

3.7 LIMITES À FUNCIONALIZAÇÃO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA PELO LEGISLADOR

Cuida esta parte do trabalho de identificar quais as diretrizes e os limites que devem ser observados pelo legislador infraconstitucional quando este procede à conformação legislativa da situação proprietária, visando concretizar o princípio da função social da propriedade. Note-se que não está o legislador livre para realizar essa tarefa como bem quiser, sendo certo que, no exercício dessa liberdade de conformação, deve observar certas diretivas que se lhe impõem.

Consoante explica Fernando Rey Martínez²⁹⁷, ao determinar o conteúdo da situação proprietária, concretizando o princípio da função social da propriedade, não pode o legislador deixar de fixar os elementos essenciais dessa situação jurídica, o que implica uma afronta à reserva de lei a que se submete aquele princípio; bem como não pode deixar de respeitar o conteúdo mínimo da propriedade privada, que deriva da própria garantia constitucional desta²⁹⁸.

Para melhor compreender o quanto se afirma nas linhas que se seguem, não se pode olvidar que se apresenta a situação proprietária, na esteira da doutrina de Stefano Rodotà²⁹⁹, como um centro de imputação de interesses diversos, o que decorre da imposição constitucional de o legislador, ao proceder à conformação da situação proprietária, ter em consideração não apenas os interesses proprietários, mas também uma série aberta de objetivos, os quais, após mediação legislativa, serão a expressão técnico-jurídica da função social da propriedade e integrarão a estrutura da situação proprietária. Assim, deve a atividade

²⁹⁶ RADBRUCH, 1979, p. 279-280.

²⁹⁷ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 417.

²⁹⁸ Sobre este tema, veja-se o item 4.3.

²⁹⁹ RODOTÀ, Stefano. Il sistema costituzionale della proprietà. In _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 420.

do legislador identificar-se com a sóbria ponderação dos interesses dos interesses proprietários e não-proprietários para que a situação proprietária possa a um só tempo atender, simultaneamente, tanto aos anseios do seu titular quanto os da coletividade.³⁰⁰

O legislador, então,

[...] há que ter em conta a concepção do homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência e vinculação sociais do indivíduo – que faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável – a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como uma ordem simultânea e necessariamente de liberdade e de responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade.³⁰¹

Ao conformar a situação proprietária, especialmente por força do princípio da função social da propriedade, deve o legislador equilibrar o vetor da liberdade com o da responsabilidade; isto é, deve estruturar a situação jurídica de forma que restem privilegiados no seu interior tanto os interesses do seu titular quanto os da coletividade, pois aquele é membro desta. A liberdade concedida ao proprietário é assim, desde a sua gênese, limitada pela responsabilidade social que sobre ele recai.

Neste diapasão, argumenta Ugo Natoli³⁰² que se coaduna o princípio da função social da propriedade à concepção do indivíduo não apenas como *uti singulus* ou mesmo *uti civis*, mas também como *uti socius*, na medida em que impõe a sua consideração como membro de coletividade, enquanto um indivíduo (responsável) diante de outros a si iguais. Analisando essa funcionalização que sofreu a situação proprietária Orlando Gomes³⁰³ enunciou que a situação proprietária transformou-se numa situação jurídica ativa e passiva, uma vez que ao titular foram atribuídos tanto deveres com poderes³⁰⁴.

Essa funcionalização da situação proprietária, entretanto, não pode implicar a total sobreposição dos interesses proprietários pelos ditos não-proprietários.³⁰⁵ A situação proprietária não pode, então, estar estruturada de forma a atender unicamente os interesses destes últimos. É este, também, o entendimento de José Casalta Nabais³⁰⁶, o qual considera que, do contrário, cai-se numa *contradictio in adjectio*, na medida em que se abandona uma perspectiva que se refere a uma posição fundamental ativa e passiva do indivíduo (enquanto ator social livre e responsável) para adentrar uma perspectiva que tem por objeto o poder ou

³⁰⁰ REY MARTÍNEZ, op. cit.

³⁰¹ NABAIS, 2007, p. 216.

³⁰² NATOLI, 1980, p.185-186.

³⁰³ GOMES, 1991.

³⁰⁴ Sobre este tema, veja-se o item 4.1.

³⁰⁵ IANNELLI, 1980.

³⁰⁶ NABAIS, loc.cit.

os poderes públicos, os quais ascendem ao primeiro plano como bens ou valores primários ou supremos de que os poderes proprietários são meros reflexos.

Não é demais lembrar que, conquanto se possa determinar a existência de uma propriedade “pessoal” e outra “não pessoal”, ambas se inserem e vinculam-se, se bem que em medidas diversas, à subconstituição do indivíduo e aos valores fundamentais que integram essa parcela da ordem constitucional. Uma funcionalização da situação proprietária que não respeitasse os pressupostos a seguir referidos representaria uma total confusão de questões de poder político (da autoridade) com questões de direitos fundamentais (da liberdade).

Bem vistas as coisas, pode-se dizer que, à luz da Constituição brasileira de 1988, vale o quanto asseverado por Fernando Rey Martínez³⁰⁷, ao analisar a Constituição espanhola, a respeito da vinculação constitucional do legislador infraconstitucional. Assim, tem-se que a Constituição brasileira, tal qual o texto constitucional espanhol, não deixa o legislador ordinário livre para conformar, de acordo com seu livre arbítrio, a situação proprietária, pois deve aquele elaborar estatutos proprietários distintos, que promovam a satisfação simultânea do interesse coletivo coenvolto na fruição privada do bem e do interesse do titular da situação proprietária; coincidência esta que, inclusive, deve ser legislativamente buscada e não meramente ocasional.

Sobre esse tema anotou Antonio Iannelli que

*[...] è necessario dar ragione a chi, argomentando che il proprietario non può essere costretto a perseguire un fine che non sia quello stesso della produzione o del soddisfacimento del proprio utile, assume che l'interesse collettivo si può armonizzare con l'interesse individuale solo nell'ipotesi in cui coincidono.*³⁰⁸

Tendo por certo, pois, que não pode o proprietário ser obrigado a perseguir um fim que não seja de seu próprio interesse, considera o referido autor que é o interesse coletivo protegido por intermédio da função social da propriedade deve necessariamente coincidir com o interesse do titular da situação proprietária. Não se chega, neste trabalho, a admitir tal hipótese. Entretanto, afirma-se aqui que o interesse coletivo, cuja proteção impõe o princípio da função social da propriedade, deve ser protegido de forma que, ao mesmo tempo, reste igualmente preservado o interesse privado (proprietário). É dizer, não precisa ser, por exemplo, o interesse não-proprietário idêntico ao interesse proprietário, bastando apenas que a satisfação daquele possa coexistir com a realização deste.

³⁰⁷ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 370.

³⁰⁸ “[...] é necessário dar razão a quem, argumentando que o proprietário não pode ser obrigado a perseguir um fim que não seja aquele mesmo da produção e satisfação de seu interesse, consideram que o interesse coletivo harmoniza-se com o interesse individual apenas quando com este coincide.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 262, tradução nossa).

Certo é que, consoante explica Antonio Iannelli³⁰⁹, determinar a irrelevância dos interesses do titular da situação proprietária é autorizar que o princípio da função social da propriedade vista, uma vez mais, o manto do ideário fascista, o que implica uma inversão da importância, na situação proprietária, da posição do sujeito com a do objeto, na medida em que, nesta hipótese, se analisa o sujeito em função do bem, e não este em razão daquele. Assim, a situação proprietária seria concebida e estruturada com o intuito de atender unicamente os interesses não-proprietários e o prestígio dos interesses do titular daquela situação jurídica seria apenas eventual, de sorte que, não raro, o proprietário encontrar-se-ia numa posição equiparável a de um funcionário do Estado; bem como se confundiriam as questões de autoridade com as de liberdade, com a realização de um resultado em desfavor desta última.

Desenvolvendo um raciocínio compatível com o acima esposado, Arruda Alvim³¹⁰, argumenta que não pode o legislador infraconstitucional, ao proceder à conformação da situação proprietária, em momento algum, ainda que com esteio no princípio da função social da propriedade, deixar de prestigiar dois elementos constitutivos do conteúdo mínimo ou essencial da situação proprietária: o poder de disposição e a utilidade privada.³¹¹ Funciona, destarte, o conteúdo essencial da propriedade privada como limite mínimo que não pode ser ultrapassado pelo legislador, de sorte que é correto afirmar que

onde não há liberdade para o legislador infraconstitucional é em relação à área do direito constitucional representativa do conteúdo primário, essencial ou elementar do direito de propriedade, de tal forma que não é possível que se suprima *ex lege* o direito de propriedade, salvo desapropriação (que pode ocorrer por intermédio de medidas indiretas), como, ainda, se vier a vedar-se por lei o exercício do direito de propriedade ou, se se vier a tornar inviável a negociação desse direito.³¹²

Os dois elementos integrantes do conteúdo essencial da situação proprietária, diretamente dedutíveis do texto constitucional, o poder de disposição e a utilidade privada, representam um limite que não pode ser ultrapassado pelo legislador ao proceder à conformação legislativa daquela situação jurídica. A transgressão desse limite implica a realização de um procedimento semelhante à desapropriação e a descaracterização da situação proprietária, pois apenas se pode cogitar da existência da propriedade privada, enquanto situação jurídica subjetiva, quando nesta se vislumbrar a presença daqueles dois elementos que compõem o seu conteúdo essencial.

³⁰⁹ IANNELLI, 1980, p. 198-203.

³¹⁰ ALVIM, 2009, p. 44.

³¹¹ Sobre este tema remete-se aqui o leitor ao item 3.3 deste estudo.

³¹² ALVIM, loc. cit.

Pode eventualmente, entretanto, o estatuto proprietário elaborado pelo legislador sacrificar excessivamente os interesses proprietários, mediante a ablação do poder de disposição ou da utilidade privada, hipótese em que a concretização revelar-se-á inconstitucional; ou, ainda, desprestigiar totalmente os interesses não-proprietários, de maneira a não representar o estatuto elaborado uma concretização possível do princípio constitucional da função social da propriedade, por contradizê-lo pura e simplesmente, hipótese na qual, com esteio na doutrina da Karl Larenz³¹³, novamente, será aquele inconstitucional.

Ao ponderar a medida e extensão com que, no estatuto proprietário, devem encontrar guarida os interesses proprietários e não-proprietários, Fernando Rey Martínez enuncia que o legislador infraconstitucional

*[...] tiene que guardar los limites derivados del principio de proporcionalidad (entendida como criterio de "lo razonable" en la actividad de los poderes públicos) en cuanto constituye una garantía mínima permanente del Estado de Derecho.*³¹⁴

A proporcionalidade³¹⁵, então, enquanto garantia mínima do Estado de Direito, constitui mais um limite a ser observado pelo legislador infraconstitucional ao tempo da conformação legislativa da situação proprietária, sob pena de o estatuto proprietário revelar-se, por esta razão, inconstitucional. Assim, ao realizar essa atividade e, por conseguinte, contrapor os interesses proprietários aos não-proprietários, de maneira a identificar qual, como e em que medida um desses interesses prevalecerá frente ao outro, deve o legislador obedecer à proporcionalidade.

Neste particular, sem, entretanto, pretender esgotar a matéria, o que demandaria uma exposição em proporções monográficas, não é demais lembrar que Robert Alexy³¹⁶ escreveu que a proporcionalidade pode ser decomposta em três máximas parciais a serem atendidas na seguinte ordem: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras expressam a exigência de uma máxima realização das possibilidades fáticas, sendo que a adequação, mais precisamente, implica não a escolha dos meios mais adequados, mas, diversamente, a impossibilidade de adoção de medidas não

³¹³ LARENZ, 1997, p. 482.

³¹⁴ “[...] tem de observar os limites derivados do princípio da proporcionalidade (entendido este enquanto um critério de "razoabilidade" a vincular a atividade das autoridades públicas), já que este constitui uma garantia mínima e permanente do Estado de Direito.” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 372-373, tradução nossa).

³¹⁵ Seja esta concebida enquanto princípio, regra ou postulado (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009).

³¹⁶ ALEXY, 2008.

adequadas, razão pela qual é um limite meramente negativo. A seu turno, a necessidade determina a vedação da realização de sacrifícios desnecessários, sem, entretanto, prescrever o dever de adoção do meio que intervenha menos intensamente, de sorte que não consubstancia um mandado de otimização em grau máximo. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe que quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro, devendo, inclusive, nesta parte, obedecer-se à lei do sopesamento³¹⁷.

No que diz respeito especificamente à conformação da situação proprietária e a exigência de o legislador não descuidar à proporcionalidade, interessa anotar que, neste trabalho, consideram-se adequadas as palavras de Fernando Rey Martínez, a seguir transcritas

*en relación con la función social de la propiedad privada sí juega [...] el principio de proporcionalidad en sentido estricto, pero no el de exigibilidad, ya que reduciría en exceso el ámbito de libertad del que el legislador debe disponer para regular el derecho de propiedad, ni tampoco el de idoneidad ya que es evidente que el legislador no dispone (a diferencia de lo que ocurre con la Administración) de diversos medios para configurar la propiedad (que es el presupuesto para que pueda jugar este principio).*³¹⁸

É dizer, das três máximas parciais que compõem a máxima da proporcionalidade, com relação ao balanceamento dos interesses proprietários e não-proprietários que necessariamente pressupõe a elaboração dos estatutos proprietários, interessa apenas examinar a da proporcionalidade em sentido estrito. Isto, porque o exame da necessidade retiraria, desnecessária e excessivamente, a liberdade do legislador na conformação da situação proprietária; e, por outro lado, não há razão para que se examine a idoneidade da medida adotada, pois é certo que o legislador não dispõe de diversos meios para configurar aquela situação jurídica.

Da exigência de o legislador observar a proporcionalidade em sentido estrito é possível extrair alguns parâmetros a serem por aquele observados, ao tempo da conformação legislativa da situação proprietária – ou pelo juiz caso tenha que proceder a uma direta

³¹⁷ A lei do sopesamento pode ser decomposta em três fases. Na primeira, avalia-se o grau de satisfação ou a afetação que implica o meio escolhido a um dos princípios; em seguida, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente; em terceiro e último lugar, avalia-se se a importância de satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não satisfação do outro princípio. Em suma, determina a lei do sopesamento que uma intervenção intensa apenas se justifica com base em razões relevantes. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008).

³¹⁸ “em relação à função social da propriedade privada importa [...] o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, e não o da necessidade, o qual reduziria em excesso o espaço de liberdade que o legislador deve ter para conformar o direito de propriedade, nem o da idoneidade, já que é evidente que o legislador não dispõe (ao contrário do que ocorre com a Administração) de vários meios para configurar a propriedade (este que é o pressuposto para que se possa aventar a possibilidade de incidência deste princípio).” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 372-373, tradução nossa).

concretização do princípio da função social da propriedade. Assim, com esteio em Fernando Rey Martínez³¹⁹, diz-se que, quanto mais preterido for o interesse individual, mais relevantes deverão ser os interesses da comunidade que diante daqueles prevalecem; ou, reversamente, quando mais proeminente for o interesse coletivo, maior sacrifício deverá ser imposto aos interesses proprietários. Por outro lado, quanto mais o bem objeto da propriedade revelar-se expressão do desenvolvimento individual do seu titular e quanto mais seja aquele utilizado para a satisfação dos interesses mais básicos do homem, menor deverá ser a proteção conferida aos interesses coletivos no seio da situação proprietária.

Em outras palavras, o que ora se afirma é que a possibilidade de conformação legislativa da situação proprietária será tanto mais ampla quanto mais sobre o objeto do domínio recair o interesse coletivo. Diversamente, quanto mais o bem realizar o princípio da dignidade da pessoa humana ou menor for o interesse da coletividade sobre aquele incidente, mais a situação proprietária deverá ser estruturada de modo a atender os interesses do seu titular. É neste sentido, portanto, que se afirma, neste trabalho, que a função social da propriedade confere ao legislador um mandato de ponderação objetiva.

³¹⁹ MARTÍNEZ, 1994, p. 374-375.

4 A ESTRUTURA DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA

É nesta parte do trabalho que se situa, precisamente, o enfrentamento do problema central desse estudo, que é a análise da situação proprietária com o fito de identificar a estrutura interna desta situação jurídica subjetiva. Aqui, as premissas que foram assentadas nos itens pretéritos serão resgatadas e, através da indicação de algumas outras, mais próximas à problemática ora estudada e cuja explicação é imprescindível para o satisfatório desenvolvimento das análises que se realizarão, buscar-se-á proceder à identificação da forma adequada de se conceber a estrutura assumida pela situação proprietária na experiência jurídica brasileira. É assim, portanto, que se procede nas linhas que se seguem.

4.1 QUESTÃO PRELIMINAR: A CATEGORIZAÇÃO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA

Impende aqui fixar algumas premissas acerca da forma adequada de se categorizar a situação proprietária a partir da Teoria do Direito. Discute-se aqui, basicamente, se, a despeito de aquela situação jurídica caracterizar-se por atribuir ao proprietário posições ativas e passivas, pode ainda ser chamada de “direito subjetivo”. Essa é uma discussão diversa, mas que guarda relação com aquela que investiga se a propriedade privada, inicialmente concebida enquanto “direito” fundamental, deve hoje ser concebida como uma verdadeira instituição jurídica³²⁰ (fundamental). Isto, porque, em *ultima ratio*, podem ser ditas similares as razões que justificaram a contestação da recondução à categoria do direito subjetivo a noção de propriedade privada e o conceito de situação proprietária. Em verdade, decorrem ambas as inquietações da percepção de que mudanças operadas no ordenamento jurídico, enquanto decorrentes de modificações ocorridas no âmbito dos contextos filosófico e social e da necessidade de o Direito oferecer (novas) respostas às exigências da realidade, podem ter tornado inadequadas as referidas categorizações.

Para melhor compreender o raciocínio que se segue, calha trazer à colação a doutrina de Juan Manuel Terán³²¹, segundo a qual a categoria jurídica não é outra coisa, senão um conceito (sobre este conferir o item 2.1) a partir do qual se ordenam uma série de noções e

³²⁰ Conforme restara assentado no item 2.1.1.

³²¹ TERÁN, 1971, p. 87.

outros conceitos, o que implica que só se possa falar em categoria quando a esta se subordinem ou infiram-se outros conceitos. Ora, neste diapasão, analisar se a situação proprietária pode ou não ser reconduzida à categoria do direito subjetivo nada mais é do que examinar se aquela pode ou não ser classificada (ou categorizada) enquanto correspondente àquele conceito. Cuida-se, então, nesta parte do trabalho, de admitir ou não a possibilidade de um conceito (situação proprietária) subordinar-se ou coordenar-se a outro (direito subjetivo).

Importa, outrossim, lembrar³²² que é do ponto de vista histórico, comparando-se uma situação proprietária com a outra, que se pode falar numa limitação do “direito” de propriedade, pois, somente naquela perspectiva, as normas que concretizam o princípio da função social da propriedade e estruturam a situação proprietária podem ser ditas normas limitadoras, por afetar os tradicionais poderes inerentes ao domínio. Afastando-se dessa perspectiva, entretanto, revelam-se aquelas normas conformadoras, pois os referidos poderes não consubstanciam situações jurídicas que já existiriam desde o momento anterior à edição da lei (conformadora), mas que, em sentido diverso, são criadas e configuradas por meio das normas a partir desta construídas.

Neste particular, Salvatore Pugliatti³²³ enuncia que, com o passar do tempo, as limitações impostas à situação proprietária, as quais surgem para atender o interesse público (primário) e representam um ponto de equilíbrio entre o interesse do proprietário e outro interesse não-proprietário também tutelado pelo ordenamento jurídico, aumentaram, intensificaram-se e diversificaram-se de forma tal que, a despeito de não se ter operado uma substancial modificação do conceito, restou substancialmente modificado o aspecto exterior da relação (jurídica) de que é titular o proprietário. Essa modificação, de acordo com Orlando Gomes³²⁴, é resultado das limitações, vínculos, ônus e da própria relativização incidentes sobre aquela situação jurídica, sendo o princípio geral responsável por tanto o (princípio) da função social da propriedade.

A partir disso, como bem expõe Maria Teresa Meglione³²⁵, passou-se a debater se a situação proprietária, agora com nova configuração e características diversas adequadas a cada categoria de bens objeto do domínio, poderia continuar a ser reconduzida à categoria dos direitos subjetivos. Informa aquela autora, ainda, que consenso houve (e há) somente quanto ao fato de a situação proprietária vir inserida no âmbito das situações subjetivas reais.

³²² Veja-se o item 3.6 deste estudo.

³²³ PUGLIATTI, Salvatore. **Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà.**

In: _____(org.). *La proprietà nel nuovo diritto.* Milano: Giuffrè, 1964, p. 114.

³²⁴ GOMES, 1989.

³²⁵ MEGLIONE, 1991, p. 43-51.

Stefano Rodotà³²⁶ enuncia que a objeção daqueles que argumentam que a categoria de direito subjetivo não se adéqua a função social da propriedade funda-se na contradição terminológica que existiria já no bojo da própria expressão, pois a ideia de função, enquanto vínculo, seria avessa àquela de direito (enquanto liberdade). Diz-se, pois, que a categoria do direito subjetivo não poderia dar guarida aos elementos de caráter obrigatório decorrentes da funcionalização da situação proprietária, os quais retirariam do proprietário parte da sua liberdade de atuação. A funcionalização manifestaria toda a sua incompatibilidade com o “direito” de propriedade, o qual, em essência e enquanto direito subjetivo, seria uma manifestação de liberdade.

É esta uma das razões que justificam a criação da teoria que preconiza que o princípio da função social articula-se com a propriedade privada enquanto instituto jurídico, e não com aquela que assume a condição de direito subjetivo. Neste sentido, anota Maria Teresa Meglione que

anche circa l’inserimento della funzione all’esterno o all’interno della struttura proprietaria non vi è concordia; coloro che propendono per la prima tesi affermano che la funzione sociale è riferibile soltanto alla proprietà come istituto [...]; essa, infatti, sarebbe radicalmente incompatibile con la proprietà come diritto soggettivo il quale è potere attribuito al privato nel suo esclusivo interesse e “non può essere una funzione” ne potere finalizzato [...].³²⁷

Por, em tese, consubstanciar o direito subjetivo a atribuição de poderes no exclusivo interesse do seu titular, não poderia aquele ser uma função ou um poder funcionalizado. Estas seriam noções incompatíveis com a primeira, de sorte que a função social poderia apenas se situar no exterior da situação proprietária, mais precisamente, vinculando-se (apenas) à propriedade enquanto instituição jurídica. Conforme já fora aqui referido³²⁸, concorda-se, neste trabalho, em parte com essas afirmações.

Pronunciando-se sobre a (possível) incompatibilidade entre a noção de direito subjetivo e de função, Stefano Rodotà³²⁹ escrevera que a total identificação da propriedade com a liberdade, não possuindo mais respaldo no direito positivo e sendo largamente

³²⁶ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 225-226.

³²⁷ “também sobre o situar-se a função social no exterior ou interno da estrutura da situação proprietária não há consenso; aqueles que advogam a primeira tese afirmam que a função social é referível apenas à propriedade privada enquanto instituto [...]; aquela, de fato, seria radicalmente incompatível com a propriedade enquanto direito subjetivo, o qual é o poder atribuído ao particular no seu exclusivo interesse e ‘não pode ser uma função’ nem um poder funcionalizado.” (MEGLIONE, Maria Teresa. In: PERLINGIERI, Pietro (org.). **Codice civile annotato com la dottrina e la giurisprudenza**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991, v. 3, p. 51, tradução nossa).

³²⁸ Veja-se o item 3.4.

³²⁹ RODOTÀ, op. cit., p. 227-239.

contestável do ponto de vista filosófico e econômico, revela-se um pré-conceito (em sentido pejorativo e não no sentido Gadameriano³³⁰) metodológico, uma das muitas *idola* (no sentido construído por Francis Bacon³³¹) que dificultam a correta compreensão do pesquisador, pois impede a percepção de que se operou a modificação do fundamento da atribuição do “direito”, consubstanciado no fato de, atualmente, ao contrário do que ocorria sob a égide da teoria liberal, ser determinante para o ordenamento jurídico, ao conceder os poderes ao proprietário, considerar que este se encontra inserido no seio de um organismo social. Nesta perspectiva, considera Stefano Rodotà³³² que, nos dias atuais, a atribuição dos poderes ao proprietário não é mais incondicionada, mas, ao revés, condicionada à satisfação de determinados pressupostos, de sorte que não há razão para se cogitar da vinculação da noção de direito subjetivo à ideia de liberdade, bem como não existem motivos que justifiquem a defesa da incompatibilidade daquele conceito jurídico com a noção de função.

Eros Roberto Grau³³³ também admite a possibilidade de um direito subjetivo possuir função. Em verdade, esse autor, entendendo que direito subjetivo não é a *facultas agendi*, mas antes a permissão para o uso da *facultas agendi*, argumenta que nada obsta que o ordenamento jurídico, concretamente, introduza, numa permissão dada ao indivíduo para o exercício de certos poderes, alguns inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito subjetivo. Tem-se aqui, pois, uma tentativa de compatibilizar o conceito de direito subjetivo com a noção de função, mediante a afirmação de que aquele encerra uma permissão dada pelo ordenamento jurídico para prática de certo ato, nos limites da permissão outorgada.

Anote-se ainda, por oportuno, o posicionamento de Antonio Iannelli³³⁴, segundo o qual a noção de direito subjetivo, ainda quando não concebida enquanto um *prius* lógico e cronológico no confronto com as situações jurídicas de terceiros, é sempre fonte de autonomia para o seu titular, mal se prestando a absorver uma série de comportamentos queridos pela coletividade, porquanto capazes de satisfazer os interesses desta. Assim, anota aquele autor que, por somente adquirir concreitude e conteúdo segundo a função social do bem objeto de domínio assinalado, a situação proprietária deve ser entendida enquanto uma

³³⁰ GADAMER, Hans. **Verdade e Método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

³³¹ BACON, Francis. **Novum Organum**. 2. ed. Tradução de José Aloísio Reis de Andrade. São Paulo: Abril cultural, 1979.

³³² RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 227-239.

³³³ GRAU, 2008, p. 242-243.

³³⁴ IANNELLI, 1980, p. 335-337.

situação jurídica subjetiva e, ao mesmo tempo, uma relação social, a qual é o centro de referência da primeira.

Outros autores, entretanto, como Orlando Gomes³³⁵ e Pietro Perlingieri³³⁶ preferem argumentar que a situação proprietária, em virtude das modificações operadas pelo princípio da função social da propriedade, transmutou-se numa situação jurídica subjetiva complexa ativa e passiva, na medida em que ao proprietário põem-se, simultaneamente, situações jurídicas ativas e passivas. Segundo os autores ora referidos, essa é a única forma de categorizar a situação proprietária de forma compatível com a sua nova configuração.

Para compreender o que são as situações jurídicas, importa, inicialmente, referir a doutrina de Lourival Vilanova³³⁷, segundo a qual a situação jurídica é efeito jurídico, pois, enquanto não ocorrer o fato ao qual a causalidade normativa liga efeitos jurídicos, não há de se falar em situação jurídica, a qual pertence ao plano da eficácia.

Sobre as situações jurídicas, anotou também Marcos Bernardes de Melo³³⁸ que aquela expressão pode ser utilizada em sentido amplo ou estrito. Na primeira acepção, aquele sintagma designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência da realização de um fato (jurídico), englobando, assim, todas as categorias eficaciais desde os mínimos efeitos até a mais complexa das relações jurídicas. Já na segunda acepção, em sentido estrito, a expressão situação jurídica nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica, ou casos em que, mesmo que esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus ou sujeição na correspectiva posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica.

André Fontes³³⁹ expôs as principais classificações doutrinárias existentes acerca das situações jurídicas, cabendo aqui, apenas, referir aquelas que são essenciais ao entendimento da situação proprietária. Assim, tem-se que se denominam elementares (ou simples) aquelas situações jurídicas que não podem decompor-se em outras mais simples, sob pena de se tornarem ininteligíveis; e complexas aquelas que resultam da combinação por qualquer forma realizada de situações jurídicas. Podem ser ainda as situações jurídicas ditas objetivas, que são aquelas imediatamente estabelecidas pelas normas e derivadas, geralmente, de um ato voluntário que atribui a quem o pratica alguma condição de vantagem; ou subjetivas, que são aquelas, nas quais alguém se encontra por efeito da aplicação de uma

³³⁵ GOMES, 1991.

³³⁶ PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Napoli, 1970.

³³⁷ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: OAB, 1985, p. 102.

³³⁸ MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 79.

³³⁹ FONTES, André. **A pretensão como uma situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

norma jurídica. As situações jurídicas poderiam ainda ser classificadas em ativas, que são aquelas que investem o seu titular numa situação de vantagem, correspondente a um direito subjetivo, direito potestativo, faculdade, expectativa, pretensão, exceção, interesse legítimo ou o poder; ou passivas, as quais podem ser conceituadas como qualquer situação de desvantagem ou de sujeição a poder ou a gravame e que se identificam, por exemplo, com o dever, a sujeição, o ônus e a obrigação.

Neste diapasão, vê-se que, em linhas gerais, quando se afirma que a situação proprietária, atualmente, encerra uma complexa situação jurídica subjetiva ativa e passiva, o que se afirma é que, em virtude da imputação realizada pelo ordenamento jurídico, o proprietário é colocado numa posição jurídica à qual se vinculam tanto situações de vantagem quanto situações de desvantagem, sendo-lhe, em verdade atribuídos, tantos poderes quanto deveres (em sentido amplo). Não é a situação jurídica, então, outra coisa, senão o retrato da relação existente entre o sujeito de direito e o ordenamento jurídico³⁴⁰.

Os poderes e os deveres, em sentido amplo, de acordo com Francesco Carnelutti³⁴¹; correspondem, respectivamente, a uma liberdade conferida ao seu titular frente a terceiros ou a uma situação de predomínio sobre outrem e aos instrumentos de que o Direito lança mão para, aumentando a resistência exterior que pretende sobrepor-se à vontade interior do indivíduo, obter deste um comportamento positivo ou negativo. É certo que, por sua vez, na esteira da doutrina de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro³⁴², enquanto integrante da situação proprietária, o poder deve ser entendido em sentido estrito; isto é, nas lições de Santi Romano³⁴³, como o desenvolvimento de uma capacidade jurídica qualificada numa das direções ou aspectos genéricos.

Neste trabalho, acredita-se que a expressão que melhor transmite, à vista da atual dogmática jurídica, a imagem teórica da situação proprietária é a que a identifica como sendo uma “complexa situação jurídica subjetiva”, a qual poderá ser (e normalmente o será), a depender da configuração estabelecida pelo estatuto proprietário, “ativa” e “passiva”. Entretanto, anote-se que se entende aqui que o mais importante é compreender adequadamente a estrutura da situação proprietária, de sorte que, desde que se vincule a denominação convencionada (ou categoria escolhida) ao desenho estrutural “correto” daquela situação jurídica, pouco importa o nome que se dê (ou a categoria referenciada).

³⁴⁰ FONTES, 2002, p. 111-112.

³⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

³⁴² CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral, introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 344-345.

³⁴³ ROMANO, Santi. **Princípio de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 139.

Neste sentido, não é demais lembrar a doutrina de Alf Ross³⁴⁴, segundo a qual a função dos conceitos pertencentes à esfera dos direitos subjetivos é conectar certos fatos específicos, como a herança e a compra e venda, a certas experiências de faculdades e títulos jurídicos e éticos. Assim, funcionam os direitos subjetivos como um instrumento que visa permitir a representação do conteúdo de um conjunto de normas jurídicas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas. Aos direitos subjetivos, portanto, incumbe a tarefa de facilitar, mediante a sistematização dos fatos condicionantes e normas condicionadas, a identificação das normas jurídicas incidentes no caso concreto.

Neste passo, admite-se aqui que o essencial é compreender adequadamente a estrutura e o desenho da situação proprietária, não sendo de todo relevante a denominação atribuída a esta situação jurídica enquanto direito subjetivo ou não, pois, como bem anota Flávio Galdino³⁴⁵, o direito subjetivo – que é espécie de situação jurídica subjetiva – é apenas uma ferramenta teórica que permite a conexão sistemática entre situações materiais e consequências jurídicas, cujo conteúdo é determinado, em cada momento histórico, pela utilização que dele se faz, segundo as valorações vigentes. É dizer, o que se entende por direito subjetivo é convencionalizado e modifica-se com o passar do tempo, de maneira que nada obsta que ocorra uma modificação do que se entende por direito subjetivo e, por conseguinte, aquela sua já esposada incompatibilidade com a noção de “função” desapareça. Apesar disso, prefere-se, neste trabalho, designar a situação proprietária enquanto uma situação jurídica subjetiva ativa e passiva, pois se acredita aqui que esta designação é a que melhor transmite, à vista da atual dogmática jurídica, a imagem teórica daquela situação jurídica.

Para António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro³⁴⁶ – com o qual neste particular aqui se concorda –, a situação proprietária é espécie de situação jurídica compreensiva, sendo esta a que traduz o lastro histórico-cultural próprio de toda conjuntura jurídica, o que torna necessário que seja situada histórico e socialmente para que possa ser adequadamente definida e entendida, e que se contraponha às situações analíticas, as quais comportam uma definição pautada em fórmulas lógicas, porque carecedoras de realidade, e cujos exemplos são os poderes (em sentido estrito) e deveres (em sentido estrito³⁴⁷). Por fim,

³⁴⁴ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2007, p. 203-208.

³⁴⁵ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 144.

³⁴⁶ CORDEIRO, 2009, p. 308-309.

³⁴⁷ Sobre estes, veja-se o item 4.4.1.

importa ressaltar que é o direito subjetivo uma situação jurídica compreensiva³⁴⁸, concepção esta que corrobora o quanto afirmado por Flávio Galdino³⁴⁹ acerca da variação histórica daquele conceito.

4.2 OS INTERESSES PÚBLICO E PRIVADO E A PLURALIDADE DE ESTATUTOS PROPRIETÁRIOS

Para que se possa compreender a contento a situação proprietária, é preciso, antes, entender a forma como jogam no interior daquela situação jurídica o interesse público e o interesse privado. Neste diapasão, importa salientar, desde logo, que este, o interesse privado, na esteira da doutrina de Daniel Sarmento³⁵⁰, corresponde ao perímetro das vivências experimentadas em recesso, fora do alcance da *polis*, que não concernem à sociedade em geral, mas a cada um como indivíduo; e, por sua vez, o interesse público vincula-se à esfera dos interesses gerais da coletividade, que dizem respeito à pessoa humana não como particular, encerrado no seu microcosmo de relações, mas como cidadão, membro e partícipe da comunidade política.

Fixadas as premissas acima esposadas, cumpre trazer à colação a doutrina de Salvatore Pugliatti³⁵¹, segundo a qual a situação proprietária não pode nunca ser pensada e concebida apenas a partir do interesse privado, porque não existe direito subjetivo – raciocínio que se pode estender às situações jurídicas subjetivas ativas de um modo geral – que se concentre unicamente no interesse privado, na medida em que o direito objetivo que o consagra obedece sempre a uma finalidade de público interesse. Qualquer direito subjetivo privado, então, possui como fonte a norma jurídica que protege um interesse privado (finalidade imediata) para a realização de um qualquer interesse público (finalidade mediata), que é a base da própria proteção conferida e a razão de esta existir.

Em outras palavras, o que afirma o autor italiano acima referido é que todo direito subjetivo materializa-se na proteção de um interesse privado, mas essa proteção é de público interesse, pois, consoante também enuncia Ugo Natoli³⁵², o direito objetivo, do qual

³⁴⁸ CORDEIRO, 2009, p. 311-312.

³⁴⁹ GALDINO, 2005.

³⁵⁰ SARMENTO, 2005, p. 30.

³⁵¹ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 3.

³⁵² NATOLI, 1955, p. 102.

emana a proteção conferida ao interesse privado, cumpre sempre uma finalidade de público interesse.

Anota ainda Salvatore Pugliatti³⁵³ que, por ser o interesse público a razão do reconhecimento e da proteção conferida ao interesse privado, é aquele que identifica os limites, os termos, a extensão, e o modo do reconhecimento e da proteção deste; e que a relação existente entre o interesse público e o (interesse) privado, no interior dos direitos subjetivos, é genérica, necessária e constante, pois concerne a todo direito subjetivo privado, não sendo uma especificidade da situação proprietária, bem como harmônica, já que, ao menos em abstrato, não pode a situação proprietária contrastar com o interesse público que a justifica e especifica, pois, se assim o fosse, a proteção destinada ao interesse privado concedida pelo interesse público alcançaria um resultado contrário a sua finalidade.

Com isso, entretanto, não quer aquele autor significar que o interesse público encerra apenas uma dimensão genérica e fixa, pois, em verdade, aquele pode modificar-se e, de fato, modifica-se em vários aspectos, ainda que conservando sempre a sua extensão. Neste particular, frise-se que, enquanto necessária seja a relação entre os interesses público e privado, diversas são as exigências por aquele postas à proteção deste e que, por outro lado, existe uma gama extensa de interesses privados capazes de satisfazer as exigências do interesse público.³⁵⁴ Assim, tem-se que, conquanto a relação entre os interesses público e privado seja necessária e constante, essa relação não se refere a valores fixos ou invariáveis.

Impende salientar ainda que a situação de prevalência ora exposta do interesse público diante do interesse privado, consubstanciada no fato de o primeiro definir os limites, a extensão e o conteúdo da proteção conferida ao segundo, não decorre, em nenhum momento, da aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. O interesse público define os termos da proteção conferida ao interesse privado, porque o direito objetivo que tutela este último cumpre, sempre, uma finalidade de público interesse. Inclusive, na relação ora estudada, os interesses público e privado são (em abstrato) harmônicos, razão pela qual se evidencia, uma vez mais, que não há como a referida proeminência do interesse público decorrer da incidência do conteúdo normativo de um princípio que pressupõe a possibilidade de conflito entre aqueles interesses.³⁵⁵

³⁵³ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 3-5.

³⁵⁴ PUGLIATTI, op. cit.

³⁵⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: (org.) SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171-215.

Anote-se ainda, por oportuno, que, conquanto a relação existente entre os interesses público e privado no interior dos direitos subjetivos sirva para explicar os limites, os termos e o conteúdo da proteção conferida a este último, não serve para demonstrar a razão pela qual o interesse privado deve identificar-se, no interior da situação proprietária, com o desenvolvimento de uma atividade que satisfaça um interesse coletivo. Neste sentido, escreveu Ugo Natoli³⁵⁶ que, conquanto subordine a proteção do interesse público ao privado, pode ainda a doutrina acima exposta de Salvatore Pugliatti³⁵⁷ conduzir a uma postura individualista, bastando para que isso ocorra, que o interesse público não especifique que o interesse privado tutelado deverá representar, igualmente, a realização de um interesse coletivo; isto é, que não deve encerrar apenas uma dimensão individual.

Corroborando o quanto dito por Ugo Natoli³⁵⁸, Michele Costantino³⁵⁹ escreveu que a relação existente entre os interesses público e privado, da forma como exposta por Salvatore Pugliatti³⁶⁰, é “vazia”, porque não tem em consideração os valores que subjazem os direitos subjetivos (e as situações jurídicas subjetivas ativas). Assim, aquela teoria revela-se incapaz de explicitar as conexões valorativas existentes no interior das estruturas das situações jurídicas analisadas, bem como não explica qual o critério pelo interesse público utilizado para determinar a preferência pela proteção de um interesse privado em detrimento de outro.

Com relação à situação proprietária, resolve-se essa questão com o recurso ao princípio da função social da propriedade, pois “*l’istanza sociale [...] rappresenta il criterio prevalente, sulla cui base si determinano la rilevanza giuridica dell’interesse individual e il contenuto della situazione consequenziale.*”³⁶¹ A garantia de que o interesse privado tutelado pelo ordenamento jurídico deve implicar a satisfação de determinadas necessidades do organismo social decorre, então, do princípio da função social da propriedade. É dizer, o interesse público, influenciado pelo princípio da função social, determina quais, quando e como os interesses privados serão protegidos. Desta forma, fica evidente – e demonstra-se como isso acontece – que toda a situação proprietária é conformada pelo princípio da função

³⁵⁶ NATOLI, 1955, p. 103-104.

³⁵⁷ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1-52.

³⁵⁸ NATOLI, op. cit.

³⁵⁹ COSTANTINO, Michele. **Contributo Alla teoria della proprietà**. Napoli: Jovene, 1967, p. 33.

³⁶⁰ PUGLIATTI, op. cit.

³⁶¹ “a instância social representa o critério prevalente, sobre o qual se determina a relevância jurídica do interesse individual e o conteúdo da consequente situação jurídica.” (NATOLI, Ugo. **Limiti costituzionali dell’autonomia privata nel rapporto di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1955, p. 104, tradução nossa).

social da propriedade e que este funciona enquanto característica (limite interno) daquela situação jurídica³⁶².

Anote-se, entretanto, que não é o princípio da função social da propriedade o único critério seletivo e conformador da proteção conferida aos interesses que encontram guarida no seio da situação proprietária, pois, consoante expõe Arruda Alvim³⁶³, o conteúdo mínimo daquela situação jurídica subjetiva³⁶⁴, ao impor que o interesse protegido na situação proprietária encerre uma utilidade privada, também representa um critério de seleção.

A variação dos valores que podem corresponder aos interesses público e privado implica uma alteração da fisionomia da situação proprietária.³⁶⁵ Essa modificação dos aspectos, em verdade, é decorrência da necessidade de a situação proprietária ser estruturada de forma a permitir que cada categoria de bens objeto do domínio cumpra a sua função social. Neste sentido, enuncia Fernando Rey Martínez que

*la función social de la propiedad es la expresión legislativa de la finalidad socio-económica que cumplen los bienes sobre que recae el dominio. Por ello la atribución de relevancia constitucional a la función social de la propiedad no puede tener más que contenidos concretos: se refiere siempre a distintos tipos de propiedad (inmueble, personal, empresarial, etc.).*³⁶⁶

A diversidade dos estatutos proprietários é, portanto, a consequência da adaptação da estrutura jurídico-proprietária a uma multiplicidade de realidades sociais. Ou, em outras palavras, é em virtude da necessidade de a propriedade privada cumprir sua função social e com intuito de possibilitar que os objetos do domínio cumpram suas finalidades socioeconômicas, que as situações proprietárias modificam-se e, concretamente, diferenciam-se uma das outras. Assim, pode-se afirmar, como o faz Vincenzo Ernesto Cantelmo³⁶⁷, que os estatutos proprietários não são elaborados em abstrato, sem ter por referência determinados parâmetros, mas, pelo contrário, que a sua elaboração respalda-se em pressupostos econômicos, históricos e sociológicos que subjazem as variadas disciplinas jurídicas positivas.

Na esteira do que ora se afirma acerca da multiplicidade de estatutos proprietários ser consequência da consagração do princípio da função social da propriedade,

³⁶² Sobre o tema, remete-se o leitor ao item 3.4 deste estudo.

³⁶³ ALVIM, 2009.

³⁶⁴ Para mais informações, veja-se o item 4.3.

³⁶⁵ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____ (org.) **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 5.

³⁶⁶ “a função social é a expressão legislativa da finalidade socioeconômica que cumpre os bens sobre os quais recai o domínio. Por isso a atribuição de relevância constitucional à função social da propriedade não pode ter mais do que conteúdo concreto: refere-se sempre a distintos tipos de propriedade (imóvel, pessoal, empresarial, etc.).” (REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994, p. 366, tradução nossa).

³⁶⁷ CANTELMO, 1984, p. 34.

Gustavo Tepedino³⁶⁸, escreveu que a variedade e a relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, corrobora a rejeição da propriedade como noção abstrata e conduz à configuração da noção pluralista do instituto, consoante a disciplina jurídica que regula cada estatuto proprietário.

Já Fernando Rey Martínez³⁶⁹, ainda sobre esse tema e chamando atenção para o vínculo existente entre o princípio da função social da propriedade, a pluralidade de estatutos proprietários e os interesses não proprietários tutelados no interior da situação proprietária, anotou que aquela variedade de estatutos, diferenciada a partir da consideração dos diversos objetos que podem ser objeto do domínio, constitui, especialmente por intermédio do princípio da função social, um veículo adequado para a expressão de novos interesses sociais merecedores de reconhecimento e tutela, bem como se revela um instrumento técnico de aplicação do programa constitucional.

A variedade de estatutos proprietários, por sua vez, conduz a multiplicidade de configurações da estrutura proprietária, o que justifica que, conforme expõe Orlando Gomes³⁷⁰, discuta-se, em doutrina, a necessidade ou não de fragmentação do conceito de propriedade privada ao nível da legislação infraconstitucional. Pronunciando-se sobre este tema, escreveu Arruda Alvim³⁷¹ que, a partir da análise das novas configurações do “direito” de propriedade, como é o caso da alienação fiduciária de bem imóvel (referenciada no artigo 66 da Lei nº 4.728/65, modificado pelo Decreto-Lei nº 911/69, no Código Civil, artigo 1.361 e seguintes, e na Lei nº 9.514/97), resta evidente que o conceito de propriedade não é um só, pois este assume outros significados com vistas a finalidades próprias e decorrentes do perfil que tais leis imprimem no que designam como direito de propriedade. Estas novas configurações não se enquadrariam no conceito do artigo 1.228, cabeça, do Código Civil de 2002, senão que existiriam para cumprir finalidades específicas.

Ainda sobre o tema, escreveu Salvatore Pugliatti³⁷² que, no estado das atuais concepções e disciplinas positivas do instituto, não se deve falar de um só tipo, mas sim de tipos diversos de propriedades, em que cada uma destas assume um aspecto particular. De acordo com essa doutrina, não existe um instituto jurídico único, mas um conjunto de institutos jurídicos ligados a diferentes bens da vida e titulares, pois as peculiaridades das ditas “espécies de propriedade” são tantas e de natureza tal, que não se justifica mais cogitar

³⁶⁸ TEPEDINO, 2008, p. 335-336.

³⁶⁹ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 311.

³⁷⁰ GOMES, 1989.

³⁷¹ ALVIM, 2009, p. 269.

³⁷² PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 149.

de uma unidade conceitual do instituto jurídico da propriedade privada. Assim, para esse autor, em que pese a expressão propriedade privada continue sendo utilizada para designar uma multiplicidade de situações diversas, não se deve identificar a ilusória unicidade da expressão daquele sintagma com a real unidade de um firme e compacto instituto jurídico.

Stefano Rodotà³⁷³, a seu turno, considera que o único elemento unificador dos diversos estatutos proprietários (e da multiplicidade de situações proprietárias) é o princípio da função social da propriedade, o qual é, também, o instrumento através do qual, mediante a atribuição ao legislador do poder conformativo do conteúdo daquelas situações jurídicas, justifica-se a existência de uma pluralidade de estatutos proprietários. Nesta perspectiva, são os diversos estatutos proprietários – e a diversidade que os caracteriza – resultado da interação, catalisada por aquele princípio constitucional, de três ordens de fatores correspondentes àqueles elementos usualmente utilizados para proceder à descrição da clássica situação proprietária: o sujeito, o objeto e o conteúdo.

Vê-se, pois, que, para este autor, na medida que o único elemento comum entre as situações proprietárias é aquele que justifica e impõe a existência de uma pluralidade destas, não há razão que justifique a defesa de uma unidade conceitual dessas situações jurídicas. Saliente-se, por fim, que, quanto à utilização da expressão “propriedade” para designar uma série de situações jurídicas diversas entre si, a posição de Stefano Rodotà, extraída da sua afirmação de que “[...] *il persistire di un uso linguistico comune non può coprire la diversità profonda delle situazioni ancora indicate con ‘l’unico termine proprietà’*”³⁷⁴, é semelhante àquela já esposada e pertencente a Salvatore Pugliatti³⁷⁵.

Ainda sobre a utilização do termo “propriedade” para indicar uma série de situações jurídicas diversas, Antonio Iannelli escreveu que

*la constatazione che ad ogni forma di proprietà corrisponde un istituto, non implica che il termine “proprietà” esprima un concetto assolutamente indeterminato, idoneo ad essere riferito a qualsiasi forma di godimento dei beni. Il termine serve, invece, ad identificare – nella prospettiva costituzionale – tutti gli istituti che con il godimento individuale dei beni assicurano delle funzioni sociali, le quali, pur nella diversità, si richiamano al medesimo fondamento.*³⁷⁶

³⁷³ RODOTÀ, Stefano. Il sistema costituzionale della proprietà. In _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 379

³⁷⁴ “a persistência da utilização de uma linguagem comum não pode encobrir a profunda diversidade das situações ainda indicadas por um único termo ‘propriedade’” (RODOTÀ, Stefano. **Il controllo sociale delle attività private**. Bologna: il Mulino, 1977, p. 290, tradução nossa).

³⁷⁵ PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964.

³⁷⁶ “a constatação de que todas as formas de propriedade correspondem cada uma a um instituto não implica que o termo ‘propriedade’ expresse um conceito absolutamente indeterminado, apto a designar qualquer forma de fruição do bem. O termo serve, ao revés, para identificar – na perspectiva constitucional - todos os institutos que, assegurando a fruição individual dos bens, determinam o cumprimento das funções sociais destes, as quais,

É dizer, para aquele autor italiano, a constatação de que cada situação proprietária possui uma configuração específica, não implica que este termo exprima um conceito absolutamente indeterminado, capaz de corresponder a qualquer forma de fruição individual do bem, pois somente corresponderiam à situação proprietária aquelas situações jurídicas subjetivas que assegurassem o cumprimento das funções sociais dos bens objeto do domínio, as quais, conquanto diversas, poderiam ser reconduzidas ao mesmo fundamento constitucional (o princípio da função social da propriedade).

Sobre a possibilidade de, a despeito da existência de uma pluralidade de situações proprietárias dotadas de configuração estrutural diversas que intentam alcançar finalidades igualmente diferentes, continuar a existir um conceito unitário de situação proprietária, neste trabalho, reputa-se mais adequada a opinião de Cantelmo Ernesto Vincenzo, segundo a qual

*l'esigenza di realismo non può portare ad una negazione dell'esistenza di un istituto giuridico con la frammentazione della ricerca nella descrizione e catalogazione delle varie figure di proprietà, ma soltanto a collocare nel generale concetto (a valore ordinante) della proprietà, i sottoinsiemi qualificati dall'oggetto della privativa giuridica.*³⁷⁷

Em outras palavras, o que se argumenta é que não se reputa aqui adequado negar a existência de um conceito geral, ainda que carente de densidade valorativa em relação aos demais conceitos específicos de propriedade, e, conseqüentemente, proceder apenas à descrição e à catalogação das diversas situações proprietárias separadamente. É interessante, diversamente, reconduzir ao conceito geral aquilo que de comum existe nas diversas situações proprietárias especificamente consideradas e, desta forma, não abdicar de uma sistematização da matéria. Seguindo esta linha de raciocínio, qualifica-se como adequados o posicionamento e a crítica de Michele Costantino à teoria de Salvatore Pugliatti³⁷⁸ acerca da neutralidade da estrutura da situação proprietária quando aquele afirma que,

apesar da sua diversidade, podem ser reconduzidas ao mesmo fundamento.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 274, tradução nossa).

³⁷⁷ “a exigência de realismo não pode conduzir a uma negação da existência de um instituto jurídico e a conseqüente fragmentação da investigação científica na descrição e classificação das várias figuras proprietárias, mas apenas para reconduzir ao conceito geral (valor ordenador) de propriedade, os subconjuntos qualificados pelo objeto da regulação jurídica.” (CANTELMO, Vincenzo Ernesto. **Le forme attuali di proprietà privata**: la forma agrícola, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984, p. 34-35, tradução nossa).

³⁷⁸ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____ (org.) **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964.

*se la struttura dev'essere individuata in base all'aspetto funzionale dell'istituto, non può essere neutra ovvero indefinita: essa acquista un significato generale ed è in questo significato che può essere utilizzata per diversi fini concreti.*³⁷⁹

É dizer, assumindo que a situação proprietária possui uma estrutura que é individualizada para atingir diversos fins concretos, não se nega que, em verdade, há uma estrutura geral. Esta, por sua vez, não pode, então, ser neutra ou mesmo indefinida, pois adquire um significado geral, o qual pode ser utilizado para diversos fins concretos. Mais correto seria, então, “[...] *ritenere che la struttura ha una funzione generale che si specifica per conseguire i singoli scopi che è destinata a raggiungere.*”³⁸⁰

Se assim o é, em que pese se admita e reconheça-se, neste trabalho, que a situação proprietária especifica-se a partir e com base na função social que cada categoria de bens objeto do domínio é chamada a cumprir, argumenta-se que é possível, ainda, reconhecer a existência de características comuns às situações proprietárias, o que torna a concepção unitária destas, ainda que em alguma medida abstrata, viável. Em verdade, o que se tem, então, não é uma concepção unitária, mas antes uma estrutura unitária da situação proprietária, a qual se adapta diante das realidades sociais que deve regular. Neste sentido anota Antonio Iannelli que

*in definitiva se pure è vero che non esiste “la” proprietà come istituto generale ed unitario, è altresì vero che esiste un'unica struttura giuridica proprietaria, costituzionalmente garantita per quanto riguarda la modalità di esercizio del godimento, che riceve dalla funzione sociale spletata in concreto un contenuto specifico e caratteristico.*³⁸¹

Em outras palavras, afirma aquele autor que, se é certo que a multiplicidade de estatutos proprietários, enquanto decorrência do princípio da função social da propriedade, conduz a uma pluralidade de conceitos de situação proprietária, não é menos certo que, do texto constitucional, pode-se inferir que existe uma estrutura proprietária básica que é garantida e que, concretamente se adapta para garantir que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social. Esse conceito (ou estrutura) “básico” ou “geral” de situação proprietária é

³⁷⁹ “se a estrutura deve ser individualizada tendo em vista o aspecto funcional do instituto, não pode ser neutra ou indefinida: ela adquire um significado geral e é este que pode ser utilizado para diversos fins concretos” (COSTANTINO, Michele. **Contributo alla teoria della proprietà**. Napoli: Jovene, 1967, p. 33-34, tradução nossa).

³⁸⁰ “[...] considerar que a estrutura possui uma função geral que se especifica para atingir as finalidades específicas a que se destina a alcançar.” (COSTANTINO, Michele. **Contributo alla teoria della proprietà**. Napoli: Jovene, 1967, p. 38, tradução nossa).

³⁸¹ “finalmente, se é verdade que não existe ‘a’ propriedade enquanto um instituto jurídico geral e uniforme, é também verdade que existe uma única estrutura proprietária, que é constitucionalmente garantida e que concerne à modalidade de exercício do domínio, que recebe da função social realizada em concreto um conteúdo específico e característico.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 275, tradução nossa).

de grande valia para a dogmática jurídica³⁸², pois pode funcionar – nos moldes já referidos – enquanto elemento sistematização da investigação científica.

Neste diapasão, apesar de concordar-se aqui com a afirmação de Gustavo Tepedino³⁸³ de que existe uma pluralidade de situações proprietárias diferentes entre si e que a determinação do conteúdo de cada uma delas depende de centros de interesses extraproprietários, os quais serão regulados no âmbito daquelas situações jurídicas, considera-se que é possível extrair elementos e características comuns às situações proprietárias em geral, de sorte que é possível admitir que existe um “conteúdo mínimo” dessa situação jurídica subjetiva.

4.3 A ESTRUTURA BÁSICA E O CONTEÚDO DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA

Conforme fora até aqui anotado, não cabe ao legislador proceder, com total discricionariedade e livre de quaisquer amarras, à conformação da situação proprietária e, conseqüentemente, à concretização do princípio da função social da propriedade. Dentre os limites que se põem ao legislador, está o conteúdo mínimo ou básico da função proprietária, que identifica a estrutura básica (ou geral) daquela situação jurídica subjetiva³⁸⁴. Por sua vez, esta estrutura (básica) irá adaptar-se concretamente a fim de permitir que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social, de sorte que se pode afirmar que a estrutura proprietária possui uma versão “geral” e outra “específica”³⁸⁵.

A primeira característica comum a toda situação proprietária e que, por conseguinte, deve influenciar na identificação de sua estrutura “básica” é a exigência (constitucional) de aquela possibilitar que o bem objeto do domínio cumpra sua função social. É neste sentido que argumenta Stefano Rodotà³⁸⁶ quando afirma que o princípio da função social da propriedade, enquanto elemento que modifica a estrutura tradicionalmente atribuída à situação proprietária, deve ser considerado o momento através do qual pode ser concebida de forma unitária àquela situação jurídica.

³⁸² Dogmática jurídica enquanto ciência do direito, no sentido exposto por Karl Larenz (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997).

³⁸³ TEPEDINO, Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____(org.). **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 336-337.

³⁸⁴ ALVIM, 2009, p. 38-51.

³⁸⁵ COSTANTINO, 1967.

³⁸⁶ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 254-255.

Ora, sendo certo que a função social só pode ser identificada concretamente, à vista das diversas categorias de bens objetos do domínio, o que torna a sua vinculação a uma estrutura “geral” abstrata e despedida de qualquer conteúdo material, a única conclusão que daquela exigência pode ser retirada é a necessidade de a estrutura geral ser configurada de uma forma tal que possibilite a sua adaptação às diversas realidades específicas que são postas a sua regulação.³⁸⁷

Não é esta, entretanto, uma conclusão de pouca valia, pois, conforme se verá nas linhas que se seguem, é possível a partir dela realizar uma série de deduções. O outro elemento que compõe a estrutura básica da situação proprietária é o seu conteúdo mínimo. Este, de acordo com Fernando Rey Martínez³⁸⁸, não possui mais do que um significado retórico e declarativo, pois não protege nada que não já fosse garantido por uma visão global dos direitos fundamentais, tendo em vista a Constituição e o seu microsistema (subconstituição do indivíduo), de maneira que, em verdade, sua finalidade essencial é funcionar como freio ou barreira da atividade poderes públicos que atente contra situações jurídicas subjetivas fundamentais.

Nesta perspectiva, concebe aquele autor que a noção de conteúdo mínimo possui dois aspectos. O primeiro é negativo e consubstancia-se numa proibição ou limitação imposta ao legislador ordinário ao tempo em que este proceda à conformação das situações jurídicas subjetivas fundamentais; e o segundo, positivo, é reflexo do primeiro e deriva da percepção de que o reconhecimento de um conteúdo mínimo implica a afirmação de uma substância da situação jurídica subjetiva fundamental imanente ao sistema constitucional.³⁸⁹ Esta é uma concepção de conteúdo mínimo que se coaduna a chamada teoria absoluta, que admite a existência de um conteúdo mínimo dos direitos fundamentais que não poderia, em nenhuma hipótese, sofrer intervenção; e contrapõe-se a teoria relativa do conteúdo mínimo, a qual enuncia que o conteúdo essencial do direito fundamental é o que resta após o sopesamento, de sorte que a posição abarcada por esse conteúdo depende da relevância das razões contrárias à proteção.³⁹⁰

Contra a possibilidade de conceber-se um conteúdo mínimo imanente a toda situação proprietária, Antonio Iannelli³⁹¹, apesar de admitir a existência de uma estrutura básica da situação proprietária que é garantida constitucionalmente, argumenta que esta não

³⁸⁷ IANNELLI, 1980.

³⁸⁸ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 306-307.

³⁸⁹ Ibid., p. 304.

³⁹⁰ ALEXY, 2008, p. 295-299.

³⁹¹ IANNELLI, op. cit., p. 39.

possui nenhum conteúdo “normal”, “essencial” ou mesmo “natural”, pois o conteúdo da situação proprietária sempre varia concretamente. Semelhante é o entendimento de Stefano Rodotà³⁹², o qual considera que não possuem as situações proprietárias um conteúdo mínimo, pois, a partir do momento que o conteúdo destas varia de estatuto para estatuto, o único elemento comum a todas as situações proprietárias é a exigência de que os bens objeto do domínio cumpram a sua função social.

É neste sentido, ainda, a doutrina de Salvatore Pugliatti³⁹³, o qual, inclusive, enuncia que o núcleo interno (ou o que se poderia chamar de conteúdo essencial) da situação proprietária seria hoje aberto as influências transformadoras, de sorte que a sua própria estrutura é afetada, assim como a sua natureza. Por sua vez, Gaston Morin³⁹⁴ já argumentou no sentido de que a limitação das intervenções do Estado na propriedade privada não pode ser fixada de forma rígida e imutável, o que, por certo, não corrobora a tese de um conteúdo mínimo ou essencial da situação proprietária.

Intermediária é a posição de Pietro Perlingieri³⁹⁵, o qual, admitindo ser demasiadamente tênue o mínimo denominador comum entre as diversas figuras de propriedade privada, de sorte que interessa mais ao intérprete evidenciar as diferenças do que as afinidades, considera que, sendo diversos os estatutos proprietários em relação aos objetos, aos sujeitos, às destinações e mesmo aos patrimônios e às circunstâncias concretas, não existe um conteúdo mínimo da situação proprietária, mas, antes, existem conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário, os quais é necessário individualizar através de uma análise atenta.

No mesmo sentido, anota Michele Costantino³⁹⁶ que o modo de atuar do princípio da função social da propriedade não permite cogitar-se de um conteúdo mínimo comum a toda situação proprietária, o qual haveria de ser necessariamente abstrato e refratário aos dados referentes às relações sociais reais. Para esse autor, correto é, diversamente, admitir que cada situação proprietária possui um conteúdo mínimo, que se coaduna ao desenvolvimento das relações econômicas que àquela subjazem.

Por outro lado, sustentando ter as situações proprietárias um conteúdo mínimo ou essencial comum, Arruda Alvim³⁹⁷ considera que aquelas situações jurídicas possuem

³⁹² RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 254-255.

³⁹³ PUGLIATTI, Salvatore. La proprietà e le proprietà. In: _____ (org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 281.

³⁹⁴ MORIN, 1944, p. 109.

³⁹⁵ PERLINGIERI, 1970, p. 230-231.

³⁹⁶ COSTANTINO, Michele. In: PERLINGIERI, Pietro (org). **Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 182.

³⁹⁷ ALVIM, 2009, p. 43-44.

elementos essenciais, que as caracterizam elementarmente e que devem ser entendidos como diretamente dedutíveis e garantidos pela Constituição Federal. Para essa doutrina o conteúdo essencial ora referido é irreduzível por lei infraconstitucional – salvo importando em desapropriação – e pode ser decomposto em dois elementos constitutivos essenciais: a utilidade privada e o poder de disposição; sendo que a supressão de um desses elementos importa estruturá-lo única e exclusivamente a serviço do Estado ou da comunidade, o que não é compatível com o texto constitucional.

Semelhante a este é o entendimento de Fernando Rey Martínez³⁹⁸, o qual escreveu que aquela situação proprietária, em suas diversas manifestações, possui um conteúdo “essencial”, o qual é passível de ser contraposto a todos os poderes públicos e nucleado a partir da necessidade de aquela situação jurídica propiciar, sempre, a utilidade privada e o aproveitamento privado dos bens. Pietro Barcellona³⁹⁹, seguindo esta linha de raciocínio, anota que o conteúdo básico da situação proprietária é composto pela faculdade⁴⁰⁰ que identifica os poderes de gozar e dispor do bem objeto do domínio. Já Guido Alpa⁴⁰¹, também na esteira dos entendimentos ora expostos, considera que a disciplina da situação proprietária tem de assegurar (ou deveria assegurar) a livre circulação dos bens; ou seja, não obstaculizar a livre utilização econômica do bem.

Importa também anotar a crítica de Stefano Rodotà⁴⁰² ao posicionamento da Corte Constitucional italiana, a qual, alinhando-se àqueles que admitem a existência de um conteúdo essencial comum a todas as situações proprietárias, reconhece que não é possível fazer desaparecer substancialmente a essência daquela situação jurídica, de maneira a alcançar-se, na prática, um efeito semelhante ao da desapropriação. De acordo com aquele autor, a Constituição italiana apenas garante a existência da situação proprietária, de sorte que ao legislador é atribuída grande discricionariedade na sua conformação, não se podendo falar em seu conteúdo mínimo, mas apenas na necessidade daquela situação jurídica garantir o pluralismo econômico. Neste passo, considera aquele autor que existe, naquela decisão da Corte Constitucional italiana, uma usurpação de competência do Legislativo pelo Judiciário e

³⁹⁸ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 304-312.

³⁹⁹ BARCELLONA, 1996, p. 255.

⁴⁰⁰ Neste trabalho, o termo faculdade será utilizado em sentido técnico, conforme anotado por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, para indicar aquela situação jurídica ativa complexa que designa um conjunto de poderes ou outras situações jurídicas subjetivas analíticas (CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral, introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 345).

⁴⁰¹ ALPA, 1982, p. 4.

⁴⁰² RODOTÀ, Stefano. Il sistema costituzionale della proprietà. In _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 366-372.

uma confusão que decorre da transformação da garantia da existência de uma situação jurídica na garantia de existência de um conteúdo essencial desta.

Acredita-se aqui, entretanto, que uma garantia de existência não pode vir desacompanhada da noção do que deve ser garantido, o que implica, necessariamente, que haja um conteúdo mínimo ou elementos básicos a integrar o conceito do que é protegido.⁴⁰³ Na ausência de um desses elementos, sequer poder-se-ia cogitar da caracterização da propriedade privada⁴⁰⁴, pois, de outro modo, tudo poderia corresponder àquele conceito e a garantia revelar-se-ia inócua. O próprio posicionamento de Stefano Rodotà⁴⁰⁵ acima exposto denota que este autor integra ao conceito da situação proprietária a necessidade de esta garantir o pluralismo econômico, de sorte que sua postura não é menos arbitrária do que a daqueles que argumentam a favor do reconhecimento de um conteúdo mínimo daquela situação jurídica.

Em verdade, neste particular, impende trazer à colação a doutrina de Fernando Rey Martínez⁴⁰⁶, segundo a qual, conquanto não seja fácil delimitar a que corresponde ou como deve ser protegido o conteúdo essencial de uma situação jurídica subjetiva, aquele que pretende desempenhar essa atividade deve voltar à atenção para a imagem teórica dominante em determinado momento histórico; à *communis opinio* da doutrina, a qual traduz em termos jurídicos a consciência social da época; e, especialmente, ao entendimento da Corte que se revele a intérprete (mais) autorizada da Constituição (o que na experiência brasileira corresponde ao Supremo Tribunal Federal).

Assim, neste trabalho, alinha-se a doutrina de Arruda Alvim⁴⁰⁷ acima esposada, e argumenta-se que, salvo importando desapropriação, não se pode suprimir da situação proprietária o poder de disposição do proprietário ou a utilidade privada que esta acarreta – admite-se, então, aqui, a existência de um conteúdo mínimo comum às situações proprietárias e filia-se este trabalho à teoria absoluta. Em outras palavras, o que ora se expõe é que o presente estudo considera que, em virtude de possuir um conteúdo mínimo ou essencial, deve

⁴⁰³ Neste sentido, inclusive Antonio Iannelli argumentou que não se pode admitir que apenas o *nomen iuris* “propriedade” seja garantido constitucional, pois isso implicaria que aquela expressão pudesse corresponder e ser identificada com qualquer instituto ou conteúdo. (IANNELLI, Antonio. In: PERLINGIERI, Pietro (org). **Crisi dello stato sociale e il contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1982, p. 198).

⁴⁰⁴ ALVIM, 2009.

⁴⁰⁵ RODOTÀ, Stefano. Il sistema costituzionale della proprietà. In _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 273-421.

⁴⁰⁶ REY MARTÍNEZ, 1994, p. 307-309.

⁴⁰⁷ ALVIM, op. cit.

sempre a situação proprietária ter alguma utilidade privada e atribuir ao proprietário, em alguma perspectiva, o poder de disposição.

Inclusive, neste sentido, o Supremo Tribunal Federal entende que a intervenção estatal na esfera dominial privada deve observar os limites, as formas e os procedimentos fixados na Constituição da República Federativa do Brasil⁴⁰⁸, bem como que, quando a atividade pública impedir ou afetar a válida exploração econômica do bem por seu proprietário, deve este ser indenizado⁴⁰⁹.

Na esteira do raciocínio ora desenvolvido, argumentou Marco Comporti⁴¹⁰ que a garantia e o reconhecimento da propriedade privada não podem ser reduzidos a garantia de existência de uma qualquer situação jurídica subjetiva, devendo aqueles, antes, encerrar uma proteção contra os atos expropriatórios ou contra outros comportamentos que incidam de modo relevante e anômalo sobre o tradicional conteúdo da situação proprietária e, desta forma, chegue a caracterizar, na prática, uma desapropriação.

Anote-se, ainda, que aceitar a existência de um conteúdo mínimo da situação proprietária não implica adotar uma postura conservadora diante das modificações operadas no âmbito da instituição da propriedade privada. Ao revés, na esteira da doutrina de Stefano Rodotà⁴¹¹, noções como as acima expostas, as quais, basicamente, compreendem que a situação proprietária deve referir-se sempre a situações privadas patrimonialmente relevantes e referentes à disponibilidade privada de um bem, expandem a proteção constitucional da propriedade privada para alcançar instituições diversas da propriedade, como a empresa e o contrato, de sorte que, numa perspectiva macro, favorecem a proteção da iniciativa econômica privada.

⁴⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2213 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007, Ement. VOL-02148-02, PP-0029. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

⁴⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 134297**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/06/1995, DJ 22-09-1995 PP-30597, Ement. VOL-01801-04 PP-00670. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143966&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

⁴¹⁰ COMPORTI, Marco. In: PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 36.

⁴¹¹ RODOTÀ, Il sistema costituzionale della proprietà. In _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 372-373.

4.3.1 A estrutura e o conteúdo da situação proprietária

Ao admitir-se que a situação proprietária possui o conteúdo mínimo, revela-se interessante utilizar a imagem teórica oferecida por Ugo Brasiello⁴¹², acerca da situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário. Para esse autor italiano, a situação proprietária encerra uma zona central, centro de irradiação, que identifica os poderes que compõem o domínio e uma zona periférica que corresponde às possíveis formas de utilização daqueles poderes. Neste trabalho, aproveita-se essa imagem teórica para, adaptando-a, identificar a utilidade privada e o poder de disposição, enquanto correspondentes ao conteúdo mínimo, com a zona central da estrutura básica da situação proprietária e, por sua vez, indicar a zona periférica desta como a área que é ocupada pelos demais elementos que a integram.

A zona central é, então, composta basicamente pela necessidade de a propriedade possuir alguma utilidade privada e conceder ao proprietário, em alguma extensão, o poder de disposição. Consoante explica Arruda Alvim⁴¹³, a primeira, a utilidade privada, impede que a situação proprietária, não trazendo nenhum benefício ao seu titular, seja colocada única e exclusivamente a serviço da comunidade – o que se coaduna a já esposada doutrina de Fernando Rey Martínez⁴¹⁴ acerca da necessidade de o legislador, ao conformar a situação proprietária, fazer coincidir a satisfação do interesse privado com o público⁴¹⁵. Por sua vez, o poder de disposição, conforme explana Pietro Barcellona⁴¹⁶, consiste no poder de modificar a condição jurídica da coisa, ainda que seja através da constituição de um direito real de gozo – como, por exemplo, o usufruto em favor de um outro sujeito –, sendo, inclusive, a característica desta que a distingue dos demais atos de fruição (uma vez que dispor é uma forma de gozar da coisa) a produção de determinado efeito jurídico que repercute sobre a situação jurídica de que é titular o proprietário.

Sobre o poder de disposição do proprietário, interessa ainda trazer à baila a doutrina de Pietro Perlingieri⁴¹⁷, segundo a qual aquele não é limitado ao poder de constituir direitos reais, pois inclui atos que o proprietário pode realizar e que são, em sentido amplo, atos dispositivos. Assim, por “atos de disposição” deve-se entender não apenas atos negociais

⁴¹² BRASIELLO, Ugo. *La proprietà nella sua estensione*. Milano: Giuffrè, 1954.

⁴¹³ ALVIM, 2009, p. 44.

⁴¹⁴ REY MARTÍNEZ, 1994.

⁴¹⁵ Sobre o tema, veja-se o item 3.7 do presente estudo.

⁴¹⁶ BARCELLONA, 1996, p. 256.

⁴¹⁷ PERLINGIERI, 2002, p. 223.

ou voluntários (no sentido de disposição jurídica), mas também atos de “disposição material”, como é o caso, por exemplo, da mudança de lugar do bem objeto do domínio.

Na zona periférica, por sua vez, tem lugar os demais (e eventuais) elementos integrantes da situação proprietária, notadamente aqueles decorrentes da concretização do princípio da função social da propriedade tanto na sua manifestação negativa, enquanto elemento justificante da ablação e condicionamento do exercício das faculdades tradicionalmente inerentes ao domínio, quanto na sua manifestação impulsiva, como elemento capaz de justificar a imposição de adoção de certos comportamentos pelo proprietário.⁴¹⁸ É através da análise desta que é possível identificar os termos que correspondem ao cumprimento das exigências constantes da zona central da estrutura básica, o que determina que esta, concretamente, seja influenciada pela normatividade do princípio da função social da propriedade.

Anote-se, por oportuno, que é justamente seguindo esta linha de raciocínio que se argumentou⁴¹⁹ que, enquanto diretamente dedutível do texto constitucional, notadamente do seu artigo 5º, inciso XXII, a situação proprietária deve ser vista numa perspectiva de defesa. Isto, porque, nesta hipótese, não existindo estatuto proprietário a analisar, a determinação do conteúdo da situação proprietária, incluindo a indicação da utilidade e do poder de disposição do proprietário, é realizada com base na ideologia e nas racionalizações que integram e influenciam fortemente a subconstituição do cidadão, o que implica que a função social da situação proprietária corresponda à satisfação de certos interesses existenciais do proprietário.

No universo composto pela zona central e pela zona periférica da situação proprietária; isto é, nesta situação jurídica subjetiva, de acordo com a doutrina de Salvatore Pugliatti⁴²⁰, concertam entre si um complexo de relações jurídicas de Direito Público e de Direito Privado que se referem ao mesmo sujeito, o qual está ao centro na condição de sujeito ativo da relação real e de sujeito passivo da relação pessoal. Assim, a situação proprietária, concebida enquanto um direito-dever, nada mais é do que um “[...] *rapporto di natura reale, a cui è connesso un rapporto personale, considerati, nella loro connessione, dal punto di vista funzionale.*”⁴²¹ Em outras palavras, não é outra coisa a situação proprietária, senão uma

⁴¹⁸ NATOLI, 1980, p. 189.

⁴¹⁹ Cf. item 3.6.

⁴²⁰ “[...] relação de direito real, a qual é vinculada uma relação de direito pessoal, concebidos, nessa conexão, do ponto de vista funcional.” (PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 45-47, tradução nossa).

⁴²¹ PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 46.

situação jurídica ativa e passiva de que é titular o proprietário, na qual se entrelaçam relações jurídicas de natureza pessoal e real.

Sem pretender esgotar a temática atinente às diferenças existentes entre as relações reais e as relações pessoais, cumpre aqui apontar algumas especificidades da cada uma destas. A primeira diz respeito à diferença identificada por João de Matos Antunes Varela⁴²² e que versa que, na relação real, a pessoa é vinculada a um comportamento genérico, ao passo que, na relação pessoal, a vinculação da pessoa concerne à adoção de um comportamento específico (conduta).

Por sua vez, Marcos Bernardes de Melo⁴²³ argumenta que se diferenciam as relações reais das pessoais, na medida em que as primeiras, ao contrário das segundas, admitem o exercício autônomo dos direitos; isto é, admitem as relações reais, pelo titular do direito real, o exercício deste independentemente da cooperação de terceiros, enquanto as relações pessoais não conferem idêntica faculdade ao titular do direito pessoal, pois, sem o adimplemento da obrigação pelo devedor, espontâneo ou forçado (por meio do exercício do direito de ação), ou por terceiro, quando possível, não se realiza o direito do credor.

Arruda Alvim⁴²⁴, a seu turno, desenvolvendo um posicionamento com o qual se identifica o presente trabalho, escreveu que as relações reais diferem das pessoais, na medida em que aquelas, ao contrário destas, na experiência jurídica brasileira, não definem previamente os sujeitos que não podem adimplir o dever (ou a obrigação) e são sistematicamente protegidas no que concerne à sua possibilidade de criação com recurso a técnica denominada *numerus clausus*.

Certo é que, conforme fora anotado, em virtude da interação que ocorre entre as relações reais e pessoais no interior da situação jurídica proprietária, transmuta-se a propriedade privada, quando tem o exercício de algum poder integrante do domínio imposto, num direito-dever, pois o proprietário “[...] não é livre no seu exercício, tendo obrigatoriamente que exercê-los, por um lado, e tendo que fazê-lo, por outro lado, em obediência à função social a que o direito se encontra adstrito.”⁴²⁵ A definição da extensão e do conteúdo desses deveres, quando não estiverem suficientemente determinados no texto constitucional, caberá ao legislador infraconstitucional e, excepcionalmente, ao juiz. Igual raciocínio prevalece com relação à identificação do conteúdo e da extensão dos poderes inerentes ao domínio, pois, conforme se anotou anteriormente, a situação proprietária, apesar

⁴²² VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 55.

⁴²³ MELO, 2003.

⁴²⁴ ALVIM, 2009, p. 64-82.

⁴²⁵ VARELA, op. cit., p. 62.

de ser um “direito de configuração legislativa”, não é uma situação jurídica de conteúdo pré-legal.⁴²⁶

Assim, pode-se concluir que, decompondo-se a situação jurídica subjetiva complexa que é a situação proprietária, o que pode ser diretamente derivado do texto constitucional é uma parte de sua vertente “ativa”, ao passo que a vertente “passiva” somente poderá sê-lo quando, no texto constitucional, encontrar-se suficientemente determinado o dever que possui o proprietário, como ocorre no artigo 186 da Constituição Federal. Este é, inclusive, um posicionamento consentâneo com a doutrina de José Casalta Nabais⁴²⁷, a qual versa que, no caso de deveres (fundamentais) coligados a direitos (fundamentais), em homenagem a liberdade, salvo quando os deveres estiverem suficientemente densificados no texto constitucional, somente o segmento direito e não o dever pode-se reputar diretamente aplicável.⁴²⁸

Anote-se, ainda, que a situação proprietária, em virtude do princípio da função social da propriedade, é estruturada de forma que somente são concedidos aos proprietários os poderes cujo exercício é compatível com aquele princípio; devendo esses poderes, inclusive, não raro, ter o seu exercício condicionado ou imposto quando assim determina o referido princípio.⁴²⁹ É certo, entretanto, que, desde que obedecidas as vinculações – se existentes – consubstanciadas nas relações de direito pessoal que integram aquela situação jurídica, é lícito, em princípio, ao proprietário exercer seus poderes dominiais de todas as formas possíveis, pois, conforme anota Salvatore Pugliatti, “[...] *adempie agli obblighi di prestazione nascenti dal rapporto personale, il proprietario può tranquillamente esercitare le facoltà costituenti il contenuto del rapporto reale.*”⁴³⁰ É dizer, uma vez realizados pelos proprietários os comportamentos cuja observância foi-lhe imposta, pode ele utilizar os poderes que lhe foram concedidos de todas as maneiras que quiser, desde que respeitados os limites intersubjetivos.

Justifica-se essa linha argumentativa, pois, ao conceder ao proprietário determinado poder, a linguagem utilizada pelo legislador não consegue discriminar todas as possibilidades de comportamento que podem ser adotadas com base naquela permissão, de

⁴²⁶ Sobre o tema, leia-se o item 3.6.

⁴²⁷ NABAIS, 2007, p. 216.

⁴²⁸ Sobre os deveres impostos aos proprietários serem considerados fundamentais ou não, veja-se o item 4.4.3.

⁴²⁹ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, 175-271.

⁴³⁰ “[...] realizados os comportamentos impostos pelas obrigações de direito pessoal, o proprietário pode tranquilamente exercitar as faculdades que constituem o conteúdo da relação real.” (PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 45, tradução nossa).

sorte, cotejando o que ora se afirma com a doutrina de Hans Kelsen⁴³¹, é preciso conceber que ao proprietário lhe fora facultado adotar todas as formas de comportamento que preenchem a moldura permissiva criada pela norma.

4.3.2 As características da situação proprietária

É nessa perspectiva que se argumenta, neste trabalho, com esteio na doutrina de Alberto Trabucchi⁴³², que se pode afirmar que a plenitude da situação proprietária consiste não em colher o fruto ou na possibilidade de usar uma faculdade específica, mas, antes, aquela característica referencia a possibilidade de o proprietário utilizar os poderes que lhe foram concedidos de todas as formas que lhe sejam permitidas (*agere licere*). É dizer, uma vez respeitadas as vinculações impostas pelas relações de ordem pessoal que constituem o limite interno da situação proprietária, a necessidade de o ato encerrar uma utilidade privada, e os limites intersubjetivos consubstanciados nos direitos de terceiros, pode o proprietário exercer os poderes dominiais de todas as formas possíveis. Ademais, frise-se que o princípio da função social da propriedade, enquanto diretamente extraído do texto constitucional, por submeter-se à reserva de lei, não é um limite a ser hodiernamente observado pelo proprietário.

Seguindo esta linha de raciocínio, escreveu Pietro Barcellona⁴³³ que a plenitude da situação proprietária não pode ser concebida enquanto determinante da impossibilidade de limitação daquela situação jurídica, mas, diversamente, deve ser entendida como identificada com a tendência que possui aquela situação jurídica de absorver todas as possibilidades de utilização da coisa. Ainda sobre a plenitude da situação proprietária, Ugo Brasiello⁴³⁴ escreveu que dela deriva o chamado “princípio da elasticidade”, o qual determina que, apesar de as possibilidades de utilização dos poderes (ou até os próprios poderes) inerentes ao domínio, em virtude de limitações intersubjetivas, poderem ser concretamente suprimidos, tão logo cesse o motivo da supressão, aqueles retornem ao seu estado anterior, recuperando, assim, a situação proprietária a sua amplitude perdida.

⁴³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado, 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

⁴³² TRABUCCHI, 2009, p. 555.

⁴³³ BARCELLONA, 1996, p. 256.

⁴³⁴ BRASIELLO, 1954, p. 177.

Sobre a elasticidade escreveu ainda Alberto Trabucchi⁴³⁵ que aquela afirma que, uma vez cessada a causa que limitava a extensão da situação proprietária, esta readquire toda a sua amplitude. Assim, para esse autor, não existem limites precisos à situação jurídica de que é titular o proprietário, podendo este, em princípio, fazer tudo aquilo que pretende. É esta, entretanto, conforme já fora anotado, uma característica que deve ser necessariamente compatibilizada com os limites internos, representados pelas relações de direito pessoal e a necessidade de o ato encerrar uma utilidade privada, e pelos limites externos, referentes às situações jurídicas de que terceiros são titulares.

Neste particular, assume-se neste trabalho, com esteio da doutrina de Stefano Rodotà⁴³⁶, que a supressão de algumas possibilidades de comportamento tradicionalmente facultadas ao proprietário, operada pelo princípio da função social da propriedade, não pode ser explicada a partir do princípio da elasticidade, pois, em verdade, naquela hipótese, nunca fora abstratamente concedida a possibilidade de adoção daqueles comportamentos ao titular da situação proprietária, o que torna inviável uma (re)expansão do domínio. A elasticidade, frise-se novamente, conforme se viu nas linhas pretéritas, vincula-se a limitações pontuais e transitórias.

Os limites externos que se põem à situação proprietária Ugo Natoli⁴³⁷ denominou de “limites sociais”, afirmando ainda que estes pressupõem que a situação jurídica seja vista nos seus reflexos exteriores, com referência às relações intersubjetivas que a essa se reportam. Na esteira dessa doutrina, com a qual aqui se concorda, o limite externo é essencialmente negativo, pois é sua função determinar mais exatamente quais são os comportamentos juridicamente passíveis de serem adotados pelo titular da situação proprietária. Isto, entretanto, não obsta que o “limite social” possa traduzir-se, eventualmente e na prática, na necessidade de ser desempenhado um comportamento (positivo), o que ocorreria, por exemplo, quando o referido limite precisasse, diante de várias possibilidades até então existentes, o conteúdo de um dever que é posto ao proprietário, referente à adoção de determinado comportamento positivo.

Ressalte-se, ainda, que a utilidade privada, além de compor o conteúdo mínimo da situação proprietária, com relação à altura e à profundidade da propriedade do solo, constitui, também, um limite interno desta. Em verdade, conforme anotado por Arruda

⁴³⁵ TRABUCCHI, 2009, p. 556.

⁴³⁶ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 240.

⁴³⁷ NATOLI, 1955, p. 103-107.

Alvim⁴³⁸, a proteção conferida à propriedade do solo não alberga situações materiais em que não se vislumbra mais o ganho de qualquer vantagem para o seu titular, o que impõe que se considere como existente mais um limite à extensão da proteção conferida pelo ordenamento jurídico à situação jurídica subjetiva de propriedade do solo (consoante se depreende do artigo 1.229 também do Código Civil de 2002).

Note-se que, verdadeiramente, por ser critério de seleção dos interesses a serem protegidos no interior da situação proprietária, funciona, em geral, a utilidade como limite à extensão da proteção conferida à situação proprietária, não sendo essa uma peculiaridade da propriedade do solo. Apesar disso, não se pode dizer que os atos dos proprietários que se revelam incapazes de trazer alguma vantagem a estes são considerados ilícitos, pois, conforme se verá no item 4.5, somente aqueles atos que, simultaneamente, não tragam qualquer comodidade ou utilidade e que sejam exercidos com o ânimo de prejudicar outrem, o serão.

Neste particular, cumpre trazer à baila a doutrina de Roxana Borges Brasileiro⁴³⁹, segundo a qual existem situações que, em nome do respeito ao direito que a pessoa tem de conduzir sua vida sem direcionamentos públicos e por não causarem prejuízos a terceiros ou a ordem pública, devem ter a sua prática admitida. Assim, pode-se dizer que existem comportamentos do proprietário que, apesar de não trazerem a este qualquer vantagem, por não causarem mal algum a terceiros ou a coletividade, não podem ser considerados ilícitos ou ter sua prática vedada.

Importa aqui ainda expor a doutrina de Artur Kaufmann⁴⁴⁰, a qual diferencia os atos não jurídicos daqueles atos que compõem o “espaço livre de direito”. São não jurídicos aqueles atos que não interessam ao Direito em absoluto; ou seja, que são para este irrelevantes. Diversamente, compõem o espaço livre de Direito aqueles comportamentos, que embora sejam juridicamente relevantes e juridicamente regulados, não podem ser adequadamente valorados nem como lícitos nem como ilícitos, ou, mais precisamente, não podem ser classificados como permitidos ou proibidos, de sorte que é mais adequado dizer que esses comportamentos compõem, em verdade, um “espaço livre de valoração”.

Cotejando essas informações com atos proprietários, pode-se afirmar que alguns atos que compõem o poder de disposição material do proprietário, como, por exemplo, retirar um livro da estante e colocá-lo em cima da escrivaninha, ao invés de serem

⁴³⁸ ALVIM, 2009, p. 250.

⁴³⁹ BORGES, Roxana. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴⁴⁰ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, p. 337-340.

considerados como exercício de um poder concedido pela ordem jurídica, devem ser reputados como irrelevantes juridicamente. Verdadeiramente, na hipótese aventada, não há qualquer intersubjetividade, sendo, portanto, natural que o Direito, enquanto destinado a regular condutas humanas em interferência intersubjetiva⁴⁴¹, revele-se indiferente àquela situação.

Por outro lado, quanto aos demais atos do *dominus* que, apesar de encerrar uma interação intersubjetiva e de respeitar tanto “limites” decorrentes do princípio da função social da propriedade quanto os limites externos da situação proprietária, não encerram utilidade alguma privada, neste trabalho, considera-se que esses devem ser reputados como não correspondentes ao exercício dos poderes proprietários e integrantes, em princípio, de um “espaço livre de Direito”. Raciocínio idêntico aplica-se aqueles atos que, apesar de respeitar os limites intersubjetivos e encerrar uma utilidade privada e uma interação intersubjetiva, não realizam o princípio da função social.⁴⁴² Esses atos, ressalte-se, não concernem à característica da plenitude da situação proprietária.

Outra característica da situação proprietária indicada por Alberto Trabucchi⁴⁴³ é a exclusividade. Esta consistiria na impossibilidade de existir mais de uma situação proprietária que possua como objeto do domínio um mesmo bem, o que, por certo, não impede que figurem, simultaneamente, mais de um sujeito como titular da situação proprietária. Também sobre essa característica escreveu Pietro Barcellona, o qual anotou que a exclusividade significa “[...] *che nessun rapporto com il bene si può istituire senza il consenso del proprietario e definisce pertanto il confine fra la situazione proprietaria e gli altri soggetti (non proprietari).*”⁴⁴⁴ É dizer, sem o consentimento do titular da situação jurídica subjetiva a que corresponde a situação proprietária, não se pode, ao menos em regra, instituir-se qualquer relação jurídica sobre o bem, de sorte que essa característica implica a demarcação da relação existente entre proprietários e não-proprietários.

Sobre esta característica é interessante expor, ainda, a observação de Ugo Brasiello, o qual escreveu que, em verdade, “*la possibilità di escludere i terzi dalla sfera di godimento del proprietario* [o que decorre da característica da exclusividade] *sarebbe un*

⁴⁴¹ COSSIO, Carlos. **La teoría egológica do Direito y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

⁴⁴² Sobre este tema, veja-se o item 4.5

⁴⁴³ TRABUCCHI, 2009, p. 557-558.

⁴⁴⁴ “que nenhuma relação com o bem pode ser instituída sem o consentimento do proprietário e define, portanto, os limites existentes entre a situação proprietária e os outros sujeitos (não proprietários).” (BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996, p. 257, tradução nossa).

riflesso della tutela normativa comune ad ogni altra situazione giuridica tutelata.”⁴⁴⁵ Para o referido autor, então, a característica da exclusividade não é, propriamente, específica da situação proprietária, mas é, antes, inerente e atribuída (ou reconhecível) a toda situação jurídica.

4.4 OS DEVERES (SENTIDO AMPLO) INTEGRANTES DA SITUAÇÃO PROPRIETÁRIA

De acordo com Antonio Iannelli⁴⁴⁶, ao proprietário são atribuídos apenas os poderes capazes de satisfazer, juntamente com seus interesses pessoais, também aqueles interesses gerais que se referem à sociedade como um todo, de sorte que é esta a única consequência, para a estrutura da situação proprietária, da consagração do princípio da função social; isto é, aquela situação jurídica, jamais e em circunstância alguma, assume uma dimensão de “deverosidade”, pois, aquele princípio não transforma a propriedade num “dever” e apenas constitui o fundamento para atribuição dos poderes ao proprietário.

Nesta perspectiva, o titular da situação jurídica funcionalizada possui sempre uma

*“[...] sfera di autonomia in cui può fa valere la sua volontà: è tenuto, però, a non superare determinati limiti, che vengono posti alla sua autonomia nell’interesse di coloro per cui il diritto è stato funzionalizzato[...].”*⁴⁴⁷

Possuiria, pois, o proprietário, sempre, uma esfera de autonomia, a qual nunca poderia ultrapassar certos limites que lhe são postos com o fito de proteger interesses de terceiros, em benefícios dos quais se justificaria a funcionalização da situação jurídica subjetiva. Apesar de ter-se por adequada a posição do autor italiano acima exposta no que concerne ao princípio da função social da propriedade funcionar como o fundamento da atribuição dos poderes ao proprietário, não se concorda aqui com a sua afirmação de que o

⁴⁴⁵ “A possibilidade excluir os terceiros da esfera de gozo do proprietário seria um reflexo da tutela normativa comum a todas as outras situações jurídicas tuteladas.” (BRASIELLO, Ugo. **La proprietà nella sua estensione**. Milano: Giuffrè, 1954, p. 47, tradução nossa).

⁴⁴⁶ IANNELLI, 1980, p. 249-250.

⁴⁴⁷ “[...] espaço de autonomia no qual pode fazer valer a sua vontade: deve, entretanto, não superar determinados limites, que se põem a sua autonomia para atender os interesses daqueles pelos quais o direito foi funcionalizado.” (IANNELLI, Antonio. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980, p. 249, tradução nossa).

princípio constitucional referido não implica que o exercício dos poderes proprietários possam, eventualmente, constituir-se um dever.

Em verdade, conforme se anotou no item 3.5, na esteira da doutrina de Stefano Rodotà⁴⁴⁸, assume-se, neste estudo, que o princípio função social da propriedade pode condicionar, impedir ou impor o exercício de certos poderes tradicionalmente integrantes do domínio, de sorte que aquele princípio constitucional pode encerrar, ao interagir com a situação proprietária, uma dimensão deverosidade.

Quanto ao princípio da função social da propriedade ser capaz de impor a adoção de determinados comportamentos pelo titular da situação proprietária, escreveu Ugo Natoli⁴⁴⁹ que essa possibilidade, a qual é decorrência de uma dimensão “impulsiva” daquele princípio constitucional, ao contrário do que ocorre com a sua dimensão positiva, a qual implica a ablação do exercício de algumas faculdades inerentes ao domínio, só pode existir quando houver normas específicas que a fundamentem e justifiquem. Existe, então, na opinião daquele autor, uma “reserva de lei”, para que a função social da propriedade na sua dimensão impulsiva opere, enquanto que, com relação à sua dimensão negativa, não existe essa exigência.

Não se concorda aqui com a doutrina acima exposta de Ugo Natoli, pois, neste trabalho, considera-se que toda e qualquer concretização do princípio da função social da propriedade submete-se à “reserva de lei” (proporcional), devendo, somente em casos excepcionais, o magistrado proceder à direta concretização daquela norma jurídica. Anote-se ainda que, conforme fora salientado em linhas pretéritas⁴⁵⁰, é certo que o princípio da função social da propriedade não cria o dever de o proprietário não exercitar um poder que lhe fora abstratamente concedido, pois, ao invés de o ordenamento jurídico conceder um poder e, em seguida, impor o seu não exercício, aquele simplesmente não atribui (em virtude da vedação constitucional da concessão) ao proprietário a possibilidade de este praticar certo ato (ou seja, de exercer um suposto poder); bem como não há dúvidas de que o princípio da função social pode justificar a imposição ao proprietário do dever de adotar certos comportamentos.

⁴⁴⁸ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____ (org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 239.

⁴⁴⁹ NATOLI, 1980, p. 189-191.

⁴⁵⁰ Veja-se o item 3.5.

4.4.1 As espécies de deveres integrantes da situação proprietária

Já fora anotado em outra oportunidade⁴⁵¹, que a expressão deveres é utilizada, para fins deste estudo, em sentido amplo, de forma a corresponder aos instrumentos que o Direito lança mão para, aumentando a resistência exterior que pretende sobrepor-se à vontade interior do indivíduo, obter deste um comportamento positivo ou negativo.⁴⁵² Fora dito, outrossim, que a situação proprietária caracteriza-se hoje, por na maior parte das vezes – já que isto dependerá da conformação estabelecida pelo estatuto proprietário – corresponder a uma complexa situação jurídica subjetiva ativa e passiva.⁴⁵³

Admitindo-se que os deveres, do ponto de vista do obrigado, vinculam-se à criação de situações jurídicas passivas, pode-se concluir que, decompondo-se a (complexa) situação proprietária e identificando-se os deveres (sentido amplo) que a compõem, esses podem corresponder a ônus, obrigações, sujeições ou deveres em sentido estrito.

No que concerne às obrigações, estas somente poderão ser instituídas quando o dever proprietário corresponder a um direito de crédito correlato, o qual possui por objeto determinada prestação de cunho patrimonial que satisfaz um interesse *privado* do seu titular.⁴⁵⁴ Para que isso ocorra, é necessário que o dever realize um interesse do Estado, já que é este quem de regra ocupa o polo ativo correspondente àquele; ou a lei ordinária determine que o polo ativo será ocupado por um terceiro em benefício do qual o dever proprietário fora instituído, e ao qual caberá exigir o cumprimento da obrigação.⁴⁵⁵

Tem-se, ainda, que ao proprietário podem pôr-se deveres em sentido estrito, ônus ou sujeições. De acordo com João de Matos de Antunes Varela⁴⁵⁶, os primeiros são necessidades impostas pelo direito objetivo a uma pessoa de observar determinados comportamentos, acompanhadas da cominação de algum ou alguns dos meios coercitivos de que pode o Direito valer-se; os segundos, a seu turno, consistem na necessidade de observância de certo comportamento, não por imposição da lei, mas como meio de obtenção ou manutenção de uma vantagem para o próprio onerado; por fim, as sujeições identificam-se

⁴⁵¹ No item 4.1.

⁴⁵² CARNELUTTI, 1999.

⁴⁵³ PERLINGIERI, 1970.

⁴⁵⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 15-18.

⁴⁵⁵ Consoante explanação desenvolvida no item 4.4.4.

⁴⁵⁶ VARELA, 1998, p. 52-57.

com situações inelutáveis de uma pessoa ter de suportar na sua própria esfera jurídica uma modificação decorrente do exercício de um poder⁴⁵⁷ conferido a outra pessoa.

Francesco Canellutti⁴⁵⁸ enuncia ainda que o estado de sujeição é estar integral e absolutamente impossibilitado de agir, sendo por isso não uma limitação, mas uma supressão completa da liberdade; e que os ônus caracterizam-se por serem deveres cuja observância impõe-se para que seja permitido ao sujeito passivo obter ou exercer uma liberdade de gozar ou comandar que lhe fora conferida. A seu turno, António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro⁴⁵⁹ considera que as sujeições são as situações jurídicas correspondentes aos direitos potestativos e que determinam que seu titular veja a sua posição (aqui utilizada por esse autor como sinónimo de situação jurídica) alterada unilateralmente por outrem; que deveres em sentido estrito correspondem a uma situação jurídica passiva analítica, cujo sujeito (passivo) possui a necessidade jurídica de praticar ou de não praticar certo fato; e que os ônus correspondem estruturalmente a um dever em sentido estrito que, embora funcionando com a especificidade de ser exercido no interesse de outras pessoas, não pode por estas ter seu cumprimento exigido.

Assim, quando diante de uma sujeição, identifica-se a referida situação jurídica passiva com aquelas oportunidades nas quais o direito positivo não só não atribui a possibilidade de o proprietário praticar determinado ato, como impõe que ele suporte a intervenção de terceiros na sua esfera jurídica. Por sua vez, quando há um ônus no interior da situação proprietária, a vinculação de um dever em sentido estrito ou de uma obrigação, o que se tem é o estabelecimento de condições para o exercício de determinado poder integrante do domínio, a não atribuição ao proprietário da possibilidade de adoção de determinado comportamento, ou a determinação da adoção de certas condutas por este último. Tudo consoante o modelo teórico ofertado por Stefano Rodotà⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Nomeadamente de um direito potestativo, o qual pode ser conceituado como o poder de alterar uma situação jurídica por meio de um ato unilateral (FONTES, André. **A pretensão como uma situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 63); ou, ainda, como o poder conferido a uma pessoa de, sem o consentimento ou a autorização, produzir uma modificação na esfera jurídica alheia (VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 55).

⁴⁵⁸ CARNELUTTI, p. 287-290.

⁴⁵⁹ CORDEIRO, 2009, p. 355-360.

⁴⁶⁰ RODOTÀ, Stefano. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto**: studi sulla proprietà privata. Bologna: il Mulino, 1990, p. 239.

4.4.2 Os deveres proprietários: a questão da sanção

Sem deixar de ter em consideração que há dúvida⁴⁶¹ sobre ser ou não a sanção um elemento essencial a caracterização dos deveres (jurídicos), admite-se aqui, neste trabalho, como o faz Rafael de Asis Roig⁴⁶², que, ao menos, deve-se reconhecer à sanção enquanto um elemento definidor daqueles. Não é menos correta, entretanto, aquela doutrina que preconiza que, sob pena de os deveres (sentido amplo) serem considerados meros conselhos ou recomendações, ao seu descumprimento deve ser sempre vinculado um ato coercitivo como sanção.⁴⁶³ Assim, surge, em primeiro plano, a questão de saber qual seria a sanção determinada pelo ordenamento jurídico brasileiro pelo descumprimento dos deveres a que está o proprietário adstrito a cumprir; isto é, qual é o ato coercitivo vinculado, enquanto consequência, a uma ação ou omissão indesejável e juridicamente fixada do proprietário.⁴⁶⁴

Na Constituição Federal de 1988, enquanto sanção vinculada pelo descumprimento pelo proprietário dos deveres decorrentes da função social da propriedade, na esteira da doutrina de José Afonso da Silva⁴⁶⁵, tem-se a desapropriação-sanção⁴⁶⁶, que é aquela destinada a punir o não cumprimento de obrigação ou ônus urbanístico imposto ao proprietário de terrenos urbanos e cuja origem do nome deriva do fato de a privação forçada da propriedade privada decorrer do descumprimento de deveres (sentido amplo) urbanísticos;

⁴⁶¹ Diz-se que definir a obrigação a partir da sanção é uma prova da confusão existente entre a prescrição de uma conduta e o meio utilizado para assegurar sua obediência. Haveria casos, inclusive, em que se poderia vislumbrar a existência de deveres sem obrigação, razão pela qual a presença da sanção não seria essencial para a caracterização do dever. (ROIG, Rafael de Asis. **Deberes y obligaciones en la constitucion**. Centro de Estudios Constitucionales :Madrid, 1991, p. 188-191.

⁴⁶² ROIG, Rafael de Asis. **Deberes y obligaciones en la constitucion**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991, p. 190-191.

⁴⁶³ KELSEN, 2009, p. 128-131.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 43.

⁴⁶⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 818-821.

⁴⁶⁶ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...] § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

e a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária⁴⁶⁷, que é a sanção atribuída ao proprietário de imóvel rural que não faça este cumprir a sua função social.

Essas são espécies de desapropriação menos benéficas para o proprietário, pois, ao contrário da desapropriação comum, que pode ocorrer por utilidade ou necessidade pública nos termos do artigo 5º, inciso XXIV, e artigo 182, parágrafo 3º, do texto constitucional, e que apenas pode ser realizada mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro; a desapropriação-sanção comporta a redução da indenização em dinheiro a ser paga ao proprietário ou a sua substituição por títulos da dívida pública; e, por sua vez, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária admite o pagamento da indenização em títulos da dívida agrária.

Importa, aqui, por oportuno, expor o entendimento de Antonio Iannelli⁴⁶⁸, o qual, examinando a possibilidade de, no ordenamento jurídico italiano, a expropriação figurar enquanto uma sanção imposta ao proprietário em virtude do descumprimento da função social da propriedade, enuncia que, por a situação proprietária encerrar sempre uma “possibilidade de agir” e por ser o pressuposto da expropriação a depreciação da propriedade enquanto bem e não um comportamento do proprietário, não pode ser a desapropriação considerada uma sanção e que aquela é, antes, um instrumento que o Poder Público utiliza para transmitir coativamente a titularidade da situação proprietária e, destarte, atribuí-la a um sujeito capaz de fazê-la cumprir a sua função social.

Não merece guarida, entretanto, essa doutrina à luz do ordenamento jurídico brasileiro, pois, não resta dúvida de que o texto constitucional de 1988 regulou a questão atinente à necessidade de os bens objeto do domínio cumprirem a sua função social tomando por referência, na perspectiva ora analisada, o comportamento do proprietário, pois, conforme se pontuou acima, o regime jurídico dispensado à hipótese de desapropriação da propriedade que não cumpre sua função social é diferenciado e mais gravoso ao proprietário do que aquele que identifica a desapropriação comum (artigo 5º, inciso XXIV, e artigo 182, parágrafo 3º, ambos da Constituição Federal), o que denota o seu caráter sancionador.

Interessante anotar, ainda, que o estabelecimento da sanção pelo descumprimento da função social da propriedade não obedece, propriamente, a uma reserva

⁴⁶⁷ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º - As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro [...]” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

⁴⁶⁸ IANNELLI, 1980, p. 361-362.

de lei como a outrora referenciada⁴⁶⁹. Quanto a este tema, vale a doutrina de José Casalta Nabais⁴⁷⁰ referente aos deveres fundamentais⁴⁷¹, segundo a qual com relação àquilo que está para além do conteúdo de cada dever, o legislador goza de maior liberdade, seja relativamente à regulamentação dos modos ou das formas do seu cumprimento, pondendo, inclusive, essa disciplina remeter a outros poderes normativos; seja relativamente à sanção pelo seu descumprimento. Assim, tem-se que se exprime a liberdade ora indicada numa discricionariedade relativa quanto ao *se*, ao *como* e ao *quanto* da sanção, pois deve, ao especificar a sanção, o legislador, procedendo aos diversos testes da proporcionalidade, decidir se deve sancionar, bem como por qual via (via penal ou outra via sancionatória) e em que medida deve fazê-lo.

Anote-se, neste particular, que, primeiramente, incumbe ao legislador proceder à determinação das sanções aplicáveis, pois, consoante expõe Karl Larenz⁴⁷², há um primado do Poder Legislativo sobre o Judiciário, que decorre do fato de este estar, em primeira linha, adstrito a opção valorativa daquele; esta que é uma exigência que se põe com base na teoria democrática, a qual afirma que o Legislativo goza de maior legitimidade do que o Judiciário.

4.4.3 O caráter fundamental dos deveres proprietários

Fábio Konder Comparato⁴⁷³ escrevera que todo direito subjetivo insere-se numa relação entre sujeito ativo e passivo, de sorte que aquele que admite a existência de direitos fundamentais, implicitamente, está reconhecendo a existência de deveres fundamentais correlatos, pois estes não são outra coisa, senão o lado passivo dos direitos fundamentais. Os deveres proprietários, para aquele autor, por sua vez, são o lado passivo do direito fundamental de terceiros, não-proprietários, e, nesta medida, “deveres fundamentais”.

Assiste razão à doutrina acima esposada quando afirma que os direitos implicam a existência de deveres correlatos. É esta uma linha de raciocínio que se coaduna ao entendimento de Marcos Bernardes de Melo⁴⁷⁴, segundo o qual, havendo relação jurídica, há,

⁴⁶⁹ Quanto a este tema, remete-se o leitor ao item 3.6.

⁴⁷⁰ NABAIS, 2007.

⁴⁷¹ Conforme se verá no item 4.4.3, alguns deveres a que está adstrito ao proprietário podem ser considerados deveres fundamentais.

⁴⁷² LARENZ, 1997, p. 482.

⁴⁷³ COMPARATO, 1997.

⁴⁷⁴ MELO, 2003, p. 180.

no mínimo, direito e dever correlatos, pois ninguém pode ser credor (no sentido de sujeito ativo) sem que haja um devedor (no sentido de sujeito passivo), bem como é inadmissível alguém ser “credor” de ninguém.

Saliente-se, entretanto, que não se considera aqui adequada a afirmação realizada por aquele autor de que os deveres fundamentais identificam-se por corresponder a uma situação jurídica passiva correlata aos direitos fundamentais. Em verdade, neste particular, alinha-se esse trabalho ao lado da doutrina de José Casalta Nabais⁴⁷⁵, segundo a qual os deveres fundamentais especificam-se por constituir uma categoria constitucional própria, expressão imediata ou direta de valores e interesses comunitários diferentes e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais, cuja fundamentação baseia-se numa concepção de Estado, que o concebe como uma organização e um valor em função da pessoa; não sendo, portanto, relevante para a sua caracterização, a sua eventual correspondência ao lado passivo dos direitos fundamentais de outrem.

Assim, conquanto as posições passivas correlativas de direitos fundamentais possam, eventualmente, ser identificadas como deveres fundamentais, essa é uma hipótese excepcional que não deve ser entendida enquanto apta a individualizar a categoria dos deveres fundamentais. Em verdade, ainda quando coincidindo com os deveres reflexos dos direitos fundamentais, os deveres fundamentais conservam a sua autonomia, de maneira que não se esgotam naquela dimensão reflexa.⁴⁷⁶ É esse o caso, por exemplo, do dever dos pais de educar os filhos.

Neste diapasão, não se ratifica aqui a categorização dos deveres proprietários enquanto deveres fundamentais realizada por Fábio Konder Comparato⁴⁷⁷, porque esta se baseia numa concepção daquela categoria jurídica com a qual aqui não se concorda. Inclusive, entendendo a categoria dos deveres fundamentais de maneira semelhante a que se entende neste estudo, Rafael de Asis Roig⁴⁷⁸ escrevera que deveres fundamentais são aqueles (deveres) que se dirigem de forma quase exclusiva aos cidadãos e que afetam as pretensões, interesses ou necessidades das pessoas ou da comunidade, e cujo sentido deve ser compreendido a partir de sua importância para o Estado e da função que exerce nas relações sociais, a qual consiste na promoção da igualdade e na proteção do indivíduo de eventuais desequilíbrios que atentem contra a dignidade da pessoa humana.

⁴⁷⁵ NABAIS, 2007.

⁴⁷⁶ Ibid.

⁴⁷⁷ COMPARATO, 1997.

⁴⁷⁸ ROIG, 1991, p. 397-398.

É fácil perceber, então, que são os deveres proprietários, ou, ao menos, a maioria deles, por tudo o que fora até aqui afirmado, verdadeiros deveres fundamentais. É neste sentido, inclusive, o entendimento de Rafael de Asis Roig⁴⁷⁹, o qual atribui aos deveres proprietários o caráter fundamental, argumentando que o exercício e o desfrute da propriedade pelos seus titulares é limitado pelos valores econômico-sociais dos bens objeto do domínio, o que determina que se imponham aos proprietários certos deveres que derivam do caráter social e democrático do Estado, sobretudo quando se está diante da titularidade de bens de produção, os quais são objeto de maiores demandas de caráter coletivo.

Anote-se que fora acima dito que, ao menos, a maioria dos deveres proprietários podem e devem ser reputados deveres fundamentais, pois, alguns daqueles, por não visar primariamente investir os indivíduos em posições subjetivas, determinando ou tornando determinável os seus comportamentos nas relações intersubjetivas, mas estabelecer as condições de validade e de exercício das competências estaduais, não devem ser identificados como deveres fundamentais em sentido próprio e sim com sujeições genéricas ou deveres reflexos dos poderes ou competências constitucionais.⁴⁸⁰ É este o caso, por exemplo, do “dever” que o jurisdicionado tem de suportar e não se opor a desapropriação realizada pelo Estado, desde que respeitados os pressupostos constitucionais e legais.

Não se considera aqui, igualmente, que os deveres proprietários constituem necessariamente o lado passivo de direitos fundamentais de outrem. É esta, antes uma hipótese marginal que terá lugar apenas, quando a lei ordinária criar um dever proprietário que realize um valor objetivo tutelado por um direito fundamental e atribua, simultaneamente, ao beneficiário do interesse protegido mediante a veiculação daquele dever jurídico, a possibilidade de este exigir do proprietário a adoção do comportamento a que este se encontra adstrito.⁴⁸¹

Um posicionamento em sentido diverso confunde os limites internos da situação proprietária com os limites externos que a esta se impõem. Isto, porque os deveres (correlativos) de direitos fundamentais, por corresponderem ao lado passivo desses fundamentais, integram a figura e assumem as modalidades correspondentes aos traços estruturais destes⁴⁸², devendo, portanto, nesta perspectiva, ser, normalmente, identificados

⁴⁷⁹ ROIG, 1991, p. 407.

⁴⁸⁰ NABAIS, 2007, p. 257.

⁴⁸¹ Consoante se verá, no item 4.4.4.

⁴⁸² NABAIS, op. cit.

com os limites externos, os quais derivam da existência de relações intersubjetivas e que consubstanciam limites pontuais à situação proprietária.⁴⁸³

Não bastasse isso, conceber que todos os deveres proprietários, os quais se caracterizam por ser um limite interno à situação proprietária, identificam-se com o lado passivo dos direitos fundamentais implica desprezar a existência de deveres proprietários que, apesar de realizar, em alguma medida, direitos fundamentais das pessoas, por serem deveres fundamentais, são assumidos pela comunidade nacional como valores seus, de sorte que, em primeira linha, é o Estado o titular ativo número um desses deveres⁴⁸⁴, não sendo, pois, atribuído aos indivíduos beneficiários, nessas hipóteses, a possibilidade de exigir o cumprimento desses deveres e, por conseguinte, um direito subjetivo individual⁴⁸⁵.

Corroborando ainda a linha de raciocínio ora defendida a percepção de que os deveres proprietários vinculam-se, em primeira linha, a um interesse social autônomo, tutelado pelo princípio da função social, o qual funciona como critério de seleção e que, somente eventualmente, pode identificar-se com um interesse privado⁴⁸⁶, que seja protegido por qualquer direito fundamental, o que, por certo, denota que aqueles deveres fundamentais não necessariamente correspondem ao lado passivo dos direitos fundamentais das pessoas.

Enquanto limites externos, os deveres correlatos aos direitos fundamentais, concertam com o “princípio” da elasticidade, na medida em que limitam concretamente os poderes proprietários, sendo que a infração daqueles, na esteira da doutrina de Antonio Iannelli⁴⁸⁷, identifica, em regra, um mal uso de poderes abstratamente concedidos aos proprietários e prática de um ato ilícito; enquanto, a seu turno, a infração dos deveres proprietários, que são sempre um limite interno da situação proprietária, determina a prática de um ato de excesso de poder, uma vez que, nesta hipótese, a atividade do proprietário, conquanto não possa ser considerada ilícita, não corresponde ao exercício de um poder que lhe fora conferido.

⁴⁸³ NATOLI, 1955, p. 103-107.

⁴⁸⁴ NABAIS, 2007, p. 298.

⁴⁸⁵ VARELA, 1998, p. 53-54.

⁴⁸⁶ Consoante se viu no item 3.3.

⁴⁸⁷ IANNELLI, 1980, p. 359-367.

4.4.4 Sobre o polo ativo dos deveres proprietários e os interesses contrapostos

Para que se possa entender a contento a figura dos deveres proprietários, importa examinar essa questão tanto do ponto de vista do sujeito passivo (o *dominus*) quanto da perspectiva do sujeito ativo correlato. Neste diapasão, inicialmente, expõe-se aqui a doutrina de Gustavo Tepedino⁴⁸⁸, segundo a qual, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, é adequado conceber que, da perspectiva do sujeito ativo, os deveres proprietários correspondem ao direito subjetivo fundamental de outras pessoas, sendo estes, então, inteiramente capazes de condicionar (internamente) a situação proprietária. É este, inclusive, um entendimento semelhante ao de Fábio Konder Comparato⁴⁸⁹, o qual considera que os deveres proprietários correspondem ao lado passivo dos direitos subjetivos fundamentais.

Conforme já fora dito no item 4.4.3, neste estudo, não se identifica enquanto traço distintivo dos deveres fundamentais o fato de estes corresponderem ao lado passivo dos direitos fundamentais, bem como não se ratifica o entendimento daqueles que consideram que os deveres proprietários correspondem, necessariamente, ao lado passivo dos direitos fundamentais de outrem.

Ficara assentado, neste estudo, que os deveres proprietários intentam realizar, em linha de princípio, um interesse social autônomo tutelado pelo princípio da função social, o qual somente eventualmente poderá identificar-se com a proteção de um interesse fundamental privado; bem como que, ainda quando os deveres fundamentais realizam, em alguma medida, direitos fundamentais de terceiros, aqueles são assumidos pela comunidade nacional como valores seus, de sorte que, em primeira linha, é o Estado o titular ativo número um dos deveres fundamentais, cabendo a este o poder de exigir o cumprimento destes.⁴⁹⁰

Quando não realizam um interesse privado, fundamental ou não, por óbvio, que o polo ativo dos deveres fundamentais não pode ser ocupado pelos particulares, e, por sua vez, quando aqueles são instituídos em benefício de um interesse privado, mas não implicam a concessão aos titulares destes do poder de exigir do proprietário a adoção do comportamento a que está adstrito, também não pode o polo passivo correlato aos deveres

⁴⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____(org.). **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 335-336.

⁴⁸⁹ COMPARATO. 1997.

⁴⁹⁰ Sobre o tema, veja-se o item 4.4.3.

proprietários ser ocupado pelos particulares (titulares dos interesses beneficiários). Em verdade, tendo-se que os deveres proprietários, na sua maioria, correspondem a deveres fundamentais, os quais, por serem assumidos enquanto valores comunitários, têm por titular ativo primevo o Estado⁴⁹¹, importa concluir que é este, igualmente, quem ocupa o polo ativo dos deveres proprietários.

Consentânea com a afirmação ora realizada é a doutrina de Vincenzo Ernesto Cantelmo⁴⁹², a qual versa que não há razão para admitir a existência de uma situação de vantagem decorrente de uma direta aplicação do texto constitucional suscetível de ser judicialmente exigível pelo titular do interesse em benefício do qual fora instituído o dever proprietário, pois as posições correlativas à situação proprietária ganham relevância e existência apenas mediante a sua previsão pelo direito positivo, o que determina que as outras situações não previstas não possuam uma distinta tutela autônoma. Assim, tem-se que não são os particulares, salvo disposição legal em contrário, os ocupantes do polo ativo que correspondem aos deveres proprietários, pois, de outro modo, teriam aqueles a possibilidade de exigir do proprietário o cumprimento daquele dever jurídico.

Em sentido semelhante, Angelo Lener⁴⁹³ afirmara que os interesses conflitantes com a situação proprietária que são merecedores de tutela não correspondem a direitos subjetivos de terceiros ou a figura com estes análoga, mas são, antes, posições antagônicas à (essa sim) reconhecida e existente situação jurídica subjetiva de que o proprietário é titular, as quais corporificam espécie de “contradireitos” que se individualizam quando é necessária a sua tutela concreta; ou seja, apenas quando são lesionados. Daí, tem-se novamente que não são os particulares, titulares dos interesses protegidos por intermédio da veiculação do dever proprietário, os ocupantes do polo ativo que a este corresponde, pois, se o fossem, teriam a possibilidade de exigir do proprietário o cumprimento daquele dever.

Têm esses particulares os seus interesses protegidos, mas não lhes é atribuído sobre esses o direito subjetivo, o qual fora atribuído a pessoa diversa (Estado), ocupante do polo ativo correspondente àquele dever. Assim, percebe-se que aqueles indivíduos não têm os seus interesses protegidos diretamente pela lei, mas, indiretamente, como os interesses em geral; e que aqueles interesses (protegidos) são legítimos, porque a violação destes coincide com a violação de um comando legal.⁴⁹⁴ Se assim o é, admite-se, neste estudo, que a situação

⁴⁹¹ NABAIS, 2007, p. 298.

⁴⁹² CANTELMO, 1984, p. 36.

⁴⁹³ LENER, 1982, 106.

⁴⁹⁴ FONTES, 2002, p. 105

jurídica dos titulares dos interesses protegidos pelos deveres proprietários, quando a estes não é atribuída a possibilidade de exigir o cumprimento dos deveres jurídicos ora referidos, corresponde a um interesse legítimo.

Uma vez violada, por não cumprimento pelos proprietários dos deveres a estes impostos, a situação jurídica dos titulares dos interesses em cujo benefício foram esses deveres instituídos – neste estudo categorizada enquanto interesse legítimo –, surge, consoante explicam Angelo Lener⁴⁹⁵ e Vincenzo Ernesto Cantelmo⁴⁹⁶, o dever de o proprietário reparar a lesão causada, sendo, em verdade, esta tutela, passível de ser reconduzida à seara da responsabilidade civil extracontratual, a única maneira de àqueles beneficiários exigirem do proprietário a prática ou a abstenção de qualquer comportamento.

É esta uma concepção condizente com a doutrina de João de Matos Antunes Varela, o qual já afirmara que “quando a ordem jurídica confere às pessoas em cujo interesse o dever é instituído o poder de disporem dos meios coercitivos que o protegem [...] diz-se que ao dever corresponde um direito subjetivo.”⁴⁹⁷ Ora, por não possuírem os titulares dos interesses em cujo benefício foram instituídos os deveres proprietários, o poder de dispor dos meios coercitivos vinculados enquanto sanção, aqueles não possuem os direitos subjetivos correlatos aos deveres proprietários e, por conseguinte, não podem ocupar os correspondentes polos ativos. Condiz com o ora afirmado a atribuição ao Poder Público da competência da possibilidade de proceder à desapropriação, enquanto sanção, das propriedades que não fazem que o bem objeto do domínio cumpra sua função social.

Cuida-se aqui, em verdade, da utilização da técnica referenciada por António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro⁴⁹⁸, consistente em fazer incidir, numa generalidade de pessoas, normas de comportamento que implicam a cautela de interesses de outrem, os quais são objeto de tutela reflexa, na medida em que aos seus titulares não é atribuída nenhuma permissão ou possibilidade de exigir que os deveres instituídos sejam cumpridos pelos respectivos sujeitos passivos.

Por fim, anote-se, que, conforme explica Vincenzo Ernesto Cantelmo⁴⁹⁹, nada obsta que uma norma conceda ao titular do interesse em cujo benefício fora instituído o dever proprietário a possibilidade de dispor dos meios coercitivos a este referentes, de sorte que,

⁴⁹⁵ LENER, 1982.

⁴⁹⁶ CANTELMO, 1984, p. 36.

⁴⁹⁷ VARELA, 1998, p. 53-54.

⁴⁹⁸ CORDEIRO, 2009, p. 345-347.

⁴⁹⁹ CANTELMO, loc. cit.

nesta hipótese, aqueles possuíram o direito subjetivo correlato aos deveres proprietários e, desta forma, ocupariam o correspondente polo ativo a esses deveres jurídicos.

4.5 A PROPRIEDADE EM DISFUNÇÃO SOCIAL: ENTRE O ABUSO DE DIREITO E O EXCESSO DE PODER

O Código Civil brasileiro de 2002 traz em seu artigo 1.228, parágrafo segundo, figura próxima do abuso de direito (previsto no artigo 187⁵⁰⁰ daquele diploma legal), que intenta disciplinar o modo de o proprietário exercer os seus poderes dominiais e, para tanto, determina que um certo ato ou comportamento do *dominus* que não lhe traga comodidade alguma e, ainda simultaneamente, tenha por intenção prejudicar outrem seja considerado ilícito. De acordo com Marco Aurelio da Silva Viana, esse dispositivo volta-se para o exercício dos poderes proprietários, que se reprime quando configurado o *animus nocendi*, inibindo, desta forma, a prática de atos cujo objetivo é causar mal a outras pessoas. Cuida-se, como bem anota Arruda Alvim⁵⁰¹, de dispositivo a partir do qual se constrói uma norma jurídica que objetiva confinar a conduta do proprietário e demarcar os termos da licitude desta, o que se faz, tal qual o Código Civil italiano em seu artigo 833, com recurso a uma técnica marcada pelo subjetivismo – já que para sua caracterização é preciso que reste configurado o *animus nocendi* do *dominus*.

Não é esta, entretanto, uma opção livre de críticas, consoante dispõe Ugo Natoli⁵⁰², na prática, não é fácil provar em juízo que o proprietário agiu com o ânimo de prejudicar outrem, de sorte que é preciso proceder a uma valoração objetiva da *fattispecie* daquela norma, à luz do princípio da função social da propriedade⁵⁰³, com base nos critérios da solidariedade entre os particulares e da conformidade ao interesse da coletividade, o que implica que a utilização do bem pretendida pelo *dominus* uniformize-se, antes, com os anseios sociais. Assim, propõe aquele autor que a utilidade ou inutilidade dos atos proprietários seja

⁵⁰⁰ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012).

⁵⁰¹ ALVIM, 2009, p. 286.

⁵⁰² NATOLI, 1980, p. 162-165.

⁵⁰³ Representa, inclusive, a norma construída a partir do artigo 1.228, parágrafo segundo, do Código Civil uma concretização do princípio da função social da propriedade (ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: livro introdutório ao Direito das Coisas e ao Direito Civil. Coordenadores: _____; ARRUDA, Teresa; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Rio de Janeiro: Forense, 2009).

avaliada menos com base nas afirmações do proprietário do que a partir de um juízo de proporcionalidade a se realizar entre os resultados práticos obtidos e os danos ou o assédio causado ao outro sujeito.

Sobre o critério a se adotar para avaliar a conduta do proprietário, com maior razão, escreveu Marco Aurelio da Silva Viana⁵⁰⁴ que a eleição do critério subjetivo não obsta que, diante de determinadas situações, aquele possa variar. Quanto a este tema, Ferrante Ferranti⁵⁰⁵ afirmou com acerto que, na prática, é muito difícil qualificar como emulativos os atos do *dominus*, sendo quase impossível demonstrar que estes foram praticados com o *animus nocendi* e que não acarretaram nenhum benefício para quem o praticou.

Cumpre aqui, entretanto, ao invés descer amiúde e explicar todos os caracteres e controvérsias que envolvem o tema do abuso de direito, identificar se assiste razão à Antonio Iannelli⁵⁰⁶, quando este afirma que a teoria do abuso de direito é inconciliável com a teoria da funcionalização da propriedade, de maneira que se deve reputar que a instância social, enquanto critério de valoração dos poderes a serem atribuídos ao proprietário, implica a eliminação da figura do abuso do direito, em matéria de propriedade privada. Para aquele autor, a “funcionalização” da situação proprietária torna inimaginável a possibilidade de um seu não uso correto, haja vista que qualquer comportamento diverso daquele predeterminado pelo princípio da função social da propriedade não constitui um “desvio de poder”, mas antes consubstancia a manifestação de um “não poder”, de um “excesso de poder”.

É nesta perspectiva, outrossim, o entendimento de Léon Duguit, o qual anotara que “*le propriétaire, c’est-à-dire le détenteur d’une richesse a, du fait qu’il détient cette richesse, une fonction sociale à remplir ; tant qu’il remplit cette mission, ses actes de propriétaire sont protégés.*”⁵⁰⁷ Os atos proprietários, então, são protegidos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico enquanto tais, por realizar e na medida em que realizam a função social que o bem objeto do domínio é chamado a cumprir. Assim, os atos do *dominus* que não representam uma realização do princípio da função social não são, propriamente, atos proprietários; isto é, não representam o exercício de um dos poderes inerentes à situação proprietária.

⁵⁰⁴ VIANA, 2007, p. 59.

⁵⁰⁵ FERRANTI, Ferrante. **Il libro della proprietà**: con le disposizioni d’attuazione e transitorie. 2. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1951, p. 123.

⁵⁰⁶ IANNELLI, 1980, p. 296-306.

⁵⁰⁷ “o proprietário, isto é, o detentor da riqueza tem, por possuir esta riqueza, uma função social a cumprir; enquanto cumprir essa missão, os atos proprietários estão protegidos.” (DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942, p. 21, tradução nossa).

Não é demais lembrar que, consoante explica Ugo Natoli⁵⁰⁸, a teoria do abuso do direito pressupõe a adoção de um comportamento que, em tese, corresponde ao exercício de um poder abstratamente concedido ao titular daquele direito, mas que, na prática, diante de uma situação específica, sua realização revela-se juridicamente impossível. É esta uma construção incompatível com a concepção de uma situação proprietária funcionalizada, pois, como ao proprietário só são concedidos os poderes cujo exercício realiza o princípio da função social da propriedade, não é possível conceber que àquele fora concedida, em abstrato, a possibilidade de praticar determinado comportamento que consubstancia o “abuso” do seu direito. Ou, em outras palavras, como bem anota Antonio Iannelli⁵⁰⁹, não se pode cogitar de “abuso” quando o direito já nasce limitado e o titular excede este limite, de sorte que, em virtude do limite interno que decorre do princípio função social da propriedade, pode-se considerar eliminada a figura do abuso de direito em matéria de propriedade privada.

Conforme se vê, a teoria do abuso do direito identifica uma limitação extrínseca e não intrínseca a situação proprietária, de sorte que não parece aqui inadequado o entendimento de José de Oliveira Ascensão⁵¹⁰, segundo o qual cuida aquela teoria de uma derradeira tentativa de conceber a propriedade como em si ilimitada, pois, na esteira da doutrina de Antonio Iannelli⁵¹¹, aquela pressupõe o entendimento do conteúdo da situação proprietária enquanto tendencialmente sem limites, podendo, a princípio, absorver todas as possibilidades de utilização da coisa.

Ademais, importa salientar ainda que, consoante explica Ugo Natoli⁵¹², aqueles comportamentos do *dominus* que não respeitam os limites decorrentes da concretização do princípio da função social da propriedade não podem ser necessariamente considerados ilícitos ou “abusivos”. Isto, entretanto, não obsta que esses atos de excesso de poder, quando lesionem situações jurídicas de que são titulares terceiros, como, por exemplo, os contradireitos referidos por Angelo Lener⁵¹³ – neste trabalho, assumidos enquanto interesses legítimos –, possam transmutar-se em atos ilícitos.

Não se esqueça ainda que, neste estudo, assume-se que a utilidade privada é um limite interno de toda propriedade privada e não só da propriedade do solo, de sorte que, também, por esta razão, a teoria do abuso de direito, nos moldes como recepcionada pelo Código Civil de 2002 em matéria de propriedade, resta prejudicada. Parece, em verdade, que

⁵⁰⁸ NATOLI, 1980, p. 175.

⁵⁰⁹ IANNELLI, 1980, p. 296-297.

⁵¹⁰ ASCENÇÃO, João de Oliveira. **Direitos Reais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 191.

⁵¹¹ IANNELLI, op. cit., p. 300.

⁵¹² NATOLI, 1980, p. 191.

⁵¹³ LENER, 1982, p. 106.

a “utilidade” do quanto disposto no artigo 1.228, parágrafo segundo, reside apenas na vinculação do ato proprietário ali especificado enquanto ato ilícito, o que, por certo, não ocorre, ao menos necessariamente, com aqueles atos do *dominus* que não lhe trazem qualquer utilidade ou que estão em dissonância com o princípio da função social, haja vista que ambos correspondem, em princípio, a (apenas) atos de excesso de poder.

Em princípio, anote-se, os atos de “excesso de poder” praticados pelos proprietários, desde que encerrem uma interação intersubjetiva, correspondem ao exercício de um não-direito, o qual, de acordo com Jean Carbonnier, identifica “[...] *l’absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent.*”⁵¹⁴ Não corresponde, entretanto, essa expressão a total ausência do Direito, mas, antes, a um espaço onde há um grau relativamente baixo de pressão jurídica.⁵¹⁵ Assim, os atos de “excesso de poder”, enquanto exercício de um não-direito, caracterizam-se não por serem estranhos a qualquer regulação jurídica, mas por não poderem ser primariamente reputados como ilícitos nem indicados como correspondentes à utilização de um poder concedido pelo ordenamento jurídico (permitidos), malgrado pudessem (e até devessem) ser objeto de uma regulação específica pelo Direito.

Por fim, frise-se que, inclusive, a doutrina ora referencia concernente aos “não-direitos”, não deixa de guardar relação com aquela já esposada de Artur Kaufmann⁵¹⁶, referente aos “espaços livres de direito”, pois é o grau relativamente baixo de pressão jurídica, identificador do “não-direito”, que, na hipótese, implica que os atos de excesso de poder não possam ser, *a priori*, reputados como vedados ou permitidos.

⁵¹⁴ “a ausência do direito num certo número de relações humanas nas quais aquele teoria vocação teórica para estar presente.” (CARBONNIER, Jean. Droit et – non-droit. In: **Flexible Droit**: pour une sociologique du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 26-27, tradução nossa).

⁵¹⁵ CARBONNIER, Jean. Droit et – non-droit. In: **Flexible Droit**: pour une sociologique du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 7-47.

⁵¹⁶ KAUFMANN, 2004.

5 CONCLUSÕES

Ao longo da exposição realizada, foram enunciadas inúmeras conclusões que, à leitura atenta, não devem ter passado despercebidas, o que determina que a repetição de todas aquelas seja um exercício de inutilidade. Assim sendo, visa-se aqui apenas enunciar as conclusões mais importantes e que são mais próximas do problema central deste estudo, sem pretender repetir todas as outras outrora realizadas, algumas das quais, inclusive, consubstanciam-se em premissas das conclusões que se seguem:

1. A propriedade é um conceito jurídico-positivo, o que determina que aquela apenas possa ser adequadamente compreendida quando estudada à vista de determinado ordenamento jurídico e, conseqüentemente, diante de uma específica experiência jurídica. Isto, entretanto, não obsta que o estudioso socorra-se da doutrina estrangeira para compreendê-la.
2. A propriedade privada é uma instituição jurídica, cujo conteúdo integra, precisamente, uma situação jurídica subjetiva à apropriação e ao aproveitamento privado dos bens. Essa instituição tem sua unidade conceitual preservada, pois as normas jurídicas que a compõem, apesar de relevantes para diversas parcelas da ordem constitucional, notadamente, a subconstituição do indivíduo, que define o estatuto ativo e passivo do cidadão, e a subconstituição econômica ou da sociedade, que é aquela concernente à conservação ou instauração de determinada ordem econômica, referem-se sempre a uma única e mesma realidade.
3. Possui a propriedade privada uma dimensão objetivo-institucional, a qual é composta por três outras dimensões, prestacional, democrático funcional e processual; e uma outra dimensão subjetivo-individual, a qual é estruturada a partir da situação jurídica subjetiva de que é titular o proprietário e que impõe que aquela instituição jurídica seja concebida prioritariamente (mas não exclusivamente) como instrumento a favor da liberdade dos indivíduos.

4. A dimensão democrático-funcional coaduna-se ao reconhecimento de que a propriedade privada protege os indivíduos contra a coação, tornando-os menos vulneráveis a ingerência de terceiros, seja por possibilitar as pessoas possuírem aquilo de que necessitam ou por impedir que pessoas determinadas sejam as únicas capazes de proporcionar a satisfação das necessidades de outras.
5. A dimensão prestacional da propriedade privada implica o dever de o Estado implantar um conjunto de ações que visem assegurar a todos possuir aquilo que, em determinado tempo e lugar, apresente-se intersubjetivamente como essencial ao desenvolvimento da personalidade e dignidade humanas.
6. A dimensão processual da propriedade privada exige que o Poder Judiciário e a Administração Pública em geral realizem uma interpretação e aplicação das normas integrantes da instituição da propriedade privada que tenha em consideração o princípio da interpretação e processo favoráveis àquela instituição fundamental, seja no âmbito do processo judicial ou na seara do processo administrativo.
7. Considera-se inadequada a afirmação de que a propriedade privada representa uma garantia institucional, pois essa assertiva não pode coexistir com uma concepção unitária daquela instituição jurídica.
8. Em sua dimensão subjetivo-individual, a propriedade privada é compreendida enquanto um instrumento que visa prioritariamente proceder à satisfação das necessidades fundamentais da pessoa.
9. Apesar de toda situação proprietária visar, ainda que de maneira indireta, permitir à satisfação de interesses e necessidades humanas fundamentais, aquela será sempre uma situação jurídica subjetiva de conteúdo econômico e, enquanto tal, ainda quando destinada à satisfação prioritária de interesses existenciais, nunca será um poder incondicionado, seja em razão dos limites intersubjetivos incidentes sobre a sua extensão, seja em virtude de problemas de política do Direito ou de distribuição de bens.

10. Não existe, no direito brasileiro, situação proprietária que, em virtude do princípio da função social da propriedade, não esteja compelida a ser estruturada de forma a permitir que o bem objeto do domínio possa cumprir e a respeitar a sua função social.
11. A propriedade pessoal realiza, imediatamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite ao indivíduo possuir aquilo que precisa para poder proceder ao desenvolvimento da sua personalidade, sendo que a função (fim) social do bem objeto do domínio consiste em permitir a satisfação dos interesses existenciais do proprietário.
12. Na propriedade não pessoal, por não se reconhecer na relação existente entre o bem objeto do domínio e o proprietário uma relação de essencialidade, é atribuído um regime jurídico, no qual o interesse social é privilegiado, sendo a situação proprietária estruturada tendo em vista à satisfação de terceiros, não-proprietários.
13. As cláusulas gerais são, portanto, espécie de técnica legislativa, a qual se caracteriza pelo emprego de expressões ou termos vagos, os quais permitem àquele que incumbe concretizá-las recorrer a elementos que, *prima facie*, seriam extrajurídicos para proceder à realização do seu mister; e que, a partir das suas sucessivas concretizações, ganham densidade e permitem a ressystematização dos elementos utilizados no decorrer do processo de densificação.
14. O sintagma função social ora pode designar uma cláusula geral, um princípio, uma característica da propriedade privada ou, até mesmo, um fim social (sentido sociológico).
15. Enquanto cláusula geral, a função social da propriedade, com relação à dimensão objetivo-institucional da propriedade privada, opera como uma cláusula geral do tipo extensivo, na medida em que remete a conjuntos normativos que identificam e conferem densidade normativa à dimensão ora em comento. À vista da dimensão subjetiva-individual da propriedade privada, aquela opera, ao remeter a normas outras que especificam em concreto o conceito de função social, enquanto uma cláusula geral extensiva e, ao servir de fundamento para a restrição dos poderes tradicionalmente inerentes ao domínio, revela-se uma cláusula geral restritiva. Em relação a ambas as

dimensões, entretanto, é a função social uma cláusula geral regulativa, na medida em que projeta para o legislador o dever de dar efetividade ao comando constitucional, conformando a instituição da propriedade privada à luz da sua função social.

16. A propriedade privada não mais representa, sequer ao nível do direito positivo, uma expressão do individualismo possessivo, sendo que, em verdade, a proteção da situação proprietária não se justifica apenas a partir do interesse em “ter” do seu titular, mas, antes, a partir da sua concepção enquanto meio de comunicação econômica, na qual se contempla e tem-se em consideração, além dos interesses proprietários, a situação de “não ter” imposta aos demais atores sociais.
17. O interesse “social” tutelado pelo princípio da função social da propriedade não determina necessariamente que os interesses não-proprietários prevaleçam diante dos proprietários, pois não se identifica o interesse protegido por intermédio da função social com os interesses individuais, os coletivos ou, até mesmo, os interesses do Estado, mas sim aquele interesse representa, antes, um valor autônomo que determina qual interesse – individual, estadual ou coletivo – deve prevalecer concretamente.
18. A consagração do princípio da função social da propriedade, ao subordinar a categoria do “ter” a do “ser” e reedificar a função promocional da situação proprietária, implica que os princípios básicos do Estado liberal sejam entendidos de forma a proporcionar maior equilíbrio nas relações sociais.
19. A determinação do conteúdo normativo do princípio da função social da propriedade depende de pontos de vistas formais e materiais, dentre estes se destaca a exigência de consideração das circunstâncias concretas, do quadro global da política econômica social perseguida em dado momento pelos poderes públicos, e de um eventual consenso social existente acerca da função econômico-social destinada à categoria do bem objeto do domínio.
20. O princípio da função social da propriedade cria o dever de o legislador infraconstitucional proceder à conformação da instituição da propriedade privada em atenção à função social que cada bem objeto do domínio está chamado a cumprir.

21. Funciona o princípio da função social da propriedade como critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os poderes jurídicos, de sorte que estes e o intérprete devem, com base naquele princípio, não somente suscitar formalmente as questões de duvidosa legitimidade das normas, mas também propor uma interpretação conforme os princípios constitucionais.
22. Da palavra “social” que integra a expressão função social depreende-se que, ao proceder à conformação da instituição jurídica da propriedade privada, o legislador deve fazê-lo de maneira a propiciar o estabelecimento de relações sociais mais equitativas. Por sua vez, não se limita o princípio da função social da propriedade à proteção de interesses econômicos, pois, diversamente, pode também determinar a proteção de interesses ambientais, culturais e sociais.
23. A função social da posse é um subproduto de uma das facetas da função social da propriedade que dentro desta se abriga e esvai-se, gravitando em torno da situação proprietária, de sorte que se circunscreve aos textos de direito ordinário, não podendo ser, de regra, diretamente deduzida do texto constitucional.
24. É utilizada a expressão “função social” numa acepção sociológica, quando aquela quer significar os fins sociais que possuem todos os direitos subjetivos. O fim, tarefa ou função social em sentido sociológico da situação proprietária – e da propriedade enquanto instituição jurídica – consiste em permitir que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social seja esta qual for.
25. O princípio da função social da propriedade influencia tanto a vertente objetivo-institucional quanto a dimensão subjetivo-individual daquela instituição, devendo as normas jurídicas que a compõem representar a sóbria consideração pelo legislador dos interesses proprietários e não-proprietários.
26. A operacionalização do princípio da função social da propriedade implica que a situação proprietária seja estruturada tendo em vista à satisfação daqueles interesses que o interesse social, referido por aquele princípio e que funciona como critério de seleção, considere merecedores de tutela.

27. Justifica-se cogitar de uma função social do bem apenas em sentido sociológico; isto é, significando os interesses sociais incidentes sobre a utilização do bem. Há, inclusive, uma relação de implicação entre o princípio da função social da propriedade e a função social do bem, pois, para que o conteúdo normativo daquele seja corretamente compreendido e identificado, deve o intérprete ter em consideração os interesses sociais existentes sobre o bem objeto do domínio.
28. São três as formas através das quais o princípio da função social relaciona-se com a dimensão subjetivo-individual da propriedade privada para restringi-la: mediante a não atribuição de determinados poderes ao proprietário; o condicionamento do exercício de certos poderes; ou, ainda, a obrigatoriedade do exercício de determinados poderes inerentes ao domínio.
29. O princípio da função social da propriedade não determina o não exercício de um poder que fora concedido ao proprietário, pois, o ordenamento jurídico, ao invés de conceder um poder e, ato contínuo, impor o seu não exercício, simplesmente não o concede (ou não permite a sua concessão) ao proprietário.
30. A não atribuição de poderes ao proprietário não é uma evidência suscetível de ser “corrigida” pela elasticidade da situação proprietária, pois, por inexistir um poder abstratamente concedido ao proprietário cujo exercício reste a este impossibilitado, não possui o proprietário, com relação aos poderes faltantes, a possibilidade de (re)expansão do domínio.
31. A não atribuição de poderes tradicionalmente inerentes ao domínio ao proprietário também não pode ser identificada com a atribuição de uma sanção a um comportamento eivado de um defeito de legitimação, pois esta categoria é muito rica de implicações e de caracteres gerais, o que implica que o recurso àquela importe uma inconsequente ampliação do seu âmbito de aplicação.
32. O princípio da função social da propriedade opera, precisamente com relação ao núcleo da dimensão subjetivo-individual da propriedade privada, a situação proprietária, como um mandato de ponderação objetiva dirigido ao legislador que

determina que este tenha em consideração interesses proprietários e não-proprietários ao proceder à conformação da situação proprietária.

33. Existe, com relação à concretização do princípio da função social da propriedade, uma reserva legal proporcional, que se identifica com a exigência de que determinada matéria seja regulada por intermédio de lei ordinária, a qual, entretanto, poderá ceder diante de outro valor constitucional que sobrepuje aquele objeto da disciplina desta.
34. A reserva de lei a que se submete a concretização do princípio da função social da propriedade e, por conseguinte, a configuração da situação proprietária não converte esta num “direito” de configuração legislativa, pois essa situação jurídica pode ser, numa perspectiva de defesa, diretamente deduzida do 5º, inciso XXII, da Constituição Federal; bem como se pode derivar deste dispositivo a garantia contra desapropriação e o conteúdo mínimo da situação proprietária.
35. Ao concretizar o princípio da função social e estruturar a situação proprietária com base naquela, o legislador conforma essa situação jurídica, pois as normas construídas a partir das leis editadas destinam-se a completar, precisar, concretizar ou definir o conteúdo da situação proprietária.
36. A partir de uma perspectiva histórica, as normas que concretizam o princípio da função social da propriedade e estruturam a situação proprietária são normas limitadoras, porque afetam os tradicionais poderes do domínio.
37. Por implicar a realização de considerações de ordem política, econômica e social e por submeter-se a reserva de lei, bem como em virtude da necessária vinculação do Poder Judiciário à opção valorativa do legislador infraconstitucional; somente em casos excepcionais, pode o magistrado proceder à direta concretização do princípio da função social da propriedade.
38. Ao determinar o conteúdo da situação proprietária, concretizando o princípio da função social da propriedade, não pode o legislador deixar de fixar os elementos essenciais dessa situação jurídica, o que implica uma afronta à reserva de lei a que se

submete aquele princípio, e, por outro lado, não pode deixar de respeitar o conteúdo mínimo da propriedade privada, que deriva da própria garantia constitucional desta.

39. A situação proprietária não pode estar estruturada de forma a atender unicamente os interesses não proprietários, pois, de outro modo, cai-se numa *contradictio in adjectio*, na medida em que se abandona uma perspectiva que se refere a uma posição fundamental ativa e passiva do indivíduo para adentrar uma perspectiva que tem por objeto o poder ou os poderes públicos, os quais ascendem ao primeiro plano como bens ou valores primários ou supremos de que os poderes proprietários são meros reflexos.
40. O legislador deve elaborar estatutos proprietários distintos, os quais, promovendo o interesse individual imanente a toda situação proprietária, permitam a satisfação simultânea do interesse coletivo envolto na fruição privada do bem e do interesse do seu titular, devendo, inclusive, essa coincidência ser legislativamente buscada e não meramente ocasional. Isto, entretanto, não determina que o interesse coletivo, cuja proteção impõe o princípio da função social da propriedade, seja idêntico ao interesse proprietário, mas sim que aquele deve ser protegido de forma que, ao mesmo tempo, reste igualmente preservado o interesse privado (proprietário).
41. Das três máximas parciais que compõem a máxima da proporcionalidade, efetivamente, interessa apenas ter em consideração, ao proceder-se ao balanceamento dos interesses proprietários e não-proprietários que necessariamente pressupõe a elaboração dos estatutos proprietários, o da proporcionalidade em sentido estrito.
42. Quanto mais preterido for o interesse individual, mais relevantes deverão ser os interesses da comunidade que diante daqueles prevalecem; ou, reversamente, quando mais proeminente for o interesse coletivo, maior sacrifício deverá ser imposto aos interesses proprietários. Por outro lado, quanto mais o bem objeto da propriedade revelar-se expressão do desenvolvimento individual do seu titular e quanto mais seja aquele utilizado para a satisfação dos interesses mais básicos do homem, menor deverá ser a proteção conferida aos interesses coletivos no seio da situação proprietária.

43. A expressão que melhor transmite, à vista da atual dogmática jurídica, a imagem teórica da situação proprietária é a que a identifica como sendo uma “complexa situação jurídica subjetiva”, a qual poderá ser (e normalmente o será), a depender da configuração estabelecida pelo estatuto proprietário, “ativa” e “passiva”.
44. A situação proprietária é espécie de situação jurídica compreensiva, sendo estas aquelas que traduzem o lastro histórico-cultural próprio de toda conjuntura jurídica, sendo, inclusive, necessário que sejam situadas histórico e socialmente para possam ser adequadamente definidas e entendidas.
45. Toda situação proprietária materializa-se na proteção de um interesse privado, cuja proteção é de público interesse. É este, inclusive, a razão do reconhecimento e da proteção conferida ao interesse privado e quem identifica os limites, os termos, a extensão e modo do reconhecimento e da proteção àquele conferida.
46. A garantia de que o interesse privado tutelado pelo ordenamento jurídico deve implicar a satisfação de determinadas necessidades do organismo social decorre do princípio da função social da propriedade.
47. É em virtude da necessidade de a propriedade privada cumprir sua função social e com intuito de possibilitar que os objetos do domínio cumpram suas finalidades socioeconômicas, que as situações proprietárias modificam-se e, concretamente, diferenciam-se uma das outras.
48. É a variação dos valores que podem corresponder aos interesses público e privado, operada por força do princípio da função social da propriedade, que determina a alteração da fisionomia da situação proprietária e justifica a existência de uma multiplicidade de estatutos e configurações dessa situação jurídica.
49. Existe uma estrutura proprietária básica que é constitucionalmente garantida, correspondente ao seu conteúdo mínimo, e que, concretamente se adapta para garantir que o bem objeto do domínio cumpra a sua função social. Esse conceito (ou estrutura) “básico” ou “geral” de situação proprietária é de grande valia para a dogmática jurídica, pois funciona enquanto elemento sistematização da investigação científica.

50. A noção de conteúdo mínimo possui dois aspectos: o primeiro é negativo e consubstancia-se numa proibição ou limitação imposta ao legislador ordinário ao tempo em que este proceda à conformação das situações jurídicas subjetivas fundamentais; e o segundo, positivo, é reflexo do primeiro, e deriva da percepção de que o reconhecimento de um conteúdo mínimo implica a afirmação de uma substância da situação jurídica subjetiva fundamental imanente ao sistema constitucional.
51. As situações proprietárias possuem um conteúdo mínimo ou essencial comum, que as caracteriza elementarmente e que deve ser entendido como diretamente dedutível e garantido pela Constituição Federal. Esse conteúdo essencial é irreduzível por lei infraconstitucional, salvo importando em desapropriação, e pode ser decomposto em dois elementos constitutivos essenciais: a utilidade privada e o poder disposição.
52. A zona central da estrutura básica da situação proprietária é composta basicamente pela necessidade de a propriedade possuir alguma utilidade privada e conceder ao proprietário, em alguma extensão, o poder de disposição; isto é, pelo seu conteúdo mínimo.
53. Na zona periférica da estrutura básica da situação proprietária, por sua vez, tem lugar os demais (e eventuais) elementos integrantes da situação proprietária, notadamente aqueles decorrentes da concretização do princípio da função social da propriedade tanto na sua manifestação negativa, enquanto elemento justificante da ablação e condicionamento do exercício das faculdades tradicionalmente inerentes ao domínio, quanto na sua manifestação impulsiva, como elemento capaz de justificar a imposição de adoção de certos comportamentos pelo proprietário.
54. A definição da extensão e conteúdo dos deveres proprietários, quando não suficientemente determinados no texto constitucional, caberá ao legislador infraconstitucional e, excepcionalmente, ao juiz. Igual raciocínio pode ser aplicado quanto à identificação do conteúdo e da extensão dos poderes inerentes ao domínio.
55. Decompondo-se a situação jurídica subjetiva complexa que é a situação proprietária, o que pode ser diretamente derivado do texto constitucional é uma parte de sua vertente “ativa”, ao passo que a vertente “passiva” somente poderá sê-lo quando, no texto

constitucional, encontrar-se suficientemente determinado o dever que possui o proprietário.

56. A plenitude da situação proprietária identifica-se com a possibilidade de o proprietário utilizar os poderes que lhe são concedidos de todas as formas que lhe sejam permitidas, desde que respeitadas as vinculações impostas pelas relações de ordem pessoal que constituem o limite interno da situação proprietária, a necessidade de o ato encerrar uma utilidade privada, e os limites intersubjetivos consubstanciados nos direitos de terceiros.
57. A elasticidade determina que, apesar de as possibilidades de utilização dos poderes (ou até os próprios poderes) inerentes ao domínio, em virtude de limitações intersubjetivas, poderem ser concretamente suprimidas, tão logo cesse o motivo da supressão, aquelas retornem a seu estado anterior, recuperando, assim, a situação proprietária a sua amplitude perdida.
58. Os limites externos ou sociais são aqueles que pressupõem que a situação jurídica seja vista nos seus reflexos exteriores ou com referência às relações intersubjetivas que a essa se reportem.
59. Alguns atos que compõem o poder de disposição material do proprietário devem ser reputados como irrelevantes juridicamente, pois não encerram na sua realização nenhuma intersubjetividade.
60. Por outro lado, quanto aos demais atos do *dominus* que, apesar de encerrar uma interação intersubjetiva e de respeitar tanto “limites” decorrentes do princípio da função social da propriedade quanto os limites externos da situação proprietária, não encerram utilidade alguma privada, devem estes ser reputados como não correspondentes ao exercício dos poderes proprietários. O mesmo deve ocorrer com aqueles atos que, apesar de respeitar os limites intersubjetivos e encerrar uma utilidade privada e uma interação intersubjetiva, não realizam o princípio da função social.
61. A exclusividade consiste na impossibilidade de existir mais de uma situação proprietária que possua como objeto do domínio um mesmo bem, o que, por certo, não

impede que figurem, simultaneamente, mais de um sujeito como titular da situação proprietária.

62. Dentre as situações passivas analíticas que podem integrar a situação jurídica subjetiva complexa ativa e passiva que correspondente à propriedade privada estão os deveres em sentido estrito, as obrigações, os ônus ou as sujeições.
63. O legislador constituinte originário não deixou de ter em referência o comportamento do proprietário, ao regular a questão atinente à necessidade de os bens objeto do domínio cumprirem a sua função social.
64. Os deveres fundamentais especificam-se por constituir uma categoria constitucional própria, expressão imediata ou direta de valores e interesses comunitários diferentes e contrapostos aos valores e interesses individuais consubstanciados na figura dos direitos fundamentais, cuja fundamentação baseia-se numa concepção de Estado, que o concebe como uma organização e um valor em função da pessoa; não sendo, portanto, relevante para a sua caracterização, a sua eventual correspondência ao lado passivo dos direitos fundamentais de outrem.
65. Nem todos os deveres proprietários são deveres fundamentais, pois alguns destes, por não visar primariamente investir os indivíduos em posições subjetivas, determinando ou tornando determinável os seus comportamentos nas relações intersubjetivas, mas sim estabelecer as condições de validade e de exercício das competências estaduais, não devem ser identificados com deveres fundamentais em sentido próprio, mas antes sujeições genéricas ou deveres reflexos dos poderes ou competências constitucionais.
66. Em regra, incumbe ao Estado o dever de exigir o cumprimento dos deveres proprietários, pois aquele é quem usualmente ocupa o polo ativo a que correspondem os referidos deveres.
67. Salvo a existência de lei em sentido contrário, a situação jurídica daqueles em cujo interesse o dever fora instituído corresponde apenas a um interesse legítimo, já que estes não dispõem dos meios coercitivos para exigir o cumprimento do dever.

68. Os atos proprietários são protegidos e reconhecidos pelo ordenamento jurídico enquanto tais, por realizar e na medida em que realizam a função social que bem objeto do domínio é chamado a cumprir.
69. A teoria do abuso de direito é incompatível com a concepção de uma situação proprietária funcionalizada, pois, como ao proprietário só são concedidos os poderes cujo exercício realizam o princípio da função social da propriedade, não é possível conceber que àquele fora concedida, em abstrato, a possibilidade de praticar determinado comportamento que consubstancia o “abuso” do seu direito. O reconhecimento de que a utilidade privada consubstancia um limite interno da situação proprietária também prejudica aquela teoria.
70. Aqueles comportamentos do *dominus* que, apesar de respeitar os “limites” decorrentes do princípio da função social da propriedade e externos da situação proprietária, não encerram utilidade alguma privada, ou que, a despeito de respeitar os limites intersubjetivos e encerrar uma utilidade privada, não realizam o princípio da função social, não podem ser necessariamente considerados ilícitos ou abusivos, o que, entretanto, não obsta que esses atos, quando lesionem situações jurídicas de que são titulares terceiros, possam transmutar-se em atos ilícitos.
71. Os atos de excesso de poder não correspondem ao exercício de poderes inerentes ao domínio, mas antes, desde que encerrem uma interação intersubjetiva, são um exercício de um não-direito e, conquanto não sejam estranhos a qualquer regulação jurídica, não podem ser primariamente reputados como ilícitos nem indicados como correspondentes à utilização de um poder concedido pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. In: PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Napoli : Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 3-34.

ALVIM, Arruda. **Comentários ao Código Civil brasileiro**: livro introdutório ao Direito das Coisas e ao Direito Civil. Coordenadores: _____; ARRUDA, Teresa; CLÁPIS, Alexandre Laizo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ANDRADE, José Carlos de Vieira. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

ASCENÇÃO, João de Oliveira. **Direitos Reais**. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: (org.) SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos vs interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 171- 215.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACON, Francis. **Novum Organum**. 2. ed. Tradução de José Aloísio Reis de Andrade. São Paulo: Abril cultural, 1979.

BARASSI, Lodovico. **Proprietà e comproprietà**. Milano: Giuffrè, 1951.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovene, 1996.

BERGEL, Jean Louis. **Teoria Geral do Direito**. Tradução de Maria Ermanita Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BORGES, Roxana. **Direitos da Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Função ambiental da propriedade. **Revista de direito ambiental**. São Paulo, Ano 3, nº 9, p. 67-85, janeiro-março, 1998.

BRASIELLO, Ugo. **La proprietà nella sua estensione**. Milano: Giuffrè, 1954.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.009/90, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 29 mar. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 25 fev. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2213 MC**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23-04-2004 PP-00007, Ement. VOL-02148-02, PP-0029. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013767&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 134297**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/06/1995, DJ 22-09-1995 PP-30597, Ement. VOL-01801-04 PP-00670. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143966&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 15 fev. 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CARBONNIER, Jean. Droit et – non-droit. In: **Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. 10. ed. Paris: L.G.D.J, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANARIS, Claus-Whilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

CANTELMO, Vincenzo Ernesto. **Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

CASTRO Y BRAVO, Frederico de. **El negocio jurídico**. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade privada. **Revista CEJ**, Brasília, v. 1, n° 3, p. 92-99, set/dez, 1997.

COMPORTI, Marco. In: PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 35-40.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Tratado de Direito Civil Português**: Parte Geral, introdução, doutrina geral, negócio jurídico. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COSTANTINO, Michele. **Contributo alla teoria della proprietà**. Napoli: Jovene, 1967.

_____. In: PERLINGIERI, Pietro (org). **Crisi dello stato sociale e contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 177-182.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas**: uma análise do ensino do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 212-215.

COSSIO, Carlos. **La teoría egológica do Direito y el concepto jurídico de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**. Tradução de Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Perspectiva, 1974.

DIDIER JUNIOR, Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**: homenagem ao Prof. Nelson Sampaio, Salvador, n° 15, segundo semestre, p. 17-28, 2007.

_____. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n° 187, p. 69-83, set. 2010.

DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. Tradução de Eduardo Salgueiro. Lisboa: Editorial "Inquérito", 1939.

_____. **Les transformations générales du droit privé depuis le code napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1942.

FERRANTI, Ferrante. **Il libro della proprietà**: con le disposizioni d'attuazione e transitorie. 2. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1951.

FERRARA, Luigi Cariota. **Il negozio Giuridico nel diritto privato italiano**. Napoli: A. Morano, 1956.

FONTES, André. **A pretensão como uma situação jurídica subjetiva**. Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

FRANÇA. Code Civil des Français, Livre II, Des biens, et de différentes modifications de la propriété, décret 4 Pluviôse, an XII (1804). **L'imprimerie de la République**, 14 Pluviôse, an XII (1804). Disponível em <<http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l2t01.pdf>>. Acesso em:10 fev. 2012.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Orlando. A Função Social da Propriedade. Separata de: **Boletim da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra**: estudos em homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer Correira. Vol. 2, n° esp., p. 423-437, 1986.

_____. **Obrigações**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: Sarlet, Ingo (org.). **Constituição, Direitos fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-63.

FRIEDMAN, Milton. Capitalism and Freedom. In: ELLICKSON, Robert C.; ROSE, Carol M.; ACKERMAN, Bruce A. (org.) **Perspectives on Property Law**. Nova Iorque: Aspen, 2002, p. 75-90.

GADAMER, Hans. **Verdade e Método**. 3. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre o humanismo**. Tradução de Carlos Eduardo Frias. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company; Londres, [2000].

IANNELLI, Antonio. In: PERLINGIERI, Pietro (org.). **Crisi dello stato sociale e il contenuto mínimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 1982, p. 198-199.

_____. **La proprietà costituzionale**. Napoli: Editore Scientifiche Italiane, 1980.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado, 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- LENER, Angelo. In: PERLINGIERI, Pietro. **Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 101-113.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MAZZEI, Rodrigo. Apresentação: Notas iniciais à leitura do novo Código Civil. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (org.). **Comentários ao Código Civil brasileiro: parte geral** (Arts. 1º a 103). Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. IX - CXLVI.
- MEGLIONE, Maria Teresa. In: PERLINGIERI, Pietro (org.). **Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991, v. 3.
- MELO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____(org.). **Temas de direito processual: segunda série**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- MORIN, Gaston. **La révolte du droit contre le code: la révision nécessaire des concepts juridiques** (contrat, responsabilité, propriété). Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1944.
- MOTA, Mauricio; TORRES, Marcos Alcino. A função social da posse no Código Civil. In: _____; _____(org.). **Transformações do direito de propriedade privada**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 3-79.
- NABAIS, José Casalta. Dos deveres fundamentais. In: _____(org.). **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 197-386.
- NATOLI, Ugo. **Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1955.
- _____. **La proprietà**. Giuffrè: Milano, 1980.
- PEJOVICH, Svetozar. Introduction to chapters 2, 3, 4 and 5. In: Pejovich, Svetozar (org.) **The Economic Foundations of Property Rights**. Lyme, U.S: Edward Elgar, 1997, p. 3-6.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. **Introduzione alla problematica della proprietà**. Camerino: Napoli, 1970.
- PUGLIATTI, Salvatore. Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1-52.

_____. La definizione della proprietà nel nuovo codice civile. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 123-144.

_____. La proprietà e le proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 145-309.

_____. Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà. In: _____(org.). **La proprietà nel nuovo diritto**. Milano: Giuffrè, 1964, p. 107-122.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução do Prof. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado-editor, 1979.

RADIN, Margaret Jane. Property and personhood. In: ELLICKSON, Robert C.; ROSE, Carol M.; ACKERMAN, Bruce A. (org.) **Perspectives on Property Law**. Nova Iorque: Aspen, 2002, p. 8-18.

REICH, Charles. The New Property. **The Yale Law Journal**. Yale: The Yale Law Journal Company. Inc., volume 73, n° 5, p. 732-787, abril, 1964.

REY MARTÍNEZ, Fernando. **La propiedad privada en la Constitución española**. Madrid: Boletín oficial del estado centro de estudios constitucionales, 1994.

RODOTÀ, Stefano. **Il controllo sociale delle attività private**. Bologna: il Mulino, 1977.

_____. Il diritto di proprietà tra dommatica e storia. In: _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 175-271.

_____. Il sistema costituzionale della proprietà. In _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 273-421.

_____. La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali. In: _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 47-72.

_____. La rinascita della questione proprietaria. In: _____(org.). **Il terribile diritto: studi sulla proprietà privata**. Bologna: il Mulino, 1990, p. 31-46.

ROIG, Rafael de Asis. **Deberes y obligaciones en la constitucion**. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid, 1991.

ROMANO, Santi. **Princípio de direito constitucional geral**. Tradução de Maria Helena Diniz, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROSS. Alf. **Direito e Justiça**. Bauru: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, v.3, n.12, p.86-120, dez. 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____(org.). **Interesses públicos vs interesses privados**: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 23-119 .

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: _____(org.) **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-23.

_____. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: _____(org.). **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 321-349.

TERÁN, Juan Manuel. **Filosofia del Derecho**. 5. ed. D. F., México: PORRUA, 1971.

TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di Diritto Civile**. 44. ed. Padova: Cedam, 2009.

VARELA, Antunes. **Das obrigações em geral**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 1998, v.1.

VIANA, Marco Aurelio da Silva. **Comentários ao novo Código Civil**: dos direitos reais. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: OAB, 1985.

WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Tradução de José Luis Carro, Madrid: Civitas, 1977.