

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ASPECTOS DESTACADOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: DISCUSSÃO ACERCA DO
SEU ALCANCE, EFETIVIDADE E SUA INSERÇÃO NA
PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA**

FELIPE STUART GOBBO

Itajaí, setembro de 2008.

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA.
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**ASPECTOS DESTACADOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: DISCUSSÃO ACERCA DO
SEU ALCANCE, EFETIVIDADE E SUA INSERÇÃO NA
PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA**

FELIPE STUART GOBBO

Dissertação submetida à Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI, para obtenção
do grau de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia

Itajaí, setembro de 2008.

AGRADECIMENTO

Gostaria de agradecer primeiramente minha família, pelo carinho e apoio incondicional em todos os momentos, em especial nos dois últimos anos. Gostaria de agradecer meu orientador Professor Doutor Marcos Leite Garcia, pela dedicação e presteza oferecidos, quando solicitado nos momentos de dúvidas e incertezas em relação a abordagem do conteúdo desta dissertação. Aos funcionários do CPCJ, pela atenção dispensada. E ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI pela amizade, e generosidade durante o convívio nestes últimos anos.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de Direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí, 18 de setembro de 2008.

Felipe Stuart Gobbo

Mestrando

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Arts. – Artigos.

CRFB/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002.

Incs. – Incisos.

Séc. – Século.

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

CONSTITUIÇÃO

Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, Direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas¹.

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

É uma restrição constitucional da Propriedade, esta entendida em sentido amplo, abrangendo, a Princípio, qualquer regime jurídico regulador de qualquer modalidade de objeto apropriável economicamente, que tem por finalidade atender o interesse social, consubstanciado no bem-estar comum, traduzindo em normas positivadas específicas, de acordo com a natureza e peculiaridades do bem, através de deveres positivos voltados ao atendimento de metas segundo critérios e índices previstos na lei impostos ao *proprietário*, este também em sentido amplo, cujo descumprimento enseja-lhe sanções².

PRINCÍPIO

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam certas proposições que, apesar de

¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 34.

² MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição Federal e legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 860, p. 122, jun. 2007.

não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas com fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários³.

PROPRIEDADE

A Propriedade é um Direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto (art. 1.228 do CC/2002)⁴.

³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 60.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 178.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| SUMÁRIO..... | 3 |
| RESUMO..... | 5 |
| ABSTRACT..... | 6 |
| INTRODUÇÃO..... | 7 |
| CAPÍTULO 1..... | 11 |
| EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE E O SEU RECONHECIMENTO COMO DIREITO FUNDAMENTAL..... | 11 |
| 1.1 HISTÓRICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE ATÉ O RECONHECIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL..... | 11 |
| 1.2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS..... | 22 |
| 1.3 NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 28 |
| 1.4 DISCUSSÃO ACERCA DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM E SUA DISPOSIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988..... | 32 |
| CAPÍTULO 2..... | 43 |
| O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988..... | 43 |
| 2.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS..... | 43 |
| 2.2 DA DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS..... | 52 |
| 2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: NATUREZA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS..... | 59 |
| 2.4 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... | 67 |
| CAPÍTULO 3..... | 74 |
| ASPECTOS DESTACADOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: DISCUSSÃO ACERCA DO SEU ALCANCE, EFETIVIDADE E SUA INSERÇÃO NA PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA..... | 74 |

| | |
|---|------------|
| 3.1 A INFLUÊNCIA DOS NOVOS DIREITOS NO DIREITO DE PROPRIEDADE ... | 75 |
| 3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: ORIGEM, CONCEITO, ALCANCE E DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL..... | 80 |
| 3.3 ASPECTOS CRÍTICOS E PROBLEMÁTICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... | 89 |
| 3.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO. A QUAL PROPRIEDADE ELA DEVE SE REFERIR? | 94 |
| | |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 105 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 110 |

RESUMO

A presente dissertação tem por finalidade, após a leitura da legislação, doutrina e artigos científicos ligados à área da Linha de Pesquisa Hermenêutica e Princiologia Constitucional, do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e Neoconstitucionalismo e do Projeto de Pesquisa Direitos Fundamentais e Cidadania do Mestrado em Ciência Jurídica da Univali que o Direito de Propriedade apesar de ser o mais amplo dos Direitos subjetivos concedidos ao Homem, conhece ele limitações ao seu exercício. Dentre elas, verifica-se as impostas pelo interesse público, da coletividade, do social, em detrimento do individualismo que perdurou até o fim do século XIX. A chamada Função Social da Propriedade, surgida com as Constituições Sociais do México de 1917 e Weimar de 1919 influenciariam a organização política e jurídica da época contemporânea. No Brasil a previsão da Função Social da Propriedade foi disposta inicialmente na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934, acabando por encontrar seu ápice na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a elevou a Princípio constitucional. Função Social esta que deve servir não à Propriedade privada, pois está deve ser inserida socialmente, mas sim a Propriedade pública, pois o fim obrigatório que informa o domínio público não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do Princípio da Função Social da Propriedade.

ABSTRACT

This dissertation has the objective, after reading the legislation, doctrine and scientific articles related to the area of the Hermeneutic Research Line and Constitutional Principiology, Research Group Hermeneutic and Neoconstitutionalism and Research Project Fundamental Rights and Citizenship in Master of Science in Law at Univali that the right of property despite being the widest of the subjective rights granted to man, it knows limitations to exercise. Among them, it can be verified the ones imposed by the public interest of the community, social, rather than individualism which lasted until the end of the nineteenth century, the so-called social function of property, which arose with the Social Constitutions of Mexico in 1917 and Weimar, in 1919 influenced the organization of the political and legal contemporary era. In Brazil the prediction of the social function of property was originally arranged in the Constitution of the United States Brazil of 1934, eventually finding its apex in the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, which promoted it to a constitutional principle. Social Function which should serve not to private property, since it must be socially included, but to the public property, because the required order that informs the public domain does not involve its immunization to the effects that come from the principle of social function of property.

INTRODUÇÃO¹

A presente dissertação tendo como tema Aspectos destacados do Princípio constitucional da Função Social da Propriedade: discussão acerca do seu alcance, efetividade e inserção na Propriedade pública e privada, tem como objetivo institucional a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado em Ciência Jurídica pela Univali.

Os objetivos científicos são: destacar que apesar do princípio da função social da propriedade estar consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ele ainda precisa passar a integrar a prática jurídica e as relações econômicas e sociais, como meio de se tornar mais eficaz. E demonstrar que a função social da propriedade só existe quando a propriedade for pública, enquanto à propriedade privada há de se falar em inserção social.

Foram levantadas as seguintes hipóteses: O Direito de Propriedade apesar de ser o mais amplo e abrangente dos Direitos subjetivos que o Homem detém, hoje não mais se reveste do caráter absoluto e intangível de que se revestia o domínio na era dos romanos. Entendido o Direito de Propriedade como integrado pelos *jus utendi*, *jus fruendi*, *jus abutendi*, na formulação atual, as principais limitações impostas ao seu exercício podem, conforme o caso, obstaculizar um, alguns, ou até todos os componentes de sua textura. Observe-se que as restrições impostas à Propriedade não são de molde a destruir-lhe a existência ou a essência, que prosperam, pois, como manifestações de Direito definido como fundamental. Ao revés, são prerrogativas deles defluentes que sofrem o influxo dessas limitações, constringendo-se, em concreto, o titular de Propriedade.

No Direito romano que deu origem ao Direito à Propriedade, esta tinha caráter individualista. Na Idade Média passou por uma fase peculiar, com dualidade de sujeitos (o dono – senhor feudal, e o servo – aquele explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo seu uso). Na Declaração dos Direitos do Homem e do

¹ Nesta Introdução cumpre-se o previsto em PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 178.

Cidadão de 1789, a Propriedade teve acentuado seu caráter absoluto. Após a Revolução Francesa, assumiu feição marcadamente individualista. No século passado, no entanto, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo para tanto, as encíclicas papais e as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919 de cunho marcadamente socialista. Na esteira desta evolução chega-se a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 onde a inserção da idéia de Função Social da Propriedade começou a tomar corpo no ordenamento jurídico brasileiro, até a Constituição da República de 1988, que dispôs entre seus Princípios fundamentais que “a Propriedade atenderá a sua Função Social” (art. 5º, XXIII). Observa-se, desta forma, a conformação dada pelo Estado Moderno à Propriedade, com nítida preocupação de delineá-la não mais apenas à luz dos interesses individuais. Mesclam-se, por conseguinte, os interesses individuais com os sociais, que o Estado impende perseguir.

O Direito de Propriedade, de uma forma geral, assumiu um novo enfoque desde a promulgação da Constituição da República de 1988, onde restou intensificada a idéia de Função Social, como Princípio de ordem pública, ou seja, deve ser respeitado independentemente da vontade das partes. Desde então, os magistrados, na análise dos casos referentes à Propriedade, sua utilização e perda, têm avaliado, dentre outros aspectos, como o proprietário tem se utilizado do imóvel e a repercussão social dessa utilização.

Portanto, a Função Social da Propriedade atualmente, não é mais uma simples imposição de limites negativos ao Direito de Propriedade, passou também a ser uma determinação de um Direito Positivo. Em outras palavras, não é mais suficiente que o proprietário evite causar danos aos outros ao exercer o seu Direito, é necessário, além disso, que esse proprietário venha a utilizá-lo de modo que contribua para o desenvolvimento social, sob pena até mesmo da perda da tutela do seu Direito.

Mas essa função tem cumprido seu papel atualmente no Direito brasileiro? Qual é o seu verdadeiro alcance? A qual regime de Propriedade ela deve inserir, ao regime da Propriedade privada somente? Ao regime da Propriedade pública também? Ou a ambos?

Estas discussões serão aqui abordadas, sendo o objetivo principal deste trabalho, a discussão a respeito da Função Social da Propriedade em relação ao seu

alcance, efetividade e inserção na Propriedade pública e privada.

Para se chegar a busca destas respostas, foi realizada pesquisa legislativa e doutrinária, através de bibliografias nacionais e artigos científicos a respeito deste tema.

A presente dissertação está dividida em 3 (três Capítulos).

No primeiro Capítulo será abordada, a evolução histórica do Direito de Propriedade desde os primórdios da civilização, até sua concepção atual cuja tendência é humanizar o Direito de Propriedade, ressaltando sua Função Social e promovendo novas e harmônicas formas de Propriedade pessoal e de Propriedade coletiva.

Serão abordados os aspectos gerais dos Direitos fundamentais, buscando situar o Direito de Propriedade na Constituição da República de 1988, como um Direito fundamental. Ao final, será discutida a tese defendida pelo Professor Espanhol Gregório de Peces-Barba e pelo Professor Italiano Luigi Ferrajoli, do Direito de Propriedade não ser considerado um Direito fundamental.

Por sua vez, no segundo Capítulo será abordado o conceito de Princípios jurídicos na tendência chamada de pós-positivismo, na qual são entendidos como normas jurídicas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade, destacando os ensinamentos de juristas estrangeiros e nacionais, em especial de Paulo Bonavides.

Após será destacada a diferença entre regras e Princípios, tomando por base os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy, além de se destacar os Princípios e sua inserção no ordenamento jurídico-constitucional, dando à Constituição mais flexibilidade, de modo a melhor se adaptar às mudanças sociais que se apresentarem. Finalizando, será abordado o Princípio da Função Social da Propriedade e sua expressa previsão na Constituição da República de 1988, representando não somente uma reação do sistema normativo aos abusos e desperdícios cometidos pelos titulares do Direito de Propriedade em face da potencialidade do bem, mas o reflexo ideológico-social, que quando normatizado principiologicamente no texto constitucional impõe ao proprietário, a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza e interdependência sociais.

No terceiro e último Capítulo da presente dissertação, será

discutido inicialmente a influência dos novos Direitos, no Direito de Propriedade. A Propriedade Privada, outrora absoluta e ilimitada, torna-se incompatível com a nova configuração dos Direitos, que passam a tutelar Interesses Públicos, sociais, coletivos. Desta forma, o Direito de Propriedade adquire uma nova configuração, passando a estar vinculado ao cumprimento de uma Função Social. A seguir serão abordados aspectos destacados pelos doutrinadores acerca da Função Social da Propriedade como sua origem, conceito, alcance e disposição na Constituição da República de 1988. No tópico seguinte destaca-se o pensamento crítico de Fábio Konder Comparato, Rodrigo Mesquita e José Isaac Pilati em relação a Função Social da Propriedade, respectivamente como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, a amplitude de seu alcance e a baixa efetividade da norma que a garante.

E finalmente no último tópico, será exposta a discussão acerca da aplicabilidade da Função Social na Propriedade. Qual regime de Propriedade ela deve inserir, na Propriedade privada e também na pública, somente na Propriedade privada, ou somente na Propriedade pública?

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões acerca do alcance, efetividade e a inserção na propriedade pública e privada do princípio constitucional da função social da propriedade.

O Método a ser utilizado neste trabalho será o dedutivo, a partir da investigação sobre a origem e evolução do Direito de Propriedade, para o específico, que é discussão acerca do alcance, efetividade e inserção do Princípio da Função Social na Propriedade pública e privada.

CAPÍTULO 1

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE E A QUESTÃO DE SER OU NÃO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM

Neste primeiro Capítulo será abordada a evolução histórica do Direito de Propriedade desde os primórdios da civilização, até sua concepção na atualidade, quando a tendência é humanizar o Direito de Propriedade, ressaltando sua Função Social e promovendo novas e harmônicas formas de Propriedade pessoal e de Propriedade coletiva.

Serão abordados os aspectos gerais dos Direitos fundamentais, buscando situar o Direito de Propriedade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um Direito fundamental.

E finalmente, será discutida a tese, defendida pelo Professor Espanhol Gregório de Peces-Barba e pelo Professor Italiano Luigi Ferrajoli, do Direito de Propriedade não ser considerado um Direito fundamental.

1.1 HISTÓRICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE ATÉ O RECONHECIMENTO DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Para situar a Propriedade a partir dos aspectos de sua evolução histórica, importante destacá-la desde os primórdios da civilização, até os tempos atuais, pois conforme ensina Theodor Sternbeg, impossível seria a análise dos problemas jurídicos sem a observância do seu desenvolvimento através dos tempos¹.

¹STERNBERG, Theodor. **Introducción a la ciencia del derecho**. Barcelona: Labor, 1930. p. 32. *Apud*: DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro**. 18 ed. v.4. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 99.

A Propriedade na pré-história se explica pelas condições de vida do corpo social de então. Enquanto os homens viviam exclusivamente da caça, da pesca e da coleta de frutos, não aflorava a questão acerca da apropriação do solo. Admitia-se a utilização em comum da terra pela família ou tribo. Não se concebia a utilização individual e exclusiva da terra. Tanto a cultura do solo como a criação de animais eram feitas em comum. Desaparecendo ou diminuindo os recursos naturais da caça, pesca e agricultura no território, o grupo social deslocava-se para outras terras. Assim, não estava o homem preso ao solo porque essa constante movimentação não o permitia. Destarte, não havia noção de utilização do bem imóvel. No curso da história, a permanente utilização da mesma terra pelo mesmo povo, pela mesma tribo e pela mesma família passa a ligar o homem à terra que usa e habita, surgindo daí, primeiramente, a concepção de Propriedade coletiva e, posteriormente, individual².

Assim, verifica-se que entre os povos chamados de primitivos, o indivíduo não conta, mas sim a comunidade, que é a verdadeira unidade social. A transição da Propriedade coletiva para a Propriedade individual está ligada, geralmente, ao progresso civil dos povos antigos e à conversão da comunidade do tipo gentílico à comunidade política territorial, com a tendência estatal em privilegiar os indivíduos singulares³.

Na Grécia Antiga, vigorava a chamada Propriedade familiar, consoante a prática da divisão e atribuição de terras entre os clãs, limitando-se a Propriedade individual aos bens móveis. Somente com o aparecimento da economia monetária é que se expande a Propriedade plena individual⁴.

O Direito romano começou a distinguir a posse do domínio. Enquanto a posse era um poder de fato, ligada ao possuidor, o domínio constituía um poder de Direito, ligado ao proprietário⁵.

²VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos reais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 111.

³MARTIGNETTI, Giuliano. **Propriedade**. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (coords.), **Dicionário de política**. 7ed. v.2. Brasília: UNB, 1995. p. 1030.

⁴LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 14

⁵NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito**. 13ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 59.

⁶ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. p. 311.

Porém Moreira Alves ressalva que:

Os romanos não definiram o Direito de Propriedade. Tal tarefa coube a juristas que, a partir da Idade Média, procuraram extrair o conceito dos fragmentos de diversos escritos, alguns relativos a Direitos reais. Vêm daí, definições muito difundidas, como, por exemplo, a de faculdade natural de se fazer o que se quiser sobre a coisa, exceto aquilo que é vedado pela força ou pelo Direito⁶.

Como se observará mais adiante, pouco há de comum entre a Propriedade romana e a Propriedade moderna. Na antigüidade não havia sido forjado um conceito de Direito subjetivo nem tampouco uma definição de Propriedade. Os romanos não qualificaram a Propriedade como *jus in re*, apenas descreveram as suas funções, pois apenas na aparência foram recebidas as formas romanas de aquisição da Propriedade, pois lá se admitia a aquisição da Propriedade imobiliária por mera tradição e a transferência de hipotecas pelo simples contato⁷.

Fustel de Coulanges destaca a importância da Propriedade para o homem romano, já que era o seu corpo quem respondia por sua dívida, mas não sua terra, visto que a terra era inseparável da família. Era mais fácil submeter um homem à escravidão do que subtrair-lhe um Direito de Propriedade que pertence mais a sua família do que a ele mesmo; o devedor era colocado nas mãos de seu credor; sua terra, de modo algum seguiria seu estado de escravidão⁸.

No curso da história romana podem-se destacar quatro modalidades, ou situações de Propriedade: a quirritária, a pretoriana, a provincial e a peregrina. No Direito pré-clássico, conhecia-se somente a Propriedade quirritária. No período clássico, surgiram as demais, pretoriana/bonitária, provincial e peregrina.

A Propriedade quirritária era de ordem estritamente nacional, exercitada sobre solos romanos ou itálicos e tinha por proprietários romanos (cidadãos). Adquiria-se pela *mancipatio* (imóveis) e *traditio* (móveis), assim como gozava de proteção

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 174.

⁸ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto o Direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. Edson Bini. 3ed. São Paulo: Edipro, 2000. p. 63.

pela *rei vindicatio*⁹.

A Propriedade pretoria ou bonitária desenvolveu-se pela jurisprudência do pretor, protegendo o adquirente de uma coisa, contra quem não a tinha transferido mediante ato formal. Nasceu da necessidade de proteger o adquirente de uma situação iníqua, até que se consumasse a correta aquisição da Propriedade pelo usucapião¹⁰.

A Propriedade provincial destinava-se apenas aos bens imóveis, situados nas províncias romanas sobre os quais apenas se deferia a posse aos particulares mediante o pagamento de certa quantia. Essa posse, porém, era transmissível aos herdeiros, alienável e gozava de proteção por meio de ação real¹¹.

A Propriedade peregrina nasceu da necessidade de se garantir assegurar aos peregrinos, situação de fato que lhes garantisse proteção do Estado contra terceiros, para a defesa de seus bens. Criou-se verdadeira Propriedade de fato, análoga à quirritária. Essa espécie de Propriedade era fundada no *Ius Gentium*, concernente ao estrangeiro livre que, em solo italiano, adquiriu bens¹².

No período pós-clássico, houve a unificação das diversas modalidades proprietárias, em razão da extensão da cidadania romana a quase todos os habitantes do Império Romano, da cobrança generalizada de impostos dos imóveis até então insentos e do desaparecimento das formas solenes de aquisição da Propriedade quirritária¹³.

Com a crise do Império Romano do Ocidente, iniciado no séc III, houveram as invasões bárbaras que acabaram por motivar o contato dos romanos e germânicos com outras civilizações, no que resulta, conforme observa Rogério Leal, no

⁹LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade com relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16.

¹⁰LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade com relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16

¹¹COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 9.

¹²COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 12.

¹³MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 9.

surgimento de até então desconhecidas, espécies de Propriedade:

(...) a comunal, sucessora da antiga *mark* germânica; a alodial tida como livre; a beneficiária, surgida da concessão feita pelos reis ou nobres aos plebeus; a censual, que era uma modalidade intermediária entre a beneficiária e a servil e que implicava a fruição dos imóveis mediante pagamento de valores determinados; e, a servil, atribuída aos servos que possuíam a terra, porém, se mantinham vinculados a ela com seu acessório¹⁴.

As diversas invasões ocorridas na Europa durante a Idade Média levaram as populações a se refugiarem no campo. Com diversos ataques (bárbaros, árabes, normandos, húngaros e eslavos), a vida só era possível junto a um castelo fortificado, onde as estruturas românicas e germânicas se integraram, dando origem ao sistema feudal. Contrariando o modelo exclusivista da Propriedade romana, a Idade Média instituiu um sucessório enfiteutico ao qual correspondia uma superposição de titulações dominiais, fundamentadas na hierarquia dos feudos que, a seu turno, identificavam-se com a hierarquia das pessoas. Os pequenos proprietários submetiam-se à guarda de um grande senhor, tornando-se, desse modo, vassalos. Os primeiros cediam a terra aos últimos e lhes concediam o seu gozo, a sua fruição. O proprietário feudal era quem aplicava a justiça e cobrava impostos, por ter poderes de soberania¹⁵.

Assim, na Idade Média, as noções referentes à Propriedade passam por uma redefinição, apresentando um conceito mais limitado se comparado com o Direito romano. Porém adotam o exclusivismo e introduzem uma superposição de títulos de domínio, conforme se pode perceber da seguinte leitura:

(...) a valorização do solo e a estreita dependência entre o poder político e a Propriedade de terras criaram uma identificação entre o tema da soberania e da Propriedade, pois se distinguem o domínio direto da Propriedade, que é do senhor feudal, e o domínio útil do vassalo. Em outras palavras, havia uma delegação de poderes do suserano ao vassalo e

¹⁴LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade e da cidade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 43.

¹⁵COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 13.

a criação de certas obrigações de carácter financeiro e militar do vassalo em relação ao suserano¹⁶.

Na transição da Idade Média para a Idade Moderna no séc XVIII destaca-se a concepção objetiva do Direito de tradição antiga e medieval que acaba sendo progressivamente substituída por uma concepção subjetiva. A Propriedade, que era absoluta, encontrou limitação pelo interesse público no Estado Moderno, mas caracterizava-se por ser um Direito eminentemente individualista.

A partir do fim da Idade Média e com o surgimento do Renascimento, inicia-se a Idade Moderna, onde o Direito (*ius*) tende a ser identificado com o domínio (*dominium*), que, por sua vez, é definido como uma faculdade (*facultas*) ou um poder (*potestas*) do sujeito sobre si mesmo e sobre as coisas. Inicia-se assim uma concepção que desvincula e liberta progressivamente o indivíduo da sujeição a uma ordem natural e divina objetiva e lhe confere uma dignidade e um poder próprio e original, limitado somente pelo poder igualmente próprio e original do outro indivíduo, sob a égide da lei e do contrato social¹⁷.

A Propriedade reaviva o Direito ilimitado desvinculando-se da justificativa religiosa, para ser tratada na esfera do Direito natural e pela idéia do contrato social, tudo isso motivado pela revolução burguesa que buscava a proteção do indivíduo contra o poder do soberano e dava-lhe um sentido de utilidade econômica, ou seja, de Propriedade produtiva¹⁸.

Pode-se destacar na Idade Moderna, o pensamento dos filósofos jus naturalistas que desenvolveram bases fundamentais diversas, as quais podem ser agrupadas em dois grandes grupos:

(...) aquelas que afirmam que a Propriedade é um Direito natural, ou seja, um Direito que nasce no estado de natureza, antes e independentemente

¹⁶COMPARATO, Fábio Konder. **Direitos Humanos**: Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11>. Acesso em 5 jan. 2008.

¹⁷OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro. Direito subjetivo - Base escolástica dos Direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 14. n° 41, outubro/99. p. 31-43.

¹⁸OLIVEIRA, Álvaro Borges de, FARIAS, Dóris Ghilardi. A concepção de Locke sobre a Propriedade. **Revista Direito e Política**. Disponível em: <<http://www.univali.br/default.asp?P=3535>>. Acesso em: 5 jan. 2008.

do surgimento do Estado, e aquelas que negam o Direito de Propriedade como Direito natural e, portanto, sustentam que o Direito de Propriedade nasce somente como consequência da Constituição do estado civil¹⁹.

Hobbes e Rousseau sustentam essa segunda posição, para eles a Propriedade é um Direito positivo e não um Direito natural, em contraposição ao que defende Locke. Este, por sua vez, como defensor do liberalismo político, defende a Propriedade na subsistência natural do indivíduo, adquirida através de seu trabalho.

Para Locke, a essência da Propriedade está não somente em esta ser um Direito natural, modificada deste estado de natureza pelo trabalho do homem, mas também de cunho individualista, indispensável ao homem enquanto membro da sociedade, instituída justamente para a proteção e garantia de tal Direito, não sendo passível de limitação ou intervenção pelas leis instituídas pelo Estado, pois é anterior ao próprio surgimento do Estado, é uma prerrogativa do homem já no estado de natureza²⁰. Locke expõe esta posição, ao afirmar que:

(...) a extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui a sua Propriedade. Pelo trabalho, por assim dizer, separa-a do comum.

(...) o poder supremo não pode tirar a qualquer homem parte da sua Propriedade sem consentimento dele (...).

Tendo, portanto, os homens Propriedade quando em sociedade, cabe-lhes tal Direito aos bens que, por lei da comunidade, lhes pertencem, que ninguém tem o Direito de tirar-lhe esses bens ou qualquer parte deles, sem que dêem assentimento; sem isso, não teriam qualquer Propriedade...²¹.

Locke, todavia, pode ser apontado como o responsável pela semente lançada em torno da transformação da Propriedade em Direito fundamental, que segundo ele deveria ser objeto de proteção por parte do poder público, juntamente com a

¹⁹BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Imanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait, 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 103.

²⁰CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 42

²¹LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Costa. 3ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 100-101.

vida e a liberdade. Semente a ser germinada mais tarde com a Revolução Francesa de 1789.

Para Hobbes, no estado de natureza tudo é comunitário, não existindo a Propriedade individual, que passará a ser regulada pelo soberano, com a instituição do Estado civil, é o que se verifica através do trecho de sua obra “O Leviatã”:

(...) compete ao soberano o poder de prescrever as regras para um homem saber quais os bens de que pode gozar, e quais as ações que pode praticar, sem ser molestado por qualquer de seus concidadãos. A isto os homens chamam Propriedade. Antes da Constituição do poder soberano (...) todos os homens tinham Direito a todas as coisa²².

Rousseau, por sua vez, expõe seu pensamento no trecho da obra “O Contrato Social”:

(...) o que o homem perde, pelo contrato social é sua liberdade natural e um Direito ilimitado a tudo que lhe diz respeito e pode alcançar. O que ele ganha é a liberdade civil e a Propriedade de tudo o que possui. Para compreender bem estas compensações, é necessário distinguir a liberdade natural, que não tem outros limites a não ser as forças individuais, da liberdade civil, limitada esta pela vontade geral, e a posse, consequência unicamente da força ou Direito do primeiro ocupante, da Propriedade que só pode fundamentar-se num título positivo²³.

Ao desabrochar da Idade Moderna, fatores diversos como o Mercantilismo tomaram cada vez mais impulso, com o início da grande produção manufatureira, a constituição de impérios financeiros, o crescimento das sociedades por ações e a descoberta do novo mundo, no séc XVII, laicizaram a instituição da Propriedade imobiliária em todo Ocidente. Aos poucos, ao lado dessa Propriedade, ganhava importância a Propriedade industrial, ambas de caráter individual, voltadas a satisfazer o fim econômico destinado às mesmas por uma classe social capitalista ao extremo, surgida com a Revolução Industrial. Por outro lado, na França, Alemanha, Itália e Inglaterra, escritores do séc. XVIII provocaram uma revolução intelectual na história do pensamento

²²HOBBS, Thomas. **O leviatã**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003. p. 136.

²³ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 39.

moderno; era o Iluminismo, que veio abrir caminho a Revolução Francesa de 1789²⁴.

O Direito moderno tem seu marco histórico e ideológico na Revolução Francesa de 1789, que traz modificações no contexto social, político e jurídico. A Propriedade foi um dos núcleos essenciais das reformas por ela trazida. Dois traços são marcantes no regime da Propriedade pós-Revolução: a extinção do regime feudal e dos encargos sobre a terra e a exaltação da concepção individualista da Propriedade. Outra mudança foi a extinção dos Direitos coletivos sobre a terra, procedendo-se à partilha dos bens comunais entre os indivíduos, como mais um exemplo de exaltação da Propriedade privada dominante nesse período²⁵.

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789, corolário da Revolução, consagra o Direito de Propriedade como sagrado e inviolável. Nesse sentido, Gilisen afirma que “a Propriedade, considerada como um ‘Direito natural’, um ‘Direito inviolável e sagrado’ pela Declaração dos Direitos do Homem de 1789, é um Direito absoluto, exclusivo, quase ilimitado; o proprietário dispõe livremente de seus bens²⁶”. Caracteriza-se por inaugurar a luta pelos Direitos Humanos, como também instituindo os Direitos individuais dos cidadãos, chamados Direitos de primeira geração, e que protegem basicamente a vida, a liberdade, a igualdade e a Propriedade.

Consagrando definitivamente o Direito de Propriedade individualista, e como núcleo central dos ordenamentos jurídicos, o Código de Napoleão de 1804 representou um divisor de águas deste instituto, considerado o assento territorial da independência do indivíduo. O Código de Napoleão deu origem às grandes codificações ocidentais do século XIX, que tinham como meta a absoluta completude do ordenamento jurídico. Em seu artigo 554, consagra a Propriedade como o Direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não faça um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos. No Brasil influenciou o Código Civil de 1916, o qual através de seu artigo 524, assegurava aos proprietários o Direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-

²⁴TIGAR, Michael e LEVY, Madeleine. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 288.

²⁵CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 19.

²⁶GILISEN, John, **Introdução Histórica do Direito**. Trad. A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 646.

los do poder de quem quer o injustamente o possuísse²⁷. O atual Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.228 manteve idêntica disposição ao anterior Código de 1916.

Portanto, se no Direito Moderno vigorou a idéia do Direito de Propriedade individualista, base das grandes codificações e sustentáculo da Ideologia liberal. O nascimento e positivação dos Direitos coletivos e difusos²⁸ e o processo de publicização da esfera privada, trouxeram modificações no entendimento do Direito de Propriedade, que passa a ser marcado pelo cunho social, características estas marcantes no Direito Contemporâneo²⁹.

Pasold aponta que o Estado Contemporâneo está atrelado ao cumprimento de uma Função Social, entendendo que:

(...) o Estado Contemporâneo tenha e exerça uma Função Social que implique em ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado execute, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano³⁰.

Certamente, o privilégio aos interesses particulares em detrimento dos interesses maiores da coletividade, sacrificados em nome da liberdade individual, tem conseqüências danosas à realização do bem comum, entendido como certas condições gerais que sejam, num sentido apropriado, igualmente em vantagem de todos. É a partir desta noção, que a Propriedade adquire uma Função Social, inicialmente nas construções teóricas dos doutrinadores e, atualmente, no âmbito do Direito positivo³¹.

²⁷FERRO, Marcelo Roberto. A Propriedade privada no Código Napoleão. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. n.70, ano 18, out-dez/94. RT: São Paulo, 1994. p. 48.

²⁸Conforme o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90: “Interesses ou Direitos difusos, assim entendidos, para efeitos desse Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”; e “Interesses ou Direitos coletivos, assim, entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

²⁹CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 24

³⁰PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do estado contemporâneo**. 3ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 71.

³¹CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 25.

O contexto social, político e também religioso dos séculos XIX e XX aliado à evolução das idéias, outrora liberais e individualistas do período moderno, levam a uma progressiva transformação do conceito de Propriedade no sentido de uma maior limitação e socialização. Lévy destaca as críticas de Marx à Propriedade burguesa, consubstanciadas no Manifesto Comunista de 1848. Marx atacava a Propriedade burguesa no que se refere aos instrumentos de produção, propondo sua abolição³².

Quanto à influência da Igreja Católica, Lévy enfatiza o movimento chamado socialismo cristão. Ao revés deste movimento, muitas encíclicas condenavam o comunismo e confirmavam a Propriedade como Direito individual e natural³³. É somente na encíclica *Quadragesimo Anno* que o Papa Pio XI busca suavizar a noção individualista da Propriedade. Apesar de continuar afirmando que a Propriedade era um Direito natural, ressaltou “o aspecto social e público do Direito de Propriedade³⁴”.

A evolução dos Direitos no sentido de uma maior consideração de seu aspecto social, vislumbra sobre o Direito de Propriedade, a tendência socializadora instituída por determinação de “Cartas Sociais” contemporâneas, como a Constituição Mexicana de 1917, Constituição esta de vanguarda, pois além de estender os Direitos civis e políticos para toda a população, pela primeira vez incorporava amplamente Direitos econômicos e sociais com o conseqüente estabelecimento de restrições à Propriedade privada. Trazia em si a característica de ser ainda democrática. Já apontava, portanto, para a perspectiva de superação da noção liberal (isto é meramente política e formal) de democracia. No tocante a Propriedade inseria em seu artigo 27 que: “A Nação terá, a todo tempo, o Direito de impor à Propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público (...)”³⁵.

Por seu turno, no ano de 1919, uma assembléia de maioria social democrata reuniu-se em fevereiro daquele ano na cidade de Weimar na Alemanha iniciando a elaboração da Constituição que seria promulgada em 11 de agosto de 1919,

³²LÉVY, Jean Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa, 1973. p. 122.

³³Encíclica *Qui pluribus* (1846); *Syllabus* (1864); *Rerum Novarum* (1891). Cf. LÉVY, Jean Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa, 1973. p. 120.

³⁴LÉVY, Jean Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa, 1973, p. 122.

³⁵BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função Social da Propriedade: análise histórica. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7164>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

como o intuito de promover uma tentativa de conciliação das contradições sociais, esta Constituição inaugura uma nova fase, caracterizada pelo sistema constitucional que influenciará a organização política e jurídica da Época contemporânea, que afetará profundamente o Direito de Propriedade, dispondo no seu art. 153, que: “A Propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”. Assim, observa-se a característica marcante desta Constituição é a imposição de limites aos Direitos privados, vinculados a obrigações de cunho social³⁶.

Além delas pode ser citada a Constituição Brasileira de 1946 onde a idéia de Função Social entrou no cotidiano jurídico e a Constituição Brasileira de 1988 que inseriu a Função Social da Propriedade como Princípio constitucional no Capítulo concernente aos Direitos e garantias fundamentais³⁷.

Assim, verifica-se o estabelecimento à Propriedade privada de uma Função Social, expressa ou implícita, no conteúdo dos preceitos constitucionais, salvaguardando, os interesses da coletividade, em prol do desenvolvimento social, alicerçando em preceitos-garantia que busquem efetivar o bem estar e a justiça social.

1.2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O Brasil não passou pela fase da Propriedade feudal à privada, no modelo napoleônico-pandectista, sendo que aqui, a Propriedade privada formou-se a partir da Propriedade pública, pertencente à Monarquia Portuguesa, que possuía o domínio integral de todo o território. Com a colonização, aos poucos foi sendo permitida à apropriação dessas terras pelos colonizadores, que se deram através da usucapião, as cartas de sesmarias e as posses sobre as terras devolutas³⁹.

³⁶CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. p. 25.

³⁷BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função Social da Propriedade: análise histórica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7164>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

³⁹OLIVEIRA, Álvaro Borges de, STUDER, Andréa Cristina Rodrigues. Ensaio sobre a Função Social no Brasil. **Revista Direito e Política**. Disponível em: <<http://www.univali.br/default.asp?P=3535>>. Acesso em: 4 jan. 2008.

As sesmarias consistiam em uma cessão do domínio da terra, aos particulares, mediante o cumprimento de algumas obrigações, como o cultivo de determinados produtos, criação de animais, etc⁴⁰.

Em 1446, o instituto das sesmarias foi incorporado às Ordenações Afonsinas, e em 1521 às Manuelinas e às Filipinas em 1603, mantendo, em essência, a obrigatoriedade do cultivo, fundamento do domínio sesmarial, e a possibilidade de expropriação das terras por parte da Coroa, caracterizando-se em uma cessão de uso, com a obrigação do cultivo. No Brasil colonial, este instituto sofreu adaptações, conservando-se apenas o que interessava ao modelo econômico-escravagista da época⁴¹.

Judith Martins Costa comenta que não foram às sesmarias, responsáveis pela concentração de terras e que teriam originado o modelo de grandes latifúndios que continuam definindo a nossa distribuição territorial. Os latifúndios são produtos da dinâmica do sistema colonial, posto que houvesse sempre parcelas de terras reservadas a expansão das culturas e para dar suporte a todas as demais necessidades da fazenda, o que gerava abusos e tornava difícil o controle da terra não cultivada, sendo que a Coroa sempre cedia à pressão da elite local, a qual era responsável pela defesa das fronteiras. No final do século XVIII, a distribuição das terras do Brasil estava desorganizada, sendo que havia muitas sesmarias sem demarcação ou registro. Em julho de 1822, através de uma Resolução, extinguem-se as doações de sesmaria, dando-se início ao debate da necessidade da regulamentação da Propriedade privada, posto que a referida extinção ocorresse em plena expansão da economia cafeeira⁴².

Em 1850 foi promulgada a Lei de Terras (Lei 601), que tinha como objetivo a organização do quadro fundiário brasileiro, regulando a posse dos sesmeiros e

⁴⁰ “Sua origem remonta à lei de D. Fernando de Borgonha, de 1375, quando surgira como resposta jurídica à crise de abastecimento e à queda demográfica vivenciada pelo reino luso, no período em que se segue à Grande Peder. Nesta celebre lei, ordenava o soberano eu as terras, que se encontrassem incultas e bandonadas deveriam ser distribuídas a quem as quisesse aproveitar. Essa tarefa competia aos “sesmeiros”, homens-bons encarregados pela Coroa tanto da distribuição quando da fiscalização do uso feito pelos beneficiados”. OLIVEIRA, Álvaro Borges de, STUDER, Andréa Cristina Rodrigues. Ensaio sobre a Função Social no Brasil. **Revista Direito e Política**. Disponível em: <<http://www.univali.br/default.asp?P=3535>>. Acesso em: 4 jan. 2008

⁴¹COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito privado: reflexos dos Princípios e Direitos fundamentais constitucionais no Direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 751.

⁴²COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito privado: reflexos dos Princípios e Direitos fundamentais constitucionais no Direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 753.

do posseiro, e os critérios para a compra da terra pública, e separando o público do particular, surgindo assim a proibição da aquisição gratuita das terras devolutas. Outra consequência da mais suma importância foi que a mencionada lei serviu como base para a “disciplina jurídica do Direito de Propriedade nos moldes liberais, ou seja, um Direito absoluto, exclusivo, perpétuo, exercido sobre limites precisos, não condicionados pela gama de deveres que caracterizava o domínio sesmarial⁴³”.

Ocorre que a demarcação das sesmarias não foi feita de maneira organizada, além de ser o procedimento demasiadamente burocrático, culminando que no final do século XVIII, existiam muitas sesmarias sem demarcação ou registro, resultando que, tornou-se a posse, a prática mais usada para a aquisição de terras. Como visto a primeira lei de terras no Brasil que introduz o Direito de Propriedade é de 1850, a Lei n. 601 (mas o fracionamento do solo brasileiro começou com as capitânicas hereditárias e o sistema sesmarial). Daí até a Constituição de 1934, o Direito de Propriedade tinha caráter absoluto. Cedia apenas para a desapropriação pelo poder público, mediante justa indenização. Evolui lentamente a partir da primeira Constituição de 1824, que manteve as idéias da revolução francesa em detrimento dos nobres derrotados⁴⁴.

Demarcando a instauração de um regime de Princípios absolutistas e liberais, a Carta Imperial de 1824 incompatibilizava os Direitos individuais elencados, reflexo dos ideais liberais da época, em face dos mecanismos centralizadores do poder inerentes à pessoa do Imperador e, ainda, levando-se em conta a sociedade escravocrata respectiva. Garantia o Direito de Propriedade em toda sua plenitude, não atribuindo à Propriedade de forma expressa Função Social, destacando a inviolabilidade de tal Direito, salvo se o bem público exigisse ingerência na Propriedade do cidadão, cabendo a este indenização, nos termos do art. 179, XXII⁴⁵.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil promulgada em 1891, por sua vez, não avançou em nada além do disposto na Constituição

⁴³COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito privado**: reflexos dos Princípios e Direitos fundamentais constitucionais no Direito privado. São Paulo: RT, 2002. p. 758.

⁴⁴TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função Social da Propriedade rural**. São Paulo: LTr, 2000. p.14.

⁴⁵COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 167.

anterior, de 1824. Uma ressalva, contudo deve ser feita em relação à questão da desapropriação que, na segunda Carta, de 1891, foi melhor estruturada em relação à previsão contida no texto de 1824, conforme se observa no seu art. 72 , § 17 que dispõe que “o Direito de Propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. Em síntese, ambas as Constituições de 1824 e 1891, só faziam prevalecer as verdades axiomáticas do pensamento liberal, onde o Direito à Propriedade como bem jurídico intangível, de exercício pleno e ilimitado, era um corolário natural⁴⁶.

A inserção da idéia de Função Social da Propriedade começou a tomar corpo no ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, influenciada pela Constituição Mexicana de 1917 e Weimar de 1919. Ambas sinalizaram um novo ideário, de cunho social, que se cristalizou em diversas outras Constituições ocidentais. O Brasil não ficou indiferente a esse processo que influenciou idéias e concepções a partir da segunda década do séc XX. O movimento de 30, que culminou com a Revolução Constitucionalista de 1932, veio a ter como conseqüência direta a Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição promulgada de 1934⁴⁷.

Diversas inovações foram trazidas pela Constituição de 1934, entre as mudanças produzidas na ordem econômica e social estava a questão do Direito de Propriedade, que passou a ter, nesse contexto, um novo perfil: mais consentâneo aos novos ares de liberdade e democracia que sopravam na América Latina. A partir de 1934, surge de forma expressa referência a atividade do proprietário. No art. 113, §17 a 19, foi estatuído a garantia ao direito de propriedade, mas que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. A Constituição de 1934 representou o marco inaugural de uma mentalidade nova que passa a se formar no país, mesmo que muito lentamente, pela qual o exercício do Direito de Propriedade – para ser legítimo – deve andar *pari passu* com o interesse da sociedade, não podendo sobrepor-se a esse⁴⁸.

⁴⁶MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da Função Social da Propriedade urbana**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003. p. 52.

⁴⁷ROCHA, Carmén Lúcia Antunes Rocha. **Constituição e ordem econômica**, in FIOCCA, Demian e GRAU, Eros (orgs). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001. p. 18.

⁴⁸MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da Função Social da Propriedade urbana**. Rio de Janeiro:

Com o advento da ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas, uma nova Constituição foi promulgada em 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, inspirada nos moldes do fascismo e, em consequência, autoritária, também conhecida como *Polaca*, pela influência da Constituição Polonesa de 1935, representou um retrocesso no processo evolutivo da Propriedade no Direito Constitucional, suprimindo a vinculação ao interesse social ou coletivo preconizado pela Constituição de 1934. Apenas garantiu o Direito de Propriedade, salvo desapropriação mediante indenização, conforme o art. 122, número 14, com redação dada pela Lei Constitucional nº 5, de 10 de março de 1942⁴⁹.

Com o retorno das instituições democráticas, uma nova Constituição é promulgada, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, a primeira do pós-guerra. Inspirada pelas Constituições norte-americana (federalismo), francesa (de 1848) e ainda pela de Weimar (no que toca, sobretudo aos Princípios afetos à ordem econômica e social), a base da Constituição de 1946 era a de 1934. Inserida na estrutura típica do constitucionalismo burguês, pela Constituição de 1946 buscava-se um pacto social que conseguisse conciliar os interesses dominantes do capital e da Propriedade com as aspirações de um proletariado que estava em vias de organização⁵⁰.

No que se refere à Propriedade privada, a grande contribuição da Constituição de 1946 foi a de condicionar o seu uso ao bem-estar social, plantando, também, as bases para uma reforma da estrutura agrária nacional, nos termos do que dispunha seu artigo 147: “O uso da Propriedade está condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da Propriedade, com igual oportunidade para todos”. Além disso, outra inovação introduzida em 1946, foi a diferenciação entre a Propriedade do solo da Propriedade do subsolo, com o que essa última passou a estar definitivamente destacada da primeira⁵¹.

As Constituições de 1967 e 1969 (Emenda Constitucional nº 1/69),

Temas e Idéias, 2003. p. 55.

⁴⁹MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da Função Social da Propriedade urbana**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003. p. 55

⁵⁰BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 25.

⁵¹MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da Função Social da Propriedade urbana**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003. p. 57.

do período ditatorial do regime militar caracterizam-se pelo revigoramento da concentração do poder central. Os Estados e Municípios viram-se esvaziados pela concentração das rendas e das competências na União, perdendo sua autonomia em razão da forçosa relação de dependência implantada. O Poder Legislativo igualmente foi esvaziado com a larga preponderância do Poder Executivo nas matérias mais relevantes. Paradoxalmente, no entanto, no que toca à Propriedade, alguns avanços foram introduzidos. O Direito de Propriedade foi assegurado na Constituição do Brasil de 1967, tanto no Capítulo destinado aos Direitos e garantias fundamentais (art. 150, §22), quanto no Título voltado à ordem econômica e social (Título III, art. 157, III), que objetivou realizar a justiça social com base em alguns Princípios, estando entre estes o da Função Social da Propriedade, que passou a ter menção expressa a partir desta Constituição⁵².

Em relação a Emenda Constitucional nº 1/69, Cássia Celina da Costa discorre:

A E.C. nº 1/69, praticamente de forma literal a ‘Carta’ de 1946, menos intervencionista que essa, assegurou o Direito de Propriedade em seu art. 153, §22, inovando quanto à desapropriação por necessidade e utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro ou por opção do expropriado, tratando-se de Propriedade territorial rural, de receber em títulos especiais da dívida pública com a devida correção monetária. Manteve a mencionada Emenda, o prescrito na Constituição de 1967 quanto à realização do desenvolvimento nacional e da justiça social pela ordem econômica e social, embalando-se em Princípios, taxativamente elencados, incluindo-se nesses, o da Função Social da Propriedade (Título III, art. 160, III)⁵³.

Rompendo com a ordem jurídica anterior, marcada pelo autoritarismo advindo do regime militar, que perdurou no Brasil de 1964 a 1985, a Constituição brasileira de 1988, no propósito de instaurar a democracia no país e de institucionalizar os Direitos humanos e fundamentais, faz como que uma revolução na ordem jurídica nacional, passando a ser o marco fundamental da abertura do Estado brasileiro. No que concebe a Propriedade privada, a Constituição da República Federativa

⁵²COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 184.

⁵³COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 185.

do Brasil de 1988 a previu como Direito individual e fundamental (art. 5º, XXII), que a distinguiu da Constituição anterior, vinculando-se, ainda, ao cumprimento de sua Função Social (art. 5º, XXIII). Assim, a Propriedade socialmente funcionalizada foi reconhecida como um Direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros aqui residentes. A moeda chamada Propriedade passou a ter, de um lado, o Direito fundamental do seu titular em ver preservado seus interesses individuais, e do outro lado, o Direito fundamental da sociedade em ver seus Direitos e interesses incidentes sobre a primeira⁵⁴.

Ademais, a Função Social da Propriedade foi inserida como um dos Princípios da ordem econômica (art. 170, III). Outros dispositivos inerentes a Propriedade na atual Constituição são os arts. 182 e seguintes que tratam da utilização da Propriedade urbana e da política de desenvolvimento urbano. Os arts. 184 e seguintes regulam a Propriedade rural, quando tratam da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. Já o artigo 186, em seus incs. I a IV, prescrevem critérios para o atendimento da Função Social da Propriedade rural. O art. 182, §2º, determina que a Propriedade urbana cumpre a Função Social quando atende o plano diretor do seu município. E se o titular do Direito de Propriedade não der a destinação social ao objeto de seu Direito, a Constituição manda aplicar o art. 182, §4º, que prevê a desapropriação de Propriedade urbana não edificada, subutilizada, etc., caso seu proprietário não promova adequado aproveitamento⁵⁵.

Como acima destacado a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 previu o direito de propriedade como Direito individual e fundamental (art. 5º, XXII), mas o que vem a ser direito fundamental? A seguir, buscaremos trazer respostas a tal questionamento, consolidando esse entendimento constitucional acerca do direito de propriedade.

1.3 NOÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ampliação dos Direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a

⁵⁴FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da Propriedade urbana na Constituição federal de 1988. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, RT v. 6, abr. 2001. p. 26.

⁵⁵FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da Propriedade urbana na Constituição federal de 1988. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, RT v.6, abr. 2001. p. 27.

circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *Derechos naturales, Derechos humanos, Derechos do homem, Derechos individuais, Derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas, Derechos fundamentales do homem*, etc.

Não obstante as formas variadas em que são classificados, Carl Schmitt, por sua vez, estuda os Direitos fundamentais estabelecendo dois critérios formais e um critério material de caracterização. Dessa feita, pelo primeiro critério formal, podem ser indicados como Direitos fundamentais todos os Direitos e garantias explicitados e alcunhados no documento constitucional. Já pelo segundo critério formal, os Direitos fundamentais são aqueles que recebem da Constituição um grau mais elevado de proteção, ou segurança, ou pelo menos de alteração dificultada... Do ponto de vista material, Carl Schmitt entende que os Direitos fundamentais variam de Estado para Estado, dependendo de sua ideologia, de sua forma, ou seja, cada Estado com sua especificidade de Direitos, conforme se observa em suas palavras:

El auténtico derecho fundamental del individuo es siempre absoluto, y corresponde al principio de distribución del Estado de Derecho, según el cual la libertad del individuo es ilimitada en principio, y la facultad del Estado, limitada en principio. De estas condiciones de absoluto y de ilimitado en principio no se sigue la imposibilidad absoluta de injerencias y limitaciones. Pero éstas aparecen como excepción, y ciertamente como una excepción calculable, mensurable y controlable con arreglo al supuesto y contenido. Por eso, no pueden tener lugar sino a base de leyes, entendiéndose Ley, en el concepto propio del Estado de Derecho, como una norma general, y no como cualquier acto particular del Rey o del Cuerpo legislativo, realizado en forma de ley. El derecho fundamental y de libertad se encuentra, pues, bajo la salvaguardia de la Ley⁵⁶.

Perez Luño, em obra autorizada sobre o tema, chega a apresentar diferença de entendimento entre as expressões '*derechos humanos*' e '*derechos fundamentales*'. Afirma, nesse sentido, que '*derechos humanos*', termo dotado de contornos mais amplos e imprecisos, corresponde ao "*conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los*

⁵⁶SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996. p. 139.

ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”, enquanto que a expressão ‘*derechos fundamentales*’ aludem propriamente “*aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*”⁵⁷”.

Sobre a dicotomia entre Direitos fundamentais e Direitos humanos, Willis Santiago Guerra Filho, leciona:

De um ponto de vista histórico, ou seja, da dimensão empírica, os Direitos fundamentais são, originalmente, Direitos humanos. Contudo, estabelecendo um corte epistemológico, para estudar sincronicamente os Direitos fundamentais, devemos distingui-los enquanto manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados Direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, Direitos morais, situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente aquelas do Direito interno⁵⁸.

J.J. Gomes Canotilho dispõe que o povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo aos seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de Direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Assim, os Direitos fundamentais, cumprem, no dizer dele:

(...) a função de Direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente Direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)⁵⁹.

⁵⁷LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales** - Temas clave de la constitucion española, colección dirigida por Pedro de Vega. 6. edición. Madrid: Tecnos, 1995. p. 46.

⁵⁸GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 38.

⁵⁹CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 541.

Por sua vez, Fábio Konder Comparato, destaca que os Direitos fundamentais são os Direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os Direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em Direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os Direitos humanos ainda não declarados em textos normativos⁶⁰.

Não há dúvidas de que os Direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre Direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (grupos, povos, nações, Estado). Em que pese sejam ambos os termos (Direitos humanos e Direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “Direitos fundamentais” se aplica para aqueles Direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do Direito constitucional positivo de determinado Estado. Ao passo que a expressão “Direitos humanos” guardaria relação com os documentos de Direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional⁶¹.

Trazendo novamente a lição de Pérez Luño, este jurista ensina que o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias (Direitos humanos e Direitos fundamentais) é o da concreção positiva, uma vez que o termo “Direitos humanos” se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de Direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de Direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de Direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito⁶².

⁶⁰COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 57.

⁶¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 31.

⁶²PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 46.

Importa deixar consignado e esclarecido o sentido a ser atribuído às expressões “Direitos humanos” (ou Direitos humanos fundamentais) e “Direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas. Os Direitos fundamentais nascem, se desenvolvem e acabam com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados⁶³.

1.4 DISCUSSÃO ACERCA DA PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM E SUA DISPOSIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Luigi Ferrajoli defende que Propriedade não é Direito fundamental, criticando expressamente Locke⁶⁴, que dispõe que a vida, a liberdade e a Propriedade são considerados Direitos fundamentais. Argumenta Ferrajoli que:

(...) En su base hay un equívoco, debido al carácter polisémico de la noción de – derecho de propiedad, como el que se entiende tanto en Locke como Marshall – al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad de obrar reconducible sin más a la clase de los derechos civiles, y el concreto de propiedad sobre este o aquel bien⁶⁵.

A fundamentação do autor se baseia na existência de quatro grandes diferenças entre os Direitos Fundamentais e os Direitos Patrimoniais. Destas diferenças duas são materiais e duas formais.

Assim, para Ferrajoli, a primeira diferença entre Direitos

⁶³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 35.

⁶⁴LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. passim, principalmente Livro II cap. V, VII e XI.

⁶⁵FERRAJOLI Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andrea Grippi. Madrid: Trotta, 1999. p. 45.

fundamentais e patrimoniais, é que: os Direitos fundamentais – tanto os Direitos de liberdade como o Direito a vida e os civis incluídos os de adquirir e dispor de bens objeto de Propriedade, do mesmo modo que os políticos e os Direitos sociais – são universais, reconhecidos da mesma forma e medida; enquanto os Direitos patrimoniais – o Direito de Propriedade e os demais Direitos reais e também os Direitos de crédito – são Direitos singulares, que não correspondem a todos (*excludendi alios*), pois cada pessoa pode ou não ser titular, e no caso de ser titular o é sempre com exclusão das demais pessoas, pertencem a cada um de maneira diversa, tanto pela quantidade, como pela qualidade⁶⁶.

A segunda diferença entre Direitos fundamentais e Direitos patrimoniais, na visão de Ferrajoli é que os Direitos fundamentais são Direitos indisponíveis, inalienáveis, intransigíveis, personalíssimos. Por sua vez, os Direitos patrimoniais – a Propriedade privada e aos Direitos de crédito – são disponíveis por sua natureza, negociáveis e alienáveis. Estes se acumulam, àqueles permanecem invariáveis. A terceira diferença, de natureza formal, é por sua vez, uma consequência da segunda e tem haver com a estrutura jurídica dos Direitos; os Direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei, no sentido que são todos *ex legis*, ou seja, são regulamentados por normas, normalmente constitucionais, enquanto os Direitos patrimoniais são predispostos por lei, ou seja, são regulamentados por contrato, testamento e sentença. E por fim, uma quarta diferença, também de natureza formal refere-se aos Direitos fundamentais como verticais, situados no âmbito do Direito público, enquanto os Direitos patrimoniais são horizontais, situados no direito privado⁶⁷.

Quanto à tese de Peces-Barba sobre o Direito de Propriedade não ser considerado um Direito fundamental, necessário se faz observar primeiramente o que é Direito fundamental para ele, *verbis*:

- 1) Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construída por la reflexión racional en la historia del mundo moderno (...).

⁶⁶FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andrea Grippi. Madrid: Trotta, 1999. p. 46.

⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andrea Grippi. Madrid: Trotta, 1999. p. 47-49.

2) Un subsistema dentro del sistema jurídico, el Derecho de los derechos fundamentales, lo que supone que la pretensión moral justificada sea técnicamente incorporable a una norma, que pueda obligar a unos destinatarios correlativos de las obligaciones jurídicas que se depreden para que el derecho sea efectivo (...).

3) En tercer lugar, los derechos fundamentales son una realidad social, es decir, actuante en la vida social, y por tanto condicionados en su existencia por factores extrajurídicos de carácter social, económico o cultural que favorecen, dificultan o impiden su efectividad⁶⁸.

Peces-Barba entende que os Direitos fundamentais devem ser gerais, aplicáveis para todos. Argumenta que, como a Propriedade é escassa não pode ser garantida a todos, e por tanto não pode ser Direito fundamental. Assim escreve:

Finalmente, será igualmente un resultado importante del proceso de generalización la progresiva toma de conciencia de que la propiedad no puede ser una pretensión justificada, base ética de un derecho fundamental, porque no se puede extender a todo el mundo, y eso es un privilegio, pero al carecer de la generalidad, no un derecho igual de todos los seres humanos: no cabe por razones de escasez y porque no existen bienes libres para alcanzar la igualdad como equiparación, aplicar la técnica de la igualdad como diferenciación para equiparar en el punto de llegada⁶⁹.

Observa-se que Peces-Barba não entende a Propriedade no sentido amplíssimo da Constituição Brasileira de 1988, e entende o Direito fundamental à Propriedade, como um Direito social, no sentido de que o Estado deve dar Propriedade às pessoas, que não a tem. Como isso, devido a escassez é impossível, Peces-Barba entende que o Direito à Propriedade não é Direito fundamental. Mas ele, restringindo a categoria Propriedade à Propriedade material, exclui desta forma do gênero Propriedade a Propriedade imaterial, que consiste entre outros na Propriedade industrial e nos Direitos autorais. Assim entende-se, que querendo abolir a Propriedade como Direito fundamental, ele apenas se refere a Propriedade material, em geral ou seja a Propriedade móvel e imóvel, porque embora a móvel em regra não é escassa, também não há bens suficientes

⁶⁸PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 109-112.

⁶⁹PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 170.

para que todos a possuem em igualdade. Portanto para Peces-Barba, a Propriedade imaterial continuaria sendo Direito fundamental⁷⁰.

Antes de se buscar responder às críticas de Peces-Barba e Ferrajoli quanto ao Direito a Propriedade não ser considerado Direito fundamental, necessário fazer-se algumas considerações a respeito daquele Direito.

O Direito à Propriedade pode significar que cada cidadão tem o Direito de ser proprietário, ou seja, que o Estado tem a obrigação de dar Propriedade a quem não tiver. Nesta interpretação Direito à Propriedade seria um Direito social. Pode significar também, que o proprietário tem o Direito de usar sua Propriedade e dispor dela. Nesta interpretação seria um Direito de liberdade. Ou pode significar que o cidadão tem o Direito à Propriedade, em dois sentidos. No primeiro, o Estado garante a Potência⁷¹ à Propriedade, e no segundo, o Estado garante este Direito, contra si mesmo e contra terceiros, mediante a legislação e pelo Judiciário. Ou seja, o Estado garante a proteção da Propriedade existente. Neste sentido também seria um Direito de liberdade⁷².

Os primeiros dois significados forem mencionados por Ferrajoli, que escreve:

(...) los derechos que sí son universales, en el sentido de que están reconocidos a todos y al mismo tiempo son disponibles e inalienables, son los derechos –bien diferentes del de propiedad, que tiene por objeto bienes singularmente determinados- a) de convertirse en propietario y b) de disponer de los bienes propios o, mejor dicho, de los derechos de propiedad que tienen aquellos bienes por objeto⁷³.

⁷⁰KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

⁷¹Potência significa aqui, que o cidadão tem a possibilidade teórica de adquirir Propriedade. Embora conforme Locke, a aquisição de Propriedade pelo trabalho já se deu no Estado de natureza, o Estado teria o poder, embora não a legitimidade, de proibir a aquisição de Propriedade, é fundamental que o Estado garanta a possibilidade de adquiri-la. Assim o primeiro passo, que o Estado democrático dá, é garantir ao cidadão a possibilidade "potência" de adquirir Propriedade. Esta potência é de fundamental importância, porque dá ao cidadão esperança de crescer e motivação de trabalhar. LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 407-411.

⁷²KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

⁷³FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andrea Grippi. Madrid: Trotta, 1999. p. 102

Mas o Direito à Propriedade garantido pela Constituição é o expresso na terceira interpretação, ou seja, a potência e a proteção à Propriedade existente. Tyrell afirmou em 1681, que a função do governo é a proteção à Propriedade: “(...) o governo, que tem por uma de suas principais metas manter o domínio ou Propriedade determinados mediante acordo⁷⁴”. E Locke escreveu no Segundo Tratado sobre o Governo Civil:

Sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles desfrutarem de suas Propriedades em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do poder legislativo⁷⁵.

Observa-se que para Tyrell e Locke fica claro, que o motivo para a Constituição do Estado era a proteção da Propriedade existente, e que, portanto o Estado tem a obrigação de garantir esta proteção. Ou seja, neste sentido evidencia-se, que a Constituição ao garantir o Direito à Propriedade, garante, além da potência da Propriedade, à proteção da Propriedade existente. Esta proteção, conforme o comentário de Locke é feita pelas Leis⁷⁶.

Alexy, classificando os Direitos fundamentais concorda com Locke, quando os diferencia entre Direitos a prestações negativas e Direitos a prestações positivas. Os Direitos a prestações negativas significam, que o Estado não dificulta a vida do cidadão e pode ser dividida em três formas. O Direito a não ser impedido de exercer um ato, uma ação, o Direito de não afetar situações, ou características, e o Direito a não mudar situações jurídicas. O Direito a prestação positiva é dividida em dois, a prestação positiva normativa e a prestação positiva fática. Na primeira o cidadão tem o Direito de que o Estado regulamente algo, e no segundo, o cidadão tem o Direito que o Estado lhe dê algo. O Direito fundamental da Propriedade é um Direito a prestação negativa, o cidadão tem o Direito de que o Estado não lhe impeça de adquirir Propriedade, e o Direito de que o

⁷⁴TYRELL, James apud LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 466.

⁷⁵LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998. p. 502.

⁷⁶KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 15 jan. 2008.

Estado não mude a posição legal referente a Constituição, término e conseqüências legais da Propriedade⁷⁷.

Também pode ser um Direito a uma prestação positiva normativa, por exemplo, se questões de Propriedade não eram regulamentados pela Lei, como o caso de domínios na internet, hoje não mais, porque quase todos Estados, respeitaram os Direitos de seus cidadãos à prestação positiva normativa regulamentando esta questão, que envolve Propriedade. Assim tanto o Direito à prestação negativa, não mudando as leis referentes às questões essenciais da Propriedade, como o Direito à prestação positiva normativa, são Direitos que dizem respeito a proteção da Propriedade pela Lei, fundamentando assim, a posição já defendida por Locke⁷⁸.

O Direito fundamental à Propriedade, portanto é o Direito a Potência e a proteção da Propriedade, mas não é um Direito a prestação positiva fática. É lógico tal entendimento, porque se aplicam a todos Direitos de liberdade, a vida por exemplo, é garantido pelo Estado, não se pode esperar, que o Estado desse vida para alguém e o mesmo vale para a Propriedade. O Estado garante à Propriedade de quem a tiver, ele não dá Propriedade para quem não a tiver, garante a proteção da Propriedade, tanto contra ele (Estado) mesmo, como contra terceiros.

Existe uma fundamental diferença entre os Direitos fundamentais de liberdade e dos Direitos fundamentais sociais. Os primeiros são garantias contra o Estado. Assim o Direito à liberdade garante que o Estado não possa privar o cidadão de sua liberdade, sem o devido processo legal. Os Direitos fundamentais sociais são Direitos contra o Estado, ou seja, o cidadão tem o Direito a receber do Estado estas prestações. Assim o Direito à saúde é um Direito social, o cidadão tem o Direito que o Estado lhe proporcione atendimento médico e medicamentos. Tendo em vista esta fundamental diferença entre os Direitos de liberdade e os Direitos sociais, deve ser esclarecido que o Direito à Propriedade é um Direito de liberdade, ou seja, um Direito de garantia contra o Estado. Não é um Direito social, e portanto, não pode ser interpretado como Direito contra o Estado. Assim o Direito à Propriedade significa que o Estado não pode tirar a

⁷⁷ALEXEY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Espanhola. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 174-185.

⁷⁸KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

Propriedade de um cidadão sem o devido processo, Direito à Propriedade não significa, que alguém que não tenha Propriedade tem o Direito contra o Estado, que ele lhe providencie Propriedade⁷⁹.

Respondendo às críticas de Peces-Barba, colhe-se e adota-se a opinião de Edgar Köhn, que dispõe:

A crítica de Gregório Peces-Barba não pode prosperar, porque ele usa categorias diferentes das usadas na Constituição. Assim ele não está falando sobre o Direito fundamental em questão, entendendo o Direito fundamental à Propriedade, como um Direito social, no sentido de que o Estado deve dar Propriedade as pessoas, que não há tem. O Direito fundamental tutelado pela Constituição, porém é o Direito à proteção da Propriedade(...). Por tanto, não há escassez, porque só se refere a Propriedade existente e é um Direito geral, porém específico, ou seja, se aplica a todos de um grupo, no caso se aplica a todos os proprietários. Todos os proprietários têm o Direito fundamental à proteção de sua Propriedade. Portanto, a crítica de Peces-Barba não se aplica ao Direito à Propriedade protegido pela Constituição⁸⁰.

Por sua vez, respondendo a crítica de Ferrajoli, verifica-se que a primeira diferença entre Direitos fundamentais e patrimoniais, Universalidade versus Singularidade não se aplica, porque da mesma forma, como o Direito à Propriedade também tem aspectos universais, como à proteção a toda Propriedade, ou seja, todo proprietário tem o Direito que o Estado garanta a proteção de sua Propriedade, independente de qualidade e quantidade, também tem aspectos singulares nos Direitos fundamentais. O Direito à livre expressão de pensamento, embora seja universal, tem seus aspectos singulares, porque são diferentes em qualidade e quantidade os pensamentos livremente expressos, e houve e continua havendo tratamento diferente ao cidadão conforme os pensamentos expressos, podendo sofrer até represálias ou condenação, se pela livre expressão incentiva, por exemplo, ao consumo de drogas. Assim, não só os Direitos patrimoniais têm seus aspectos singulares, diferentes conforme a Propriedade, também o

⁷⁹KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

⁸⁰KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

Direito à livre expressão de pensamento os tem, diferente conforme o pensamento⁸¹.

Também não merece prosperar a distinção entre Direitos alienáveis (patrimoniais) e inalienáveis (Direitos fundamentais). Em primeiro lugar porque os Direitos fundamentais não são totalmente inalienáveis. Assim Mario Jori⁸², em crítica a Ferrajoli, menciona o boxe e o uso voluntário de substâncias tóxicas, como fumar cigarro, como exemplos da renúncia voluntária ao Direito à saúde, que a princípio seria um Direito indisponível, e chama de paternalismo a intenção de fazer os outros adotar nossas idéias, ou seja, para ele a pessoa tem o Direito de fazer com sua vida o que quiser, se quiser abrir mão de sua liberdade ou outros Direitos fundamentais, deveria poder fazê-lo.

Assim ele defende a possibilidade da alineabilidade dos Direitos fundamentais. Também pode se fundamentar a inalienabilidade do Direito à Propriedade. Embora inquestionável que a Propriedade possa ser alienada, o Direito fundamental é o Direito à Propriedade no sentido da proteção da Propriedade, e este Direito é inalienável. Da mesma forma como o cidadão pode abrir mão de seu Direito à vida, suicidando-se, ou a saúde, fumando, ele pode abrir mão de sua Propriedade vendendo-a. O que ele não pode é abrir mão do seu Direito de ter estes Direitos protegidos pelo Estado. Assim ele não pode permitir, que alguém lhe mata, não pode impedir que seja condenado alguém que lhe feriu gravemente, colocando sua saúde em risco, e não pode impedir que alguém seja condenado se lhe furtou algo. Portanto, vários Direitos fundamentais são alienáveis, mas não é alienável a proteção que o Estado garante a estes⁸³.

Referente ao critério formal da regulamentação dos Direitos fundamentais por normas e dos patrimoniais por contrato e sentença, cabe alegar, que principalmente no caso de colisão de Princípios constitucionais, ou seja, Direitos fundamentais, a sentença decide, qual Direito prevalece no caso concreto. Portanto em ambos os casos as regras gerais são feitas pela lei, até como fazer um contrato é previsto na lei, mas no caso concreto decide a sentença. Ou seja, este argumento formal não justifica a

⁸¹KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

⁸²JORI, Mario *in* FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta. 2001.p. 122

⁸³KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

exclusão do Direito à Propriedade do rol dos Direitos fundamentais. Tampouco o faz segundo critério, pelos quais os Direitos fundamentais são verticais, regulamentados pelo Direito público, e os Direitos patrimoniais horizontais, regulamentados pelo Direito privado. Até é verdade a diferença, mas o Direito protegido pela Constituição deve ser entendido como Direito à Propriedade no sentido de ter sua Propriedade protegida pelo Estado, portanto há uma relação vertical entre o proprietário e o Estado como garantidor deste Direito a proteção⁸⁴.

Na opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho a Constituição brasileira, no seu art. 5º, XXII, XIII e XXIV, reconhece o Direito de Propriedade, cujo uso deverá ser condicionado ao bem-estar social. Esse Direito é garantido pela exigência de que toda expropriação se faça mediante prévia e justa indenização, que em Princípio deve ser paga em dinheiro. Mas o que significa, porém, Propriedade, objeto desse Direito fundamental, no art. 5º, XXII, da Constituição? Daí ser lição corrente na doutrina e também na jurisprudência que, referindo-se à Propriedade, quis o constituinte dizer Direito de conteúdo econômico, Direito patrimonial. Assim, a Constituição, no art. 5º, XXIV, consagra o Direito fundamental de não ser alguém despojado de seu patrimônio, sem justa indenização⁸⁵.

Fabio Konder Comparato discorre que o reconhecimento constitucional da Propriedade como Direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda Propriedade privada há de ser considerada Direito fundamental e como tal protegida. Algumas vezes, o Direito positivo designa claramente determinada espécie de Propriedade como Direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção. É o caso, por exemplo, no Direito brasileiro, da pequena e da média Propriedade rural. A Constituição (art. 185) as declara insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial. A pequena Propriedade rural, ainda, como tal definida em lei, desde que trabalhada pela família do proprietário, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua

⁸⁴KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico**. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

⁸⁵FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 31ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 305.

atividade produtiva, além de gozar, por lei, de condições favorecidas de financiamento (art. 5º, inc. XXVI)⁸⁶

Mas a proteção constitucional não se limita à Propriedade já existente. Garante-se, ainda, o acesso à Propriedade a todos os que dela dependam como meio de subsistência, por meio do usucapião extraordinário dos arts. 183 e 191. Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de Propriedade considerada como Direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia para as populações carentes⁸⁷.

Pela análise dos argumentos expostos infere-se, que o Direito à Propriedade no art. 5º, e inciso XXII da Constituição da República de 1988 deve ser interpretado como Direito à Potência e à proteção da Propriedade existente. Ou seja, o estado garante ao cidadão a Potência da Propriedade e à proteção da sua Propriedade, tanto contra ele (Estado) mesmo, como contra terceiros. Sendo assim, a Constituição não prevê um Direito à Propriedade, pelo qual o Estado teria a obrigação de dar Propriedade, à quem não a tiver, só se compromete a proteger a Propriedade já existente. Naturalmente esta proteção não é absoluta, já que nenhum Direito fundamental é absoluto, sofre restrições previstas na lei e na Constituição. Nos casos elencados na Constituição e na lei, mas somente nestes, o Estado pode desapropriar o proprietário. Mas mesmo nestes casos a Constituição prevê indenização em caso de desapropriação⁸⁸. Ou seja, o proprietário não sofre prejuízo no seu patrimônio material, desapropria uma Propriedade, mas em troca dá outra (dinheiro ou títulos). Assim mesmo tirando a Propriedade do proprietário, prevalece a proteção à Propriedade, porque esta não é tirada sem indenização. A previsão de limites a esta proteção não justifica a exclusão do Direito à Propriedade do rol dos Direitos

⁸⁶COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista CJF**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

⁸⁷COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista CJF**. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

⁸⁸ Com exceção do previsto no Art. 243 da Constituição, onde é prevista a expropriação sem indenização, mas aqui prevalece o caráter punitivo pelo uso nocivo da Propriedade, a expropriação tem em primeiro lugar o objetivo de punir o proprietário, e só em segundo plano o objetivo de usar a Propriedade para o assentamento de colonos.

fundamentais⁸⁹.

Também não prosperam as críticas de Ferrajoli quando este destaca que o Direito à Propriedade seja alienável e não universal. Mas entendendo o Direito à Propriedade, como Direito à proteção da Propriedade vê-se claramente, que este Direito é inalienável e universal. Porque, embora possa o proprietário alienar sua Propriedade, não pode alienar o Direito à proteção da Propriedade pelo Estado e é universal, porque todo proprietário tem o Direito de que o Estado garanta a proteção da sua Propriedade, não importa a quantidade ou qualidade da mesma. Assim infere-se, que o Direito à Propriedade, deve ser interpretado como Direito a Potência e à proteção da Propriedade. Este Direito a Potência e à proteção da Propriedade continua sendo Direito fundamental⁹⁰.

⁸⁹KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

⁹⁰KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Boletim Jurídico** Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 16 jan. 2008.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Neste segundo Capítulo tratar-se-á do conceito de Princípios Jurídicos fundado na postura teórica pós-positivista, na qual são entendidos como normas jurídicas vinculantes, dotadas de efetiva juridicidade, destacando os ensinamentos de juristas estrangeiros e nacionais, em especial de Paulo Bonavides.

Após será destacada a diferença entre regras e Princípios, tomando por base os pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Além de se destacar os Princípios e sua inserção no ordenamento jurídico-constitucional, dando à Constituição mais flexibilidade, de modo a melhor se adaptar às mudanças que se apresentarem na sociedade.

E finalizando, será abordado o Princípio da Função Social da Propriedade e sua previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, representando não somente uma reação do sistema normativo aos abusos e desperdícios cometidos pelos titulares do Direito de Propriedade em face da potencialidade do bem, mas o reflexo ideológico-social, que quando normatizado principiologicamente no texto constitucional impõe ao proprietário, a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza e interdependência sociais.

2.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O conceito de Princípio jurídico vem passando por uma série de transformações ao longo dos tempos, mas é nas últimas décadas do século XX, com o pós-positivismo ou neoconstitucionalismo que se consolida a hegemonia axiológico-normativa

dos Princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos Princípios fundamentais de padrão constitucional; aos Princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. É nesta fase que os Princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes, vigentes e eficazes para muito além da atividade integratória do Direito.

No Direito Constitucional essa postura teórica ganhou extremo prestígio e inspirou profundas considerações, denominando-se os Princípios jurídicos na posição pós-positivista de Princípios constitucionais. Nesse ínterim, conceituar, classificar ou definir Princípios jurídicos em adequada base metodológica, de forma a permitir sua competente interpretação, compreensão e aplicação, vem traduzindo-se em uma árdua tarefa aos juristas.

Etimologicamente, Princípio significa o começo, a origem. Esse não é, no entanto, o único significado que dele se pode extrair. A noção da palavra Princípio deriva da linguagem da geometria, relacionando-se, assim, com começo, ou melhor, com o sentido de premissa sob a qual se desenvolve todo um sistema.

Para Genaro Carrió, na linguagem ordinária, os Princípios se vinculam a sete focos de significação, quais sejam:

(I) Con las ideas de ‘parte o ingrediente importante de algo’, ‘propiedad fundamental’, ‘núcleo básico’, ‘característica central’; (II) Con las ideas de ‘regla, guía, orientación o indicación generales’; (III) Con las ideas de ‘fuente generadora’, ‘causa’ u ‘origen’; (IV) Con las ideas de ‘finalidad’, ‘objetivo’, ‘propósito’ o ‘meta’; (V) Con las ideas de ‘premisa’, ‘inalterable punto de partida para el razonamiento’, ‘axioma’, ‘verdad teórica postulada como evidente’, ‘esencia’, ‘propriedad definitoria’; (VI) Con las ideas de ‘regla práctica de contenido evidente’; ‘verdad ética incuestionable’; (VII) Con las ideas de ‘máxima’, ‘aforismo’, ‘provérbio’, ‘pieza de sabidura práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición⁹¹.

Para Reale o conceito de Princípio serve às ciências em geral,

⁹¹CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 33.

conforme aponta:

Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários⁹².

Por sua vez, Ivo Dantas dispendo sobre os Princípios, destaca que:

Para nós, Princípios são categorias lógicas e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade⁹³.

Dessa forma, pode-se observar que conceitualmente os Princípios no sentido jurídico, são proposições normativas básicas, gerais ou setoriais, positivadas ou não, que revelam os valores fundamentais do sistema jurídico.

Dentre as características principais dos Princípios, sintetiza-se o pensamento de Canotilho⁹⁴: A primeira característica é o da generalidade, onde os Princípios podem ser aplicados em situações diversas, sem que sejam direcionados em especial, a situações respectivas, daí serem genéricos, mas não retirando deles a disposição hierárquica a que se submetem; a segunda é a gradualidade que diz respeito à valoração diferenciada dada aos Princípios no sistema jurídico ou ainda, à posição hierárquica que ocupam no dito sistema; a terceira é a indeterminabilidade que decorre da abstração quanto a sua compreensão, carecendo esses de interferência concreta por parte tanto do legislador quanto do aplicador do Direito a que todos os Princípios possam ter concretude, salvo os prescritivos, que são dotados de eficácia imediata e direta.

E por fim a normatividade, em razão de sua natureza

⁹²REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 60.

⁹³DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995. p. 59.

⁹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1997. p. 166-168.

normogenética, esclarecendo que os Princípios desempenham uma função normogenética fundamentante e, sendo assim, aparecem como fundamento às regras jurídicas.

A respeito desta última característica dos Princípios, o primeiro doutrinador a destacá-la foi Cristafulli em 1952, ao propor o seguinte conceito:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares, menos gerais, das quais determinam, e portanto resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas, efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo Princípio geral que as contém⁹⁵.

A normatividade dos Princípios foi bem retratada, em estudos recentes na década de 90, por Riccardo Guastini, que, baseado em análises da jurisprudência e de obras doutrinárias, formulou seis distintas definições de Princípios vinculadas à disposições normativas. O vocábulo Princípio é apresentado como norma imbuída de um alto grau de generalidade, indeterminação, com caráter pragmático, que ocupa um lugar elevado em relação às outras normas, com função notável e, ainda, dirigida aos órgãos de aplicação, cuja função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos⁹⁶.

Também Norberto Bobbio em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*, expressou seu pensamento a respeito da normatividade dos Princípios jurídicos:

Os Princípios gerais são apenas, no meu entendimento, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra Princípios leva ao engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os Princípios gerais são normas. A meu ver não há dúvida: os Princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os Princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os Princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não

⁹⁵CRISTAFULLI, V. **La costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milão, 1952. p. 15, *apud* BONAVIDES, Paulo Bonavides. *Curso de Direito constitucional*. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 230.

⁹⁶ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 56.

devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo que servem as normas. E por que não deveriam ser normas?⁹⁷

A normatividade perfaz a união entre os conceitos demonstrados, considerando que a noção de constitucionalismo moderno, bem como de Direito Constitucional, vem sendo determinada pela positivação constitucional dos Princípios. Hoje, no pensamento jurídico contemporâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos Princípios o *status* conceitual e positivo de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os Princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados bem como sobre a interpretação e aplicação de outras normas, como as regras e outros Princípios derivados de Princípios de generalização mais abstrata. A proclamação da normatividade dos Princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas corroboram essa tendência irresistível que conduz a valoração e eficácia dos Princípios como normas-chave de todo sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se acostumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus Princípios cardeais⁹⁸.

Para se chegar a esse *status* de normatividade dos Princípios jurídicos, tanto no campo teórico quanto no normativo, passou-se por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista ou neoconstitucionalista.

Na fase jusnaturalista, no século XIX, dominou a dogmática dos Princípios por um longo período, até o advento da Escola Histórica do Direito. Nessa fase os Princípios ocuparam uma posição abstrata e metafísica, sendo reconhecidos como inspiradores de um ideal de justiça, o que lhes conferia uma normatividade senão nula, duvidável. Na fase do positivismo jurídico, os Princípios são inseridos nos Códigos com força normativa subsidiária às leis, nesse sentido, não são encarados como superiores às

⁹⁷BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ed. Unb, Brasília, 1996. p. 159.

⁹⁸BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Curso de Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 257.

regras e sim dedutíveis delas, com o fito de suprir lacunas, por volta de 1880 já é marcado o ponto culminante da ascensão positivista. E agora mais recentemente, nas últimas décadas do século XX, vem sendo construída uma terceira corrente, a pós-positivista escorada na idéia da hegemonia axiológico-normativa dos Princípios. Nesse período, eles adquirem o *status* de norma jurídica vinculante, eficazes e vigentes, muito além da mera função integrativa inicialmente a eles conferida, proclama a tendência irrefutável que leva sua valoração e eficácia como normas-chave de todo o ordenamento jurídico, convertidos em “pedestal normativo” sobre o qual assenta todo o “edifício jurídico” dos novos sistemas constitucionais⁹⁹.

Em relação à normatividade ou não dos Princípios chamados implícitos, assim denominados por não estarem expressos na Constituição ou terem se consagrado de forma consuetudinária, Faissal Yunes Junior dispõe que:

Não importa se o Princípio é implícito ou explícito, o que importa é se ele existe ou não existe. Se existe, o jurista está capacitado a identificá-lo e discerni-lo. O Princípio explícito não é necessariamente mais importante do que o implícito, tudo vai depender do seu âmbito de abrangência¹⁰⁰.

Apesar da importância do tema, deixa-se um pouco de lado as possíveis digressões para firmar o entendimento de que os Princípios implícitos, notadamente no âmbito do Direito Público, podem ser considerados normas jurídicas com aplicação imediata, superando assim, a visão de que se tratariam de simples normas programáticas.

Após realçada a normatividade alcançada pelos Princípios, necessário se faz perquirir acerca das funções gerais por eles desempenhadas, a fim de compreender a abrangência desta espécie normativa.

Ao conferir normatividade aos Princípios, estes perdem o caráter supletivo, passando a impor uma aplicação obrigatória. De fato, não é mais tão correto assim considerar os Princípios mera fonte subsidiária do Direito relegada ao terceiro grau

⁹⁹BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Curso de Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 232-237.

¹⁰⁰YUNES JR., Faissal. Sistema Constitucional Tributário. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, v. 24, n. 24, jul./set. 1998. p. 172.

nos Códigos, a partir das Constituições promulgadas na segunda metade do século XX. Aliás, é até um erro utilizar o Princípio como fonte subsidiária e não como fonte primária e imediata de Direito. Não se pode mais admitir que o Princípio seja subjugado à condição de mero instrumento supletivo em caso de lacuna de lei. É exatamente o contrário: é a lei que deve suprir, ou seja, completar e esclarecer os mandamentos dos Princípios. Logo, os Princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos¹⁰¹.

Por outro lado, talvez, empiricamente, a função precípua dos Princípios seja a de servir de orientação ao operador do Direito. Isso porque “o ponto de partida do intérprete há que ser sempre os Princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins¹⁰²”.

Assim, a função orientadora da interpretação desenvolvida por meio dos Princípios, torna-se conseqüência lógica de sua função fundamentadora do Direito. De fato, se as leis são informadas ou *fundamentadas* nos Princípios, então de acordo com eles devem ser interpretadas, considerando que são eles que dão sentido às regras¹⁰³.

Assim, na lição de Sunfeld:

a) é incorreta a interpretação da regra, quando dela derivar contradição, explícita ou velada, com os Princípios; b) quando a regra admitir logicamente mais de uma interpretação, prevalece a que melhor se afinar com os Princípios; c) quando a regra tiver sido redigida de modo tal que resulte mais extensa ou mais restrita que o Princípio, justifica-se a interpretação extensiva ou restritiva, respectivamente, para calibrar o alcance da regra com o Princípio. Na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos Princípios¹⁰⁴.

¹⁰¹PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999. p. 14.

¹⁰²BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 141.

¹⁰³ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1999 p. 46.

¹⁰⁴SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 148.

A cada dia, a função interpretativa dos Princípios vem ganhando sua devida importância. Para isso, atentou-se ao fato que a lei (regra), como norma geral e abstrata, pode levar à injustiça. E, nesse cenário, destaca-se outra importante função dos Princípios: servir justamente de norte ao hermenêuta, orientando-o nessa difícil atividade de adaptação do Direito posto às novas situações jurídicas que vão surgindo.

Recorrendo novamente a Norberto Bobbio, este dispõe:

(...) os Princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum Princípio. Portanto, os Princípios são as *idéias básicas* que servem de fundamento ao Direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do Direito e elemento integrador das lacunas legais¹⁰⁵.

Importante salientar que os Princípios, enquanto fundamentos vinculantes de condutas pautam não somente a ação do legislador constituído, mas também do administrador, do juiz, enfim de todas as pessoas (físicas e jurídicas, públicas e privadas) que compõe a sociedade política, no sentido de qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a “não contrair aos valores contidos no Princípio” e, tratando-se de Princípio inserido na Constituição, a de *revogar* as normas anteriores e *invalidar* as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis¹⁰⁶.

Conforme Espíndola pode-se, dizer, dessa forma, que os Princípios têm eficácia positiva e negativa:

(...) *por eficácia positiva dos Princípios*, entende-se a inspiração, a luz hermenêutica e normativa lançadas no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos Princípios incindíveis no mesmo; *por eficácia negativa dos Princípios*, entende-se que decisões, regras, ou mesmo, sub-

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ed. Brasília: UnB, 1996. p. 47.

¹⁰⁶ ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 47.

Princípios que se contraponham a Princípios serão inválidos, por contraste normativo¹⁰⁷.

Os Princípios atuam ainda como limites de atuação ao jurista. Em outras palavras, no mesmo passo em que funcionam como vetores de interpretação, têm como função limitar a vontade subjetiva do aplicador do Direito, vale dizer, os Princípios estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto¹⁰⁸.

O pós-positivismo proclama a multifuncionalidade dos Princípios. E Canotilho, nessa esteira, apresenta as funções dos Princípios conjugando as tradicionais com aquelas percebidas na evolução do pensamento constitucional, que são a função normogênica e a função sistêmica, ou seja, “são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar todo o sistema constitucional¹⁰⁹”.

Luiz Henrique Cademartori, elucidando o pensamento de Canotilho, discorre:

(...) pode-se dizer que os Princípios, dentro do ordenamento jurídico, possuem duas funções: sistêmica e normogênica. A primeira estabelece que os Princípios são as balizas do ordenamento jurídico, ou seja, servem como diretivas de organização do sistema. A segunda, por sua vez, deriva do fato de os Princípios, por serem o fundamento, a partir deles, podem ser produzidas novas normas jurídicas¹¹⁰.

Colocados na esfera jurídico-constitucional, os Princípios, em grau de positivação, guiam e fundamentam todas as demais normas que a ordem jurídica institui. Ademais, o diploma constitucional somente sobreviverá ao desenrolar do processo histórico se contiver em seu cerne as sementes das mudanças, sendo que estas encontram-se precisamente na estrutura aberta do Princípios, capazes de, muitas vezes, recepcionar as

¹⁰⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 55.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256.

¹⁰⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 169.

¹¹⁰ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002. p. 83.

mudanças ocorridas no seio da Sociedade, sem que isso importe numa contínua modificação do texto constitucional¹¹¹.

Assim, a Constituição da República de 1988, muito bem captou a importância dos Princípios ao estatuir categoricamente no §2º de seu artigo 5º que "os Direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos Princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"¹¹².

2.2 DA DIFERENÇA ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Vários são os autores que propuseram definições para as espécies normativas, dentre as quais algumas tiveram grande repercussão doutrinária. O objetivo deste tópico não é investigar todas as concepções acerca da distinção entre Princípios e regras, mas procurar descrever os fundamentos dos trabalhos mais importantes sobre o tema, destacando o pensamento do jurista alemão Robert Aléxy e do jurista norte-americano Ronald Dworkin.

Para saber como distinguir, no âmbito do conceito normas, regras e Princípios, por se revelar uma tarefa particularmente complexa, podem ser utilizados os seguintes critérios assim proposto por Canotilho:

- a) O grau de abstração: os Princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os Princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

¹¹¹ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 25.

¹¹²BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vademecum Universitário de Direito Rideel**. 2 ed. São Paulo: Rideel, 2007. p. 55.

c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de Direito: os Princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: Princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: Princípio do Estado de Direito).

d) 'Proximidade da idéia de Direito': os Princípios são 'Standards' juridicamente vinculantes radicados nas exigências de 'justiça' (DWORKIN) ou na 'idéia de Direito' (LARENZ); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal.

e) Natureza normogenética: os Princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante¹¹³.

Pode-se resumir essas distinções, observando que os Princípios são formulações gerais de otimização, que envolvem valores e, por sua flexibilidade, podem concorrer entre si, admitindo ponderação e sopesamento de valores. Por sua vez, as regras são formulações mais específicas, que estabelecem um comportamento determinado. Por serem mais rígidas e específicas não admitem conflito, pois se existirem regras contraditórias no Ordenamento Jurídico, estará caracterizada uma antinomia de regras onde somente uma será considerada válida, para que se mantenha sua unidade e coerência.

Willis Santiago Guerra Filho também faz referência à distinção entre regras e Princípios, dando destaque especial para os Princípios fundamentais da Constituição:

(...) as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou "tipificação") de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os Princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na Constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros

¹¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 167-168.

Princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, in abstracto, antinômicos entre si¹¹⁴.

No que se refere à distinção entre Princípios e regras, a doutrina também aponta a existência de pelo menos duas concepções: uma defende que a diferença é qualitativa, e outra afirma que a diferença está situada apenas na gradação da norma. A primeira pode ser denominada de “concepção forte”, e a segunda, de “concepção débil” ou “fraca” dos Princípios.

Para os autores da “corrente fraca” dos Princípios, dentre os quais se destacam Esser, Larenz e Canaris, sustentam que os Princípios são normas de elevado grau de abstração (destinam-se a um número indeterminado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número indeterminado de pessoas) e que, por isso, exigem uma aplicação influenciada por elevado grau de subjetividade do aplicador, contrariamente às regras, que denotam pouco ou nenhum grau de abstração (destinam-se a um número ‘quase’ determinado de situações) e generalidade (dirigem-se a um número ‘quase’ determinado de pessoas), e que, por isso, demandam uma aplicação com pouca ou nenhuma influência de subjetividade do intérprete¹¹⁵.

Já para os integrantes da “concepção forte” dos Princípios, dentre os quais Dworkin e Alexy, sustentam que os Princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras, que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, por isso, exigem uma aplicação mediante subsunção¹¹⁶.

Embora existam semelhanças e convergências nas teorias principiológicas de Alexy e Dworkin, tendo o conceito de Princípio papel relevante em ambos os autores, por sua vez a sua natureza e aplicabilidade é um pouco diversa. Segundo a concepção de Alexy, os Princípios considerados espécie – juntamente com as regras – do

¹¹⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos fundamentais, processo e Princípio da proporcionalidade**. In: *Dos Direitos humanos aos Direito fundamentais*. Coord. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 17.

¹¹⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 84.

¹¹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 87

gênero norma, possuem o caráter de “mandatos de otimização” pela razão de que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes¹¹⁷.

Portanto, os Princípios seriam mandatos de otimização caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos ou não, em graus diferentes, sendo a medida do seu cumprimento dependente não somente das possibilidades fáticas (determinadas no caso concreto a partir do qual são invocados Princípios opostos pelas partes), mas também jurídicas, relacionadas com os Princípios mesmos que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados em determinado caso¹¹⁸.

Explicitando melhor esta questão, o autor afirma que, se os Princípios determinam que algo deve ser realizado na maior medida do possível considerando possibilidades fáticas e jurídicas, eles não possuem comandos definitivos e sim, *prima facie*. Isto significa que somente após a relação de preferências estabelecidas entre Princípios, quando colidem em dado caso concreto, estabelecido qual deles é o mais relevante e, portanto, prevalente para aquele caso, a partir de então, torna-se ele uma regra que prescreverá um Direito definitivo. Entenda-se como Direito definitivo aquele juízo concreto de *dever ser* que tem como conteúdo a declaração de que a alguém corresponde um Direito¹¹⁹.

Elucidando ainda mais esta questão, Alexy afirma que os Princípios apresentam razões que podem ser deslocadas por motivos opostos advindos de outros Princípios. Ocorrendo, por exemplo, uma colisão entre duas dessas normas, num determinado caso concreto, a solução para tanto pode ser obtida através da inserção de uma relação condicional de precedência entre eles. A fundamentação desta será dada através de um enunciado ou postulado de ponderação racional. A racionalidade desta ponderação, por sua vez, pode ser assim sintetizada: *Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um Princípio, tanto maior será a importância da satisfação do outro para a*

¹¹⁷ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 82-87.

¹¹⁸ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 82-87.

¹¹⁹CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002. p.98.

*solução do caso*¹²⁰.

A relação de ponderação atribui a cada Princípio um peso por serem eles exigências de otimização diferentemente das regras que são rígidas na sua aplicação a um caso concreto. Ou seja, neste último caso, as regras se aplicam de forma integral dentro de um código binário válido/inválido; tudo ou nada, fazendo-se valer, quando cabíveis, em caráter definitivo e excludente. Os Princípios, por seu lado, podem ter diferentes graus de concretização, dependendo das circunstâncias específicas (possibilidades fáticas) e dos demais Princípios que se confrontam (possibilidades jurídicas). Somente após a realização do processo de ponderação é que o Princípio considerado prevalente torna-se uma regra a estabelecer um Direito definitivo para aquele caso¹²¹.

Outro autor que também propõe uma abordagem renovada sobre a teoria dos Princípios em uma linha de pensamento similar com a do jurista alemão Alexy, tecendo argumentos que se complementam com o dele é o jurista norte-americano Ronald Dworkin¹²².

Este autor formula uma crítica ao positivismo jurídico, estabelecendo uma distinção entre normas, diretrizes e Princípios (neste caso, o conceito *norma* está referido a estas em sentido estrito, ou seja, como *regras* ou normas comuns)¹²³.

Para Dworkin o positivismo tradicional apenas considera as normas que se aplicam totalmente a um caso determinado ou então não se aplicam. Assim, o modelo positivista tradicional se baseia em normas de caráter mais restrito às hipóteses nelas previstas, com um grau menor de generalidade e abstração na sua aplicabilidade aos

¹²⁰CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002. p.98.

¹²¹ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 111-115.

¹²²Apesar destes autores apresentarem algumas divergências em suas explanações sobre a operatividade dos Princípios do Direito, não serão analisados neste trabalho, mas somente os seus argumentos naquilo em que se complementam para uma melhor exposição sobre a diferença entre regras e Princípios.

¹²³CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002. p.101.

casos concretos¹²⁴.

O jurista norte-americano, ao contrário desses postulados, sustenta que, ao lado de tais normas, também existem Princípios e as diretrizes. Para diferenciá-los Dworkin chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social.

Denomina Princípios as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais que sejam tidas como convenientes, mas sim porque a sua observância corresponde a um imperativo de justiça, equidade (*fairness*), de honestidade ou de outra dimensão moral¹²⁵.

Se no caso das normas comuns ou regras, estas se aplicam ou não aos casos concretos dentro de uma perspectiva de “tudo ou nada” (*an all or nothing*), os Princípios estabelecem as razões para decidir de uma forma determinada e, ao contrário das outras normas comuns, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação mas sim, o seu conteúdo material ou peso específico, ou seja, o valor que encerram e que define quando eles serão aplicados ou não¹²⁶.

Luiz Henrique Cademartori a partir destas premissas leciona:

Disso decorre a conclusão de que um Princípio aplicado a um determinado conflito de interesses (*lide*), caso ele não venha a prevalecer, nada impedirá que amanhã, em outra circunstância volte ele a ser utilizado de forma conclusiva.

No caso de uma relação entre regras, não cabe analisar se uma é mais importante do que a outra (em termos de valor ou peso), então se uma regra entrar em conflito com outra, não se cogita que uma prevaleça sobre a outra em função do seu peso maior, e sim, em função da sua validade. Se ocorrem os fatos enunciados na regra, então ela será válida e sua

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p. 09.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.84.

¹²⁶ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p. 192-208.

resposta deverá ser aceita, caso contrário, ela deve, de plano, ser afastada, não contribuindo em nada para a decisão da lide¹²⁷.

Por esta razão que o significado de validade da regra está associado ao “tudo ou nada”, mas em se tratando de Princípios, o que conta é o peso ou valores materiais daquilo que eles postulam. Assim, quando se entrecruzam vários Princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Esta valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um Princípio, em relação a outro, será com frequência discutível¹²⁸.

Importante, fazer um parêntese e destacar que para Dworkin, a *igualdade* é um meta valor, o que não admite Alexy, segundo o qual, *prima facie*, todos os valores *jusfundamentais* se equiparam. Explicitando melhor, enquanto que Alexy entende a liberdade, igualdade como Princípios *prima facie*, dentre outros, de mesma posição hierárquica no ordenamento constitucional e passíveis de colisão, tal idéia fica afastada na concepção de Dworkin, segundo a qual a igualdade (*equal concern*) constitui-se na virtude suprema (*sovereign virtue*) da comunidade política, entendendo que a igualdade de consideração e respeito exige que o governo aspire a uma forma de igualdade material, por ele entendida como igualdade de recursos¹²⁹.

Retomando o pensamento de Dworkin, este dispõe que os Princípios informam as normas comuns ou regras de tal sorte que a literalidade da regra poderá ser desconsiderada pelo julgador quando violar um Princípio considerado importante para aquele caso específico, em função do seu conteúdo e força argumentativa¹³⁰.

Ressalta Luiz Henrique Cademartori que “aqui se está tratando da categoria jurídica ‘validade’ no seu sentido tradicional, ou seja, despida de qualquer carga axiológica”. Em se tratando deste conceito em termos garantistas, ver-se-á que qualquer

¹²⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002. p.101-102.

¹²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 93.

¹²⁹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Hermenêutica principiológica e colisão de Direitos fundamentais: as teorias de Alexy e Dworkin e os aporte de Habermas**. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. vol. 11 – n. 1/jan-jun de 2006. Itajaí: Unival. p. 140-141.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989. p.01.

juízo de validade normativa deverá levar em conta os valores derivasos dos Direitos fundamentais constitucionais. Assim, passa a ser irrelevante a diferenciação entre regras e Princípios do ponto de vista da validade daquelas, contraposta ao *peso* ou valor destes últimos. O que passa a ser relevante é a conformação heurística dos Princípios como normas primariamente consideradas a orientar a solução de certo conflito jurídico e cuja adoção não será obrigatória para casos semelhantes. Isto porque dependerá das valorações ponderadas, racionalmente, em cada situação. Sendo assim, a ductibilidade ou otimização dos Princípios revela-se como seu principal atributo a diferenciá-lo das demais normas de Direito¹³¹.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: NATUREZA E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Os Princípios constitucionais, por serem núcleos valorativos essenciais alicerçantes do sistema jurídico, configuram-se como mais que enumerados previstos em dispositivos constitucionais, possuem natureza de norma, de lei, de preceito jurídico. Expressam opções políticas fundamentais, configuram eleição de valores sociais como fundantes de uma idéia de Estado e de Sociedade. Desta forma, esses Princípios, então não expressam somente uma natureza jurídica, mas também política, ideológica e social, como, de resto, o Direito e as demais normas de qualquer sistema jurídico. Porém, expressam uma natureza política, ideológica e social, normativamente predominante, cuja eficácia no plano da *praxis* jurídica – esta entendida como concretização do Direito no sentido mais amplo possível -, alcança, muito além dos procedimentos estatais (judicialistas, legislativos e administrativos), até a organização política dos mais diversos segmentos sociais, como os sindicatos, partidos políticos etc¹³².

Cármem Rocha, nesta linha de argumentação, pontua sobre a natureza dos Princípios constitucionais:

¹³¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2002. p.102.

¹³² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 76.

Os Princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em Princípios. Adotados pelo constituinte sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...). (...). As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem a diretrizes compreendidas na principiologia informadora, no sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado¹³³.

Destaca-se também os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

(...) os Princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição (...) não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que ‘costuram’ suas diferentes partes. Os Princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos¹³⁴.

Para Canotilho os Princípios constitucionais são de duas categorias:

Princípios político-constitucionais e os Princípios jurídico-constitucionais. Os primeiros se constituem daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional e são, segundo Cristafulli, *normas-Princípio*, isto é normas que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares regulando imediatamente relações específicas da vida social. Manifestam-se como Princípios constitucionais fundamentais, positivados em normas-Princípio que traduzem as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição. São esses Princípios fundamentais que constituem a matéria dos artigos 1º e 4º do Título I

¹³³ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 25.

¹³⁴BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ed São Paulo: Saraiva, 1998. p. 142.

da Constituição¹³⁵.

Por sua vez, os *Princípios jurídico-constitucionais* são os Princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou Princípios derivados) dos fundamentais, como o Princípio da supremacia da Constituição e o conseqüente Princípio da constitucionalidade, o Princípio da legalidade, o Princípio da isonomia, o Princípio da autonomia individual, decorrente da declaração dos Direitos, o da proteção social dos trabalhadores, fluente da declaração dos Direitos sociais etc¹³⁶.

Duas questões levantadas por Canotilho, merecem ser destacadas que são: o que deve entender-se por Princípios consignados na Constituição? Apenas os Princípios constitucionais escritos ou também os Princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável para o professor português, dentro da perceptiva principialista, é a de que a consideração de Princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a Princípios reconduzíveis a uma densificação ou revelação específica de Princípios constitucionais positivamente plasmados¹³⁷.

Deste modo, observa-se que Canotilho aceita a tese de um Direito Constitucional não escrito que fundamenta, em última instância, as idéias acima expostas. No entanto, esse Direito não escrito é encarado apenas como função de complementação, integração e desenvolvimento das normas constitucionais escritas. Assim, muitos Princípios constitucionais não escritos são produtos da atividade integradora no Direito Constitucional, fruto da colmatação de lacunas, pois ele entende que a integração constituiu-se numa explicitação de normas implícitas; ou ainda, da complementação de várias disposições e idéias consagradas no texto, que permitem entrever Princípios constitucionais não escritos¹³⁸.

Feitas estas considerações, merece ser destacado também as características principais dos Princípios constitucionais, segundo o pensamento de Carmém

¹³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 177-178.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 179.

¹³⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 980.

¹³⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 198.

Lúcia Rocha, de onde se extrai que os mesmos possuem: generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, informatividade, atualidade, poliformia, vinculabilidade, aderência, complementariedade e normatividade jurídica.

Generalidade significa que os Princípios constitucionais têm um vasto lastro de concretização, não configurando, com isso imprecisão. Essa característica dos Princípios constitucionais possibilita o desenvolvimento de seus conteúdos normativos, coerentemente às aspirações plurais da sociedade, que tais Princípios pautam-se a disciplinar, conquanto permitindo que a Constituição desempenhe, na plenitude, seu mister de lei fundamental¹³⁹.

Porém, não se deve confundir generalidade e vagueza, quando se considera generalidade apenas em relação ao âmbito de abrangência (quantidade de situações) e não em relação ao conteúdo (tipo de situação). Uma norma pode ser precisa em seu significado, mas genérica em seu alcance, como a do artigo 5º, VIII, da CRFB/88, que diz que ninguém será privado de Direitos por motivo de crença religiosa ou convicção política ou filosófica, a menos que as invocar para eximir-se de obrigação a todos impostas¹⁴⁰.

Pela característica da *primariedade*, os Princípios constitucionais seriam primários e primeiros no interior do sistema constitucional, pois dele decorrem outros Princípios, que são sub-princípios em relação aos anteriores e que se podem conter, expressa ou implicitamente, nesse sistema¹⁴¹.

Segundo Carmém Lúcia Rocha a característica da *dimensão axiológica*, significa que os Princípios constitucionais são dotados de valores éticos que não os consagram como axiomas jurídicos ou verdades absolutas, por estarem sujeito sempre à mutabilidade e dialogicidade do meio sociopolítico em que atuam. Mutabilidade ocasionada pela ação de movimentos constituintes ou (re) constituintes, ou mesmo, pelos processos interpretativos próprios da “mutação constitucional”. Movimentos ocasionados

¹³⁹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 81.

¹⁴⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 19.

¹⁴¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 78.

pelas forças de representação social que dialogam (ou se embatem) no seio de uma sociedade política organizada¹⁴².

Já a característica da *objetividade*, verifica-se que:

Os Princípios constitucionais são *objetivos*. Conquanto caracterizados pela generalidade de seus conteúdos, eles são dotados de objetividade. Não se cuidam, pois, de conteúdos subjetivos ou aleatórios. Têm substância jurídica própria, cuja explicitação é tarefa do aplicador das normas nas quais eles se contêm. A objetividade dos Princípios constitucionais impede, então, que seja permitida a seus aplicadores a opção livre de sentidos a serem extraídos num determinado momento da vigência do sistema jurídico¹⁴³.

Assim, a objetividade dos Princípios constitucionais contrapõe-se à subjetividade criadora de sentidos contrários ao conteúdo próprio e a identidade singular que eles conferem à ordem jurídica, e que a atividade de interpretação e de aplicação do Direito revela ou descobre quando da concretização dos textos constitucionais. Essa objetividade dos Princípios constitucionais, de outra parte, vincula-se às idéias de segurança e de certeza jurídicas enquanto garantias asseguradas à pessoa humana, em face dos conteúdos de seus Direitos objetivados no Direito posto¹⁴⁴.

Ademais, no tocante a característica da *transcendência*, Cármem Rocha dispõe que por esta característica os princípios superam a elaboração normativa constitucional formal e medram no ordenamento estatal como a mais vigorosa diretriz política, legislativa, administrativa e jurisdicional. Ou seja, seus conteúdos normativos transcendem o conjunto literalizado de significados principialistas no texto da Constituição, se densificam na constelação de conceitos e opiniões constitucionalmente adequadas e normatizam diversos comportamentos do Estado e dos indivíduos, que se expressam por atos do Executivo, do Judiciário ou do Legislador e, mesmo, pela ação dos movimentos e grupos sociais atuantes, em dado momento, na cena política-jurídica de uma

¹⁴²ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 32.

¹⁴³ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 33-34.

¹⁴⁴ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 80.

nação¹⁴⁵.

Os Princípios constitucionais caracterizam-se por serem *informativos* de todo sistema jurídico de um Estado. Base do sistema constitucional, como reiteradamente lembrado, fazem-se fonte de todas as ordenações jurídicas. Todas as regulações jurídicas que adentram o sistema têm, na principiologia constitucional, o berço das estruturas e instituições jurídicas¹⁴⁶.

Atualidade é a característica dos Princípios constitucionais pela qual esses mantêm-se atuais, assegurando a eficaz sincronia entre a presente conjuntura sociopolítico-econômica vivenciada por uma dada sociedade e o respectivo ordenamento normativo básico a que essa coletividade esteja vinculada¹⁴⁷.

Da generalidade decorre a plasticidade que os Princípios apresentam, permitindo-lhes amoldarem-se às diferentes situações e assim acompanharem o passo da evolução social. Essa é uma característica predominantemente formal: prende-se antes à expressão lingüística dos Princípios que a seu sentido, visto que este deve ser sempre preciso em dado contexto, refletindo com precisão a tradução jurídico-normativa dos valores mais caros e oportunos¹⁴⁸.

A essa característica de plasticidade, Cármem Rocha denomina de *poliformia*:

A poliformia principiológica na Constituição é que possibilita a multiplicidade de sentidos que se acrescentam e se sucedem, a fim de que o sistema tenha permanência, presença e eficácia social e jurídica. Fosse o Princípio encarcerado num único sentido e a sua cristalização unívoca e imutável imporia, como condição de eficiência do sistema jurídico, que a cada nova visão social do Direito se alterasse, formalmente, a ordem

¹⁴⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 80.

¹⁴⁶ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 41.

¹⁴⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 41.

¹⁴⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 21.

normada, a fim de que os novos termos, nos quais fossem eles expostos, sintonizasse o ideário social com o definido constitucionalmente¹⁴⁹.

Os Princípios constitucionais apresentam, também, a característica da *vinculabilidade*, que garante a vinculação dos mesmos entre si, de forma que haja plena integração entre todo o conjunto de Princípios constitucionais e ainda, a interligação cogente, por meio dos Princípios constitucionais de todas as espécies normativas de ordenamento jurídico, com base numa perspicaz interpretação e aplicabilidade do texto constitucional¹⁵⁰.

Essa vinculação não ocorre somente no sentido de que os Princípios vinculam as interpretações de outras normas da ordem jurídica – tanto as de escalão constitucional como as ordinárias -, mas também que vinculam o sentido da legitimidade constitucional (controle de constitucionalidade) de atos estatais e particulares. Ademais, são os Princípios constitucionais vinculados ao ideário político, social e jurídico predominante, em uma sociedade organizada em Estado. Bem como vinculados entre si, no sentido que nenhum Princípio deve ser considerado isolado ou auto-suficiente¹⁵¹.

Como corolário lógico e necessário da *vinculabilidade*, está a *aderência*, por ela quer se predicar aos Princípios constitucionais a idéia de que nenhum comportamento estatal ou particular poderá refugir, de forma exceptiva, ao quanto foi constitucionalmente positivado nas normas principais. Nem a produção normativa do Estado (leis, atos normativos e sentenças) ou da sociedade (contratos, convenções etc.) poderá não aderir ao principiologicamente posto na Constituição, pois serão tidas como inválidas¹⁵².

Pela característica da *complementariedade*, Cármem Rocha alude:

(...). A conjunção dos Princípios constitucionais é que afirma o modelo fundamental no qual se arrima toda a construção jurídico-normativa da sociedade estatal, pelo que se caracterizam pela complementariedade que

¹⁴⁹ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 39.

¹⁵⁰COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 83.

¹⁵¹ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 82.

¹⁵²ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 82.

os anima. Conjugados os Princípios se amalgamam, formando um todo coordenado. Pela complementariedade que os caracteriza, os Princípios constitucionais são condicionantes uns aos outros. O seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída de todos eles, do entrosamento que deles se retire¹⁵³.

Por fim a última característica citada por Cármem Rocha é da *normatividade jurídica* dos Princípios constitucionais. Por essa característica preconiza-se para os Princípios constitucionais a qualidade de norma, de norma de Direito, de juridicidade. Por ela, os Princípios são leis, são preceitos de regulação abstrata e geral, que diferem das regras, mas que como elas, são normas jurídicas, com imperatividade, vinculabilidade, aplicabilidade, como qualquer outra norma dotada de significação de Direito¹⁵⁴.

Assim, verifica-se que esse conjunto de características evidencia a natureza peculiar dos Princípios constitucionais enquanto norma de Direito e ainda, como norma constitucional dotada de efetiva e complexa juridicidade.

Outra classificação é apresentada por Paulo Cruz que divide os Princípios constitucionais em três tipos: *os político-ideológicos, os fundamentais gerais e os específicos*. Os Princípios constitucionais que o autor denomina como político-ideológicos são aqueles que representam os “Princípios dos Princípios”, com alta carga axiológica, destacando que são aqueles que nosso constituinte enumera no artigo 4º da Constituição, ou seja, a independência nacional; o da prevalência dos Direitos humanos, e entre outros, o da autodeterminação dos povos. Estes, então, vão nortear, embasar todos os demais, e, segundo Paulo Cruz, teriam “um grau de concretude muito baixo¹⁵⁵”.

O segundo tipo são os Princípios constitucionais fundamentais gerais, possuindo, estes sim, um alto grau de concretude e aplicabilidade. Enumera, a guisa de exemplo, em nossa Constituição, o inciso IV do artigo 5º, que estabelece a liberdade de manifestação de pensamento, vedando o anonimato. Como terceiro e último tipo, apresenta os Princípios constitucionais específicos, que orientam, então, a uma determinada parte do

¹⁵³ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 41.

¹⁵⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999. p. 83-84.

¹⁵⁵ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito constitucional**, 2ed. Curitiba: Juruá, 2004. p.113.

Direito Constitucional, como exemplo, assegurando a universalidade da previdência social (artigo 194); a proteção do salário (artigo 7º, inciso VI) e muitos outros. Estes Princípios, por óbvio irão orientar e embasar outros ramos do Direito, com suas especificidades, no entanto, tendo aquela característica de que Jorge Miranda leciona, o devido atrelamento aos Princípios constitucionais. Note-se que, como bem leciona Paulo Cruz, os Princípios constitucionais específicos, tem marcante uma proximidade muito grande com as características encontradas nas regras jurídicas, notadamente quanto a sua eficácia e auto-aplicação, mas com ela se diferenciam, como se observou no segundo tópico deste Capítulo¹⁵⁶.

2.4 DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Depois de se verificar a natureza e características informadoras dos Princípios constitucionais, será abordado, agora em caráter específico, o Princípio da Função Social da Propriedade privada, inicialmente, em seus aspectos estrutural e funcional. Após, com base em lições doutrinárias buscaremos interpretar seu conceito, conteúdo e extensão; bem como iremos observar a quais destinatários o Princípio da Função Social da Propriedade privada atinge, se somente a coletividade, ou também ao titular do Direito de Propriedade, ao legislador ordinário e ao magistrado?

O Princípio da Função Social da Propriedade condiciona o reconhecimento e proteção do Direito do proprietário (poder) ao direcionamento do uso dado à Propriedade para os interesses sociais (dever). Passa a integrar o conceito jurídico-positivo de Propriedade, de modo a determinar – repita-se – profundas alterações estruturais na sua interioridade. Por isso que, embora sem autorizar a supressão da Propriedade privada, transforma-a em um dever. Busca-se conciliar assim, os extremos (Propriedade individualista/supressão da Propriedade privada) e encontrar um meio termo entre estes, representado pela Propriedade privada qualificada por uma Função Social¹⁵⁷.

Desta forma, a Propriedade, instituto do Direito privado por excelência, adquire conotação social e incorpora a idéia de função, típica do Direito

¹⁵⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2ed, Curitiba: Juruá, 2004. p.113.

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano**. São Paulo: RT, 1983. p. 67.

público. Passa a ser limitada não apenas por outros interesses individuais em oposição ao interesse do proprietário, mas também no intuito de atender a interesses sociais¹⁵⁸.

O Princípio da Função Social não é uma garantia jurídica de estabilização de relações jurídicas preexistentes. É uma norma impositiva sobre uma relação jurídica garantida. Em outras palavras, dada a existência de sujeitos proprietários, juridicamente garantidos, o Direito intervém nessa relação, impondo novos deveres e responsabilidades¹⁵⁹.

A norma que dispõe sobre a Função Social da Propriedade cria o ônus do proprietário privado perante a sociedade. Essa norma institui um ônus que recai sobre o desenvolvimento da relação de poder entre sujeito e objeto, que configura a Propriedade privada. O ônus imposto sobre o sujeito proprietário significa que sua atuação deve trazer um resultado vantajoso para a sociedade, a fim de este poder individualizado seja reconhecido legalmente. Em outros termos, o que o Direito impõe (e não apenas garante) é o preenchimento da relação de Propriedade, de forma que a disposição individualizada da vontade para a vantagem própria traga também vantagens sociais e, por conseguinte, uma melhoria da vida social¹⁶⁰.

Note-se dessa forma, que esse tratamento da relação de Propriedade marca a diferenciação entre o Estado liberal e Estado social. Enquanto o primeiro garante a Propriedade privada contra terceiros, o segundo preocupa-se com a melhoria da vida social a partir dessa apropriação privada de bens.

Vladimir da Rocha França entende que o Princípio fundamental da Função Social da Propriedade constitui o alicerce constitucional do regime jurídico-constitucional da Propriedade, estando todos os demais Princípios e regras constitucionais a ele submetidos, inclusive o Princípio da Propriedade privada estabelecido no art. 170, II, da Lei Maior. Pois se o constituinte desejasse colocar o Princípio da apropriação privada dos bens econômicos como superior ao da Função Social, deveria tê-lo posto como

¹⁵⁸CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 84.

¹⁵⁹DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “Função Social”. São Paulo. **Revista de Direito Ambiental**. n° 27, ano 2, julho-setembro de 2002. São Paulo: RT, 2002. p. 59.

¹⁶⁰DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “Função Social”. São Paulo. **Revista de Direito Ambiental**. n° 27, ano 2, julho-setembro de 2002. São Paulo: RT, 2002. p. 59.

Princípio constitucional fundamental, o que se seria histórica e sociologicamente irreal¹⁶¹.

E ainda dispõe que o Princípio da Função Social da Propriedade, em uma eventual colisão com o Princípio da Propriedade privada em um caso concreto é superior e deve prevalecer:

Não vemos no art. 5º da Carta Magna uma inserção do Princípio da Propriedade privada, mas sim da instituição da Propriedade, submetida ao Princípio da Função Social da Propriedade. Somente se insistirmos numa concepção individualista da Propriedade, fulminada pela Constituição e pelos fatos, é possível se admitir que a Função Social constitui um elemento acessório da Propriedade privada. (...). A Propriedade privada e a Função Social da Propriedade, quando encaradas como Princípios, se postos no mesmo patamar hierárquico, produzem uma contradição sem solução. Um ou outro assume um caráter acessório, no nosso entender. Optamos em colocar a Função Social da Propriedade como Princípio superior ao da Propriedade privada, já que é justamente aquela o núcleo de sustentação e estabilidade da instituição da Propriedade nos dias atuais¹⁶².

Mas deve-se deixar claro que a relativização e alteração do núcleo normativo tradicional empreendido pelo texto constitucional não implica numa abolição da Propriedade, ou numa tendência em prol de sua coletivização. O Princípio da Função Social tem como objetivo conceder legitimidade jurídica à Propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva, e, por conseguinte, resguardar os fundamentos e diretrizes fundamentais expostos nos arts. 1º e 3º da Constituição da República de 1988, bem como os demais fundamentos e diretrizes constitucionais relacionados com a matéria.

Para Guilherme Purvin de Figueiredo o Princípio da Função Social da Propriedade aponta na mesma direção do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, buscando atender os fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum. Não se confundindo com atos legislativos, jurisdicionais ou políticos que cumpram essa finalidade social, o Princípio paira sobre tais decisões. Em outras palavras, ele “deve ser

¹⁶¹FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da Função Social da Propriedade . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

¹⁶²FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da Função Social da Propriedade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

levado em conta pelas autoridades públicas, como (se fosse) uma razão que inclina numa ou noutra direção¹⁶³, e, nesse processo, acaba por integrar todos os demais Princípios que possam, direta ou indiretamente, relacionar-se ao exercício do Direito de Propriedade¹⁶⁴.

Ele defende ainda, a idéia de que o Princípio da Função Social da Propriedade paira no ordenamento jurídico, como um mega-Princípio, que engloba os Princípios da Propriedade privada, da defesa do meio ambiente, dos valores sociais do trabalho, da defesa do consumidor, dentre outros. Ele em si mesmo, não é uma regra suscetível de aplicação, mas pode consubstanciar-se em regras jurídicas. Trata-se de um mega-Princípio voltada à consecução da finalidade última de toda ordem jurídica democrática: a valorização da dignidade da pessoa humana¹⁶⁵.

Consubstanciando essa relação que envolve o Princípio da Função Social da Propriedade (mega-Princípio, como nominado por Guilherme Figueiredo Purvin) com outros Princípios, Ricardo Arone faz uma relação entre o Princípio da Função Social da Propriedade com o Princípio da igualdade, cidadania e dignidade humana. Ele dispõe que nossa Constituição positiva não só um Estado Democrático de Direito, como também um Estado Social. Nesse passo, o Princípio da igualdade alcança o sentido de igualdade de oportunidades e condições reais de vida. Em tal ponto, o Princípio da igualdade traduz Princípio impositivo de uma política de justiça social, de acesso à cultura, saúde, erradicação da miséria e outras, como contraponto jurídico-constitucional impositivo de compensações de desigualdade de oportunidade e como sancionador da violação da igualdade por comportamento omissivo, passível de declaração de inconstitucionalidade¹⁶⁶.

É nesse contexto que o Princípio da Função Social vem a densificar o Princípio da igualdade, cidadania e o da dignidade da pessoa humana. Pelo esclarecimento recíproco entre tais normas conformadoras do sistema jurídico, que se positivarão no caso concreto, topicamente abarcado pelo sistema, os deveres que o proprietário terá em face da titularidade. Pois uma grande Propriedade rural voltada para o

¹⁶³DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

¹⁶⁴FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 2ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005. p. 112.

¹⁶⁵FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 2ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005. p. 113.

¹⁶⁶ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 204.

mercado agrícola fará advir ao respectivo titular obrigações diferidas da que corresponde a uma pequena Propriedade voltada à subsistência, que, inclusive, em face de seus contornos próprios, atraem deveres de incentivo, proteção e custeio do Estado¹⁶⁷.

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos autores acima, Gustavo Tepedino entende que o Princípio da Função Social da Propriedade exige do intérprete para sua aplicação, a integração desse em todo o sistema constitucional e paralelamente, com o Código Civil, que é ponto nuclear de todo o ordenamento privado, evitando a desintegração do sistema em lógicas setoriais. E com isso, o sistema jurídico se estabelece como uno, integrado e o Direito de Propriedade, revelado em sua Função Social, mantém-se resistente no ordenamento positivo, em decorrência de sua maleabilidade ao desempenhar implicações que viabilizam a justiça social nas relações jurídicas e sociais¹⁶⁸.

Cássia Celina Moreira da Costa destaca que a Propriedade urbana, assim como a rural e todas as outras espécies de Propriedade, submete-se às leis específicas reguladoras de seu exercício e esta, em particular (urbana), às espécies normativas componentes do Direito urbanístico, ressaltando-se que a concretude de seu funcionamento depende, intrinsecamente, da harmonização precípua e constante de todos os preceitos normativos reguladores de tal matéria, pertencentes ao ordenamento jurídico, com a ordem constitucional, sendo esse ponto nuclear de partida para toda e qualquer interpretação axiológica do Direito¹⁶⁹.

Em análise ao Princípio da Função Social da Propriedade, Comparato destaca:

Quando se fala em Função Social da Propriedade, não se indicam as restrições ao uso e gozo dos bens próprios. Estas últimas são limites negativos aos Direitos do proprietário. Mas a noção de função, no sentido em que é empregado o termo nessa matéria, significa um poder, mais especificamente, o poder de dar ao objeto da Propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo *social* mostra que este objetivo corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse próprio

¹⁶⁷ ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 204.

¹⁶⁸ TEPEDINO, Gustavo. A tutela jurídica da Propriedade privada na ordem constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 1, 1993. p. 121

¹⁶⁹ COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 89.

do *dominus*, o que não significa que não possa haver harmonização entre um e outro. Mas de qualquer modo, se está diante de um interesse coletivo, essa função da Propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário sancionável pela ordem jurídica¹⁷⁰.

O Princípio da Função Social da Propriedade embora de aplicação a toda coletividade, segundo Perlingieri destina-se, especificamente ao titular do Direito de Propriedade, ao legislador ordinário e ao juiz. O primeiro mencionado está adstrito no exercício das faculdades próprias do domínio à perseguição de fins sociais, a fim de que possa preservar a tutela jurídica do seu Direito de proprietário. Quanto ao segundo destinatário indicado, o legislador ordinário, deve esse proceder de maneira que, atento aos proclamos constitucionais, não permita ao titular do domínio, respaldado em normas jurídicas infraconstitucionais, poderes contrários ou abusivos quanto às aspirações sociais; e ainda, que seja viabilizado ao exercente do respectivo Direito de Propriedade poderes necessários para perseguir os objetivos constitucionais relevantes^b. E ao juiz e a outros aplicadores do Direito, cabe o mister de interpretar o exercício do Direito de Propriedade, relevando-se seu cumprimento dos interesses sociais¹⁷¹.

Assim, pelo aspecto principiológico da Função Social imbuída na Propriedade atual, constata André Gondinho que, sua natureza normativa se reveste de força e eficácia imediata em sua aplicabilidade, de modo que todo o ordenamento jurídico norteado pela essência dos Princípios econômicos e sociais republicanos vigentes e dentre esses, o da Função Social da Propriedade atual, direciona o encaminhamento de posturas por parte dos particulares, onde a finalidade econômica e especulativa do bem submete-se aos interesses da sociedade, em prol da realização de orientações primadas pela solidariedade política e social¹⁷².

A Função Social como Princípio visa conciliar os âmbitos do individual e do social, de forma a que todos os interesses possam ser satisfeitos senão na

¹⁷⁰ COMPARATO, Fábio Konder. A Função Social da Propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXV, n. 63, jul./set. 1986. p. 81.

¹⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **Introduzione allá problemática della “proprietà”**. Padova: Jovene, 1971. *Apud*: GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 420.

¹⁷² GONDINHO, André Osório. Função Social da Propriedade. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 421.

sua plenitude, pelo menos até o limite em que garanta que os outros interesses a este opostos possam ter um mínimo de realização. Neste contexto, as modernas concepções de Propriedade são aplicadas à preservação de uma situação de equilíbrio entre o individual e o social. Pois a partir do Princípio da Função Social passa a Propriedade, assim, a ser vista desde uma perspectiva comunitária e não mais sob uma visão individualista¹⁷³.

Por fim, deve-se considerar que o Princípio da Função Social da Propriedade, apesar de já integrar o Ordenamento Jurídico Brasileiro, precisa passar a integrar a prática jurídica e as relações econômicas e sociais. Pois conforme expõe Betina Grupenmacher e Cristina Busquets, tal implementação dependerá de uma ação conjunta do legislador na definição dos parâmetros dessa Função Social; dos tribunais, dando-lhes toda a dimensão que, de fato, ostentam no nosso Direito e, dos cidadãos, cujos interesses são feridos pelo uso anti-social da Propriedade¹⁷⁴.

Como Princípio constitucional que é a Função Social ocupa espaço na hermenêutica jurídica – desempenhando funções de interpretação, integração, direção, etc – não só nos casos em que a Propriedade está diretamente vinculada à causa – devendo esta ser resolvida em favor da situação que melhor atenda à Função Social –, mas naquelas demandas em que o interesse social deve prevalecer, como em se tratando de habitação, urbanismo e preservação do meio ambiente. Porém, a concretização dessa nova visão jurídica sobre a Propriedade é sempre dificultada pelas constantes controvérsias entre o anseio pelo uso (tantas vezes nocivo ou abusivo) da Propriedade e a Função Social. Concretizá-la efetivamente é, ainda, tarefa em construção para os operadores do Direito na atualidade.

¹⁷³GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano**. São Paulo: RT, 1983. p. 66.

¹⁷⁴GRUPENMACHER, Betina Treiger e BUSQUETS, Cristina Del Pilar. Favelas, invasões e modalidades de loteamento. Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo (Org.). **Temas de Direito Urbanístico 2**. São Paulo: RT, 1997. p. 53.

CAPÍTULO 3

ASPECTOS DESTACADOS DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: DISCUSSÃO ACERCA DO SEU ALCANCE, EFETIVIDADE E SUA INSERÇÃO NA PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA

Neste terceiro e último Capítulo da presente dissertação, será discutido inicialmente a influência dos novos Direitos, ao Direito de Propriedade. A Propriedade Privada, outrora absoluta e ilimitada na Idade Moderna, torna-se incompatível com a nova configuração dos Direitos, que passam a tutelar Interesses Públicos, sociais, coletivos. Desta forma, o Direito de Propriedade adquire uma nova configuração, passando a estar vinculado ao cumprimento de uma Função Social.

A seguir serão abordados aspectos destacados pelos doutrinadores acerca da Função Social da Propriedade tais como sua origem, conceito, alcance e disposição na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No tópico seguinte destaca-se o pensamento crítico de Fábio Konder Comparato, Rodrigo Mesquita e José Isaac Pilati em relação a Função Social da Propriedade, respectivamente como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, a amplitude de seu alcance e a baixa efetividade da norma que a garante.

E, finalmente, no último tópico será exposta a discussão acerca da aplicabilidade da Função Social na Propriedade. A qual o regime de Propriedade ela deve inserir na Propriedade privada e também na pública, somente na Propriedade privada, ou somente na Propriedade pública?

3.1 A INFLUÊNCIA DOS NOVOS DIREITOS AO DIREITO DE PROPRIEDADE

O entendimento de que cada homem como indivíduo, possui Direitos inalienáveis irrenunciáveis e imprescritíveis, ou Direitos naturais que nascerem antes que qualquer sociedade política se mostrou mais evidente a partir da Declaração de Virgínia de 1776 e da Declaração Francesa de 1789. Até que referidos Direitos fossem considerados como “fundamentais” a sociedade teve que adaptar-se às novas mudanças que ocorriam na época, explicado por Bobbio¹⁷⁵ como decorrente do: a) aumento da quantidade de Bens considerados merecedores de Tutela; b) extensão da titularidade de certos Direitos típicos a outros sujeitos que não o Homem; c) a consideração do Homem não mais como ente genérico ou “em abstrato”, mas sim na concretude das maneiras de ele ser em Sociedade, tais como “criança, velho, doente”.

Assim, as mudanças sociais e políticas, às novas necessidades, carecimentos e a incorporação de novos valores pela Sociedade acarretam uma evolução dos Direitos através do surgimento de novos Direitos e da reformulação dos já existentes. Há uma necessária adequação dos Direitos tradicionais à nova ordem jurídica que se impõe, através da positivação de Direitos antes existentes¹⁷⁶.

Segundo Wolkmer:

Em face da universalidade e da ampliação desses ‘novos’ Direitos, objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, certo grupo de doutrinadores têm consagrado uma evolução linear e cumulativa de ‘gerações’ sucessivas de Direitos”. Tal reflexão compreende várias tipologias (três, quatro ou cinco gerações de Direitos), desde a clássica de T.H. Marshall até alcançar as formulações de Norberto Bobbio, (...) Paulo Bonavides, Gilmar A. Bedin, Ingo W. Sarlet, José Alcebíades de Oliveira Jr. e outros. Possivelmente a classificação dos Direitos civis, políticos e sociais feita por T. H. Marshall, em sua obra *Cidadania, classe social e status*, tornou-se referencial paradigmático enquanto processo evolutivo de fases históricas dos Direitos no Ocidente. (...) Desse modo, segundo T. H. Marshall, o cenário europeu (particularmente o inglês), do século XIX, consagrou os

¹⁷⁵BOBBIO, Norberto **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

¹⁷⁶CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 58.

Direitos políticos, e a primeira metade do século XX consolidou as reivindicações de Direitos sociais e econômicos¹⁷⁷.

Roxana Borges refere-se a Direitos renovados expondo que:

(...) é necessário ter em mente que os novos Direitos não são apenas jogados no ordenamento, à medida que vão sendo positivados. Para o bem da logicidade do sistema, há um rearranjo do ordenamento jurídico. Os Direitos preexistentes são adaptados aos novos anseios da sociedade objetos de positivação. Por isso, deve-se falar tanto sobre novos Direitos quanto sobre Direitos renovados¹⁷⁸.

Essa evolução dos Direitos pode ser compreendida em 5 (cinco) “etapas”, “gerações”, ou “dimensões” como denomina Bobbio sob o argumento de que referidos Direitos são conseqüências de um sistema em evolução permanente, sem fases alternadas ou distintas.

José Alcebíades de Oliveira Júnior¹⁷⁹ pondera que para melhor se possa compreender a condição de sujeito de Direito e cidadão, é preciso considerar o que Bobbio denomina de uma evolução histórica e sucessiva dos Direitos e que teria passado pelas seguintes fases:

1ª Geração: os Direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente. Tal como assinala o professor italiano, esses Direitos possuem um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos Direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

¹⁷⁷WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 5

¹⁷⁸BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da Propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999. p. 36

¹⁷⁹OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos Direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 85- 86.

2ª Geração: os Direitos sociais, nos quais o sujeito de Direito é visto enquanto inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta. Trata-se da passagem das liberdades negativas, de religião e opinião, por exemplo, para os Direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado.

3ª Geração: os Direitos transindividuais, também chamados Direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os Direitos do consumidor e os Direitos relacionados à questão ecológica.

4ª Geração: os Direitos de manipulação genética relacionados à biotecnologia e bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte, e que requerem uma discussão ética prévia.

5ª Geração: os advindos com a chamada realidade virtual que compreendem o grande desenvolvimento da cibernética na atualidade, implicando o rompimento de fronteiras, estabelecendo conflitos entre países com realidades distintas, via Internet.

Pode-se observar que a evolução, o surgimento e a existência dos “novos” Direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Enfim, o processo histórico de criação ininterrupto dos “novos” Direitos fundamenta-se na afirmação permanente das necessidades humanas específicas e na legitimidade de ação de novos atores sociais, capazes de implementar práticas diversificadas de relações entre indivíduos, grupos e natureza¹⁸⁰.

Nesse contexto, o paradigma tradicional da ciência jurídica, da teoria do Direito (na esfera pública e privada) vem sendo desafiado a cada dia em seus conceitos, institutos e procedimentos. Necessário se faz transpor o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de completar, garantir e materializar “novos” Direitos. Mais do que nunca urge criar e incorporar novas concepções de Direito, que se pautem pela ampliação

¹⁸⁰WOLKMER, Antonio Carlos, e LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas:** uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 20.

de Direitos individuais para a categoria de Direitos coletivos *lato sensu*, própria das sociedades de massas. Importa, conseqüentemente, uma inesperada mudança no conceito de alguns institutos jurídicos, como processo, dano, Propriedade, vida, e um reordenação do sistema jurídico que permita priorizar outros bens como objeto de proteção, direcionando o modelo para uma concepção interdisciplinar e solidária do Direito¹⁸¹.

A evolução dos Direitos, de geração em geração, os novos bens e sujeitos tutelados pelo Direito, vão transformando o Direito de Propriedade, ele próprio vem evoluindo a fim de adequar-se aos novos Direitos que lhes são subseqüentes. Pode-se considerá-lo um Direito renovado para atender as exigências trazidas pelos novos Direitos. Assim é que, na primeira geração dos Direitos, o Direito de Propriedade é marcado pelo cunho individualista, absoluto e, até mesmo sagrado. Nesta geração, característica do Direito Moderno, não se concebia a possibilidade de limitação da Propriedade visando interesses sociais e coletivos, nem a visão do proprietário como sujeito de obrigações decorrentes do seu Direito. As necessidades e carências da época eram por liberdade e maior autonomia do indivíduo. Essa concepção individualista da Propriedade prevaleceu até a incorporação, pelo Ordenamento Jurídico, dos Direitos sociais, difusos e coletivos, respectivamente de segunda e terceira geração¹⁸².

A Propriedade Privada, outrora absoluta e ilimitada, torna-se incompatível com a nova configuração dos Direitos, que passam a tutelar Interesses Públicos, sociais, coletivos. Desta forma, o Direito de Propriedade adquire uma nova configuração, passando a estar vinculado ao cumprimento de uma Função Social. Francisco Penã aborda os inconvenientes da concepção moderna da Propriedade frente aos Direitos difusos e coletivos e à necessidade de limitá-la, para que se coadune aos novos interesses tutelados, dispondo:

La propiedad privada es una institución que esta intimamente vinculada con el concepto del sujeto moderno y la representación de la libertad como ilimitada, característica también de la modernidad. Aquello que se tiene en propiedad se puede gozar y usar sin límites, sin más límites que

¹⁸¹WOLKMER, Antonio Carlos, e LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas**: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 21.

¹⁸²CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 60.

la voluntad del propietario. Las libertades de los otros (...) se ven amenazados por una institución que hace de cada propietario un soberano y un déspota. Es necesario pues limitar esta institución hasta la línea en que ponga en peligro las libertades de los otros...¹⁸³

Verifica-se que a caracterização jurídica da Propriedade não permaneceu estática; esta se dinamizou para se adequar aos novos Direitos que surgiram e, assim, manter a coerência do Ordenamento Jurídico. Os Direitos “tradicionais” passam a ser entendidos à luz dos “novos” Direitos. Neste processo, o Direito de Propriedade passa de individualista e ilimitado (primeira geração) à Propriedade vinculada a uma Função Social (segunda geração)¹⁸⁴.

Neste sentido Willis Santiago Guerra Filho fala em dimensões dos Direitos Fundamentais, posto que os Direitos preexistentes adquirem novas dimensões com o surgimento de novos Direitos, como dispõe:

Ao invés de ‘gerações’ é melhor falar em ‘*dimensões de Direitos Fundamentais*’, nesse contexto, não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas. Mais importante é que os Direitos ‘gestados’ em uma geração, quando aparecem em uma ordem jurídica que já trás Direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os Direitos de gerações mais recentes tornam-se um pressuposto para entendê-los de forma mais adequada – e, conseqüentemente, também para melhor realizá-los. Assim, por exemplo, o Direito individual de Propriedade, num contexto em que se reconhece a segunda dimensão dos Direitos Fundamentais, só pode ser exercido observando-se sua Função Social...¹⁸⁵

Ante o exposto, não se pode ignorar a discussão referente à verdadeira incorporação e efetivação da Propriedade de cunho social na prática jurídica na atualidade, pois como leciona Bobbio “o problema fundamental em relação aos Direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas de *protegê-los*. Trata-se de um problema

¹⁸³PEÑA, Francisco Garrido. De como la ecología política redefine conceptos de la ontología jurídica tradicional: libertad y propiedad. VARELLA, Marcelo Dias, e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro (Orgs.). **O novo em Direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 219.

¹⁸⁴CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 61.

¹⁸⁵GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 40.

não filosófico, mas político¹⁸⁶”. Sobre a Função Social da Propriedade incorporada ao Direito, em especial, ao brasileiro através de suas Constituições, discorreremos a seguir, destacando a sua previsão na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

3.2 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: ORIGEM, CONCEITO, ALCANCE E DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL

Uma das primeiras idéias a respeito da Função Social da Propriedade pode ser retirada dos ensinamentos de Aristóteles. Pois ele considerava a Propriedade como condição essencial ao cidadão ao afirmar que as Propriedades devem pertencer aos cidadãos. No que pertine à Propriedade privada, no seu entendimento, esta iria além dos interesses privados dos proprietários, pois a utilização da Propriedade privada deveria ter em vista o interesse comum. Ou seja, o domínio era privado, mas o uso que dela se faz deveria dar-se como se fosse comum. Portanto, a Propriedade privada para Aristóteles tinha uma destinação comum, devendo ajustar-se aos interesses da comunidade, do coletivo¹⁸⁷.

Mas, segundo Grace Tanajura, o precursor doutrinário da Função Social da Propriedade foi León Duguit, na França em 1911, que foi o primeiro jurista a combater a idéia de Propriedade como um Direito absoluto. Em 1912, publicou um livro, em Paris, que expunha as suas idéias. Assim resumidas por essa autora:

Todo indivíduo tem a obrigação de cumprir na sociedade uma Função Social, em razão direta do lugar que nela ocupa. Por conseguinte, o possuidor de riqueza, pelo fato de possuí-la, pode realizar certo trabalho que somente ele pode cumprir. Só ele pode aumentar a riqueza geral e assegurar a satisfação das necessidades gerais, ao fazer valer o capital que possui. Está, pois obrigado socialmente a cumprir essa tarefa e só no caso de que a cumpra, será socialmente protegido. A Propriedade não é um Direito subjetivo do proprietário. É a função do possuidor da riqueza¹⁸⁸

¹⁸⁶BOBBIO, Norberto **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

¹⁸⁷ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995. p. 46 e 148.

¹⁸⁸TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função Social da Propriedade rural**. São Paulo: LTr, 2000. p. 13.

Com o fim da Primeira Guerra Mundial e de seus efeitos na vida social, os países europeus, principalmente, passaram a subordinar o uso e gozo da Propriedade ao interesse social. A grande maioria dos países passou a vincular o Direito de Propriedade com a sua respectiva Função Social. Assim, a concepção da Propriedade como Direito “inviolável” e “sagrado”, segundo as teses liberais mais ortodoxas do Estado Moderno, era abandonada¹⁸⁹.

Conforme Cesar Pasold a transformação do Estado em grande regulador do Direito de Propriedade, viabilizada primeiro através das leis e depois das constituições, resultou numa notável mudança em relação aos primórdios do Liberalismo. As necessidades sociais deram lugar a uma regulação da Propriedade que se caracterizava pela relativização deste Direito e sua subordinação à sua Função Social, à qual competiria servir como grande estímulo ao progresso material, mas sobretudo à valorização crescente do ser humano, num quadro em que o Homem exercita a sua criatividade para crescer como indivíduo e com a Sociedade¹⁹⁰.

Para Paulo Cruz as constituições passaram a configurar a Propriedade como um Direito já não só limitado – ou parcialmente restringido – pela lei, mas sim, como um Direito “delimitado” – ou definido – pelo legislador. Nos claros termos da Lei Fundamental de Bonn, em seu art. 14, inc. II, está previsto que a Propriedade obriga e seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem-estar geral. A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 170, inc. III, ao prever que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, prevê a “Função Social da Propriedade¹⁹¹”.

O embrião da visão social da Propriedade foi introduzido em nossa Constituição em 1934 e desde então vem sendo alterada a visão liberal da Carta de 1824, com sensível alteração do conteúdo mesmo do Direito de Propriedade. Com a Constituição de 1988, a Propriedade transmudou seu caráter individualista em um instituto de natureza

¹⁸⁹CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 219-220.

¹⁹⁰PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do estado contemporâneo**. 3ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 71.

¹⁹¹CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. 3ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 220.

social – que vai além da simples limitação do Direito de Propriedade, não pretendendo o legislador apenas conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da Política Urbanística e da Política Agrária (arts. 182 e § 2º, 184, 185, parágrafo único e 186 e incisos da CFRB/88), mas representa uma alteração em seu conteúdo, prevendo a Propriedade como Direito individual, vinculando-a ao cumprimento de sua Função Social (art. 5, inc. XXII e XXIII)¹⁹²

Segundo Gustavo Tepedino, a disciplina da Propriedade constitucional apresenta-se dirigida precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de Propriedade com situações não proprietárias, uma espécie de “contradireitos”, identificado a partir das lutas sociais na França. Há que se notar que esta noção de Propriedade é realçada pelos Direitos constitucionais da pessoa humana. Na situação concreta o interesse do proprietário assume uma posição de desvantagem ao interesse não patrimonial. Hoje, nos conflitos entre o Direito subjetivo do proprietário e aqueles contradireitos, indicativos da realização da dignidade da pessoa humana, incluídos entre Direitos básicos da sociedade contemporânea, tem-se este último em “situação de vantagem”, colocando em crise a perspectiva proprietária clássica, acentuando o aspecto da inserção do sujeito proprietário na sociedade¹⁹³.

Esta subordinação da Propriedade à sua Função Social possui diversas manifestações. A primeira delas é a que causa mais impacto no mundo atual e reside na generalizada criação de limites ao uso e disponibilidade da Propriedade, de modo a permitir que o todo social esteja entre os seus objetivos. Como exemplo tem-se as limitações impostas pelo uso do solo típicas do planejamento urbano contemporâneo¹⁹⁴.

Dentro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tem-se as limitações dispostas no art. 182, §3º, relacionado diretamente com o seu § 2º, que dispõe que a Propriedade urbana cumpre sua Função Social, quando atende às exigências expressas no plano diretor da cidade. No §3º observa-se que o plano diretor pode exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado,

¹⁹²ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. **Da Função Social da posse e sua consequência frente à situação proprietária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 51.

¹⁹³TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 291.

¹⁹⁴CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 221.

que promova o seu adequado aproveitamento, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória; imposto sobre a Propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e a desapropriação mediante pagamento de títulos da dívida pública, resgatáveis em 10 anos. Em relação à Propriedade rural, tem-se que o conteúdo social e econômico desta, decorrente de sua Função Social, foi reproduzido no art. 186. Segundo este artigo a Propriedade rural cumpre esta função quando, simultaneamente, demonstra ter um aproveitamento racional e adequado; utiliza-se adequadamente dos recursos naturais disponíveis e preserva o meio ambiente; observa as disposições que regulam as relações de trabalho e tenham uma exploração que favoreça tanto o bem-estar dos proprietários como dos trabalhadores¹⁹⁵.

Paulo Cruz destaca que as limitações à Propriedade decorrentes do cumprimento de sua Função Social não tendem a suprimi-la, mas estendê-la:

(...) é importante considerar que a previsão da Função Social da Propriedade nas constituições contemporâneas não significa seu desaparecimento. O constitucionalismo social, e isto deve ser destacado, reconhece expressamente o Direito de Propriedade, que pode ser limitado, mas não radicalmente suprimido. O constitucionalismo social, note-se, tende a estender e distribuir a Propriedade e não suprimi-la¹⁹⁶.

Tendo em vista os requisitos constitucionais, vigentes de modo expresso desde 1988, é interessante acompanhar, na doutrina brasileira, os esforços na busca da determinação do conceito de Função Social.

Em primeiro lugar, em superação ao entendimento de Duguit, parece claro que a Propriedade não é Função Social – mas um Direito que deve atender a uma Função Social. Tampouco se trata de um *ônus* para o seu titular, parecendo mais adequado falar-se na existência de uma “situação jurídica complexa”, composta de Direito e dever simultaneamente¹⁹⁷.

Mais que isso, apresenta-se o Direito de Propriedade como um

¹⁹⁵ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 84/110.

¹⁹⁶CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo**. 3ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 223.

¹⁹⁷COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 780.

poder-função, fator tanto de Direitos quanto de deveres. Caracterização similar desenvolvida por Comparato, quando defende a noção de um “poder-dever” positivo. A noção que sobressai, uma vez mais, é a da *função*, cuja complexidade é descrita por Orlando Gomes como o conjunto de deveres e ônus que reduplicam e são estabelecidos numa escala que vai desde as proibições restritivas do exercício do Direito até à condenação da Propriedade inerte, traduzida na obrigação do proprietário de utilizar seu bem na forma de interesse coletivo¹⁹⁸.

Na visão de Raimundo Alves o conceito de Função Social pode ser assim descrito:

A doutrina da Função Social da Propriedade traz consigo o objetivo primordial de dar sentido mais amplo ao conceito econômico da Propriedade, encarando-a como uma riqueza que se destina à produção de bens, para a satisfação das necessidades sociais do seu proprietário, de sua família e da comunidade envolvente, em oposição frontal ao arcaico conceito civilista de Propriedade. Nesse passo, e a título de exemplo, tem-se que a mera detenção física, a vontade de dono da doutrina civilista, já não basta para que o homem conquiste a Propriedade plena da terra rural, pois tudo isso não sem o trabalho produtivo nada representa, nada vale¹⁹⁹.

Observa-se que para este autor a função social da propriedade busca dar um sentido mais amplo ao conceito econômico da propriedade, dispondo-a como uma riqueza destinada a produção de bens e destinada a satisfação das necessidades sociais, não somente do proprietário, mas da comunidade a que pertence.

Por sua vez, Rodrigo Mesquita sintetiza o conceito de Função Social tomando como base a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

(...) a *Função Social da Propriedade* é uma restrição constitucional da Propriedade, esta entendida em sentido amplo, abrangendo, a Princípio, qualquer regime jurídico regulador de qualquer modalidade de objeto apropriável economicamente, que tem por finalidade atender o interesse social, consubstanciado no bem-estar comum, traduzindo em normas

¹⁹⁸COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 780.

¹⁹⁹JÚNIOR, Raimundo Alves de Campos. **O conflito entre o Direito de Propriedade e o meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 103.

positivadas específicas, de acordo com a natureza e peculiaridades do bem, através de deveres positivos voltados ao atendimento de metas segundo critérios e índices previstos na lei impostos ao *proprietário*, este também em sentido amplo, cujo descumprimento enseja-lhe sanções, podendo chegar até à sanção máxima, a desapropriação por interesse social, dependendo do caso²⁰⁰.

Deste modo, para o autor a função social da propriedade é uma restrição e autorização constitucional de intervenção do legislador na propriedade, a fim de atingir objetivos ou atividades que conduzam ao bem-estar social. A extensão, limites e conteúdo variam conforme o regime de propriedade e sobre qual bem recai.

Gilberto Bercovici destaca que quando se fala em Função Social, não se está fazendo referência às limitações negativas do Direito de Propriedade, que atingem o exercício do Direito de Propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da Propriedade não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do Direito de Propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim não teria sido alterado, passando a Função Social a ser apenas uma limitação. A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício do Direito de ser absoluto. A Função Social para ele, é mais do que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da Propriedade. A Função Social da Propriedade não tem inspiração socialista, antes é um conceito próprio do regime capitalista, que legitima o lucro e a Propriedade privada dos bens de produção, ao configurar a execução da atividade do produtor de riquezas, dentro de certos parâmetros constitucionais, como exercida dentro do interesse geral. A Função Social passou a integrar o conceito de Propriedade, justificando-a e legitimando-a²⁰¹.

Antônio Hermann Benjamin esclarece que, num primeiro momento, ainda sob forte influência da concepção individualista ultrapassada, defendeu-se que a Função Social da Propriedade operava somente através de imposições negativas (não fazer). Posteriormente, percebeu-se que o instituto atua principalmente pela via de

²⁰⁰MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição federal e legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 860, jun. 2007. p. 122.

²⁰¹BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 07, jun. 2001. p. 76.

prestações positivas a cargo do proprietário. A Função Social mais que aceita, requer a promulgação de regras impositivas, que estabeleçam para o proprietário obrigações de agir, na forma de comportamentos ativos na direção do proveito social²⁰².

José Diniz de Moraes diz que o Princípio da Função Social da Propriedade não é senão o concreto modo de funcionar a Propriedade, seja como exercício do Direito de Propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposição de obrigações, encargos, estímulos ou ameaças, para a satisfação de uma necessidade social considerada. Podendo ser resumido esse Princípio em três formas distintas de incidência sobre o Direito de Propriedade: a) privação de determinadas faculdades; b) obrigação de exercitar determinadas faculdades e c) complexo de condições para o exercício de faculdades atribuídas²⁰³.

Pela primeira forma de incidência tem-se que a Função Social *impõe ao proprietário condutas negativas (abstenções)*, que subtraem faculdades atribuídas ao Direito de Propriedade. Essa privação não nega o Direito de Propriedade, e sim traça os contornos do próprio Direito de Propriedade, dentro de uma perspectiva que busca, axiologicamente, um ponto de equilíbrio entre o convívio social e a gestão da Propriedade, a título de exemplo, não pode o proprietário causar contaminação do solo, construir em áreas de reserva legal ou em áreas de preservação permanente²⁰⁴.

No tocante a segunda, a expressão Função Social passa por uma idéia operacional, impondo ao proprietário não somente condutas negativas (abstenções), como exposto por Benjamin, mas também positivas (obrigações de fazer, como de parcelar gleba de sua Propriedade). E finalmente na terceira fase fala-se de conformação da atividade do titular da Propriedade como forma de satisfação do interesse social, isto é, a eficácia dos atos praticados é subordinada à observância de determinados pressupostos, que variam conforme o estatuto sob o qual se encontram disciplinados. O não atendimento

²⁰²BENJAMIN, Antônio Hermann. Reflexões sobre a hipertrofia do Direito de Propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997. p. 14.

²⁰³MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 128-139.

²⁰⁴JELINEK, Rochelle. **O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2008.

desses pressupostos pode justificar até a perda do bem, com ou sem indenização, conforme o caso. O proprietário tem dever de dar à Propriedade uma destinação comum, devendo ajustar-se aos interesses da comunidade²⁰⁵.

Francisco Loureiro discorre que a Função Social da Propriedade deve ser considerada como elemento integrante da sua própria estrutura:

(...) a Função Social não pode ser encarada como algo exterior à Propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à Propriedade. Fala-se não mais em atividade legislativa, mas sim *conformativa* do legislador. São, em última análise, características do próprio Direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõem o próprio conteúdo da relação²⁰⁶.

Para bem apreender a categoria da Função Social, contudo, impera que não se confunda com a noção de *limites*, cujo significado efetivo seria o de algo exterior e, até mesmo, estranho ao respectivo Direito subjetivo²⁰⁷.

A Função Social da Propriedade, pois, não se confunde com os sistemas de limitação da Propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do Direito, ao proprietário; aquela à estrutura do Direito mesmo, à Propriedade. Limitações, obrigações e ônus são externos ao Direito de Propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do Direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia. A Função Social se manifesta na própria configuração estrutural do Direito de Propriedade, pondo-se como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, uso e gozo dos bens²⁰⁸.

Corroborando com este entendimento, José Afonso da Silva destaca que é de grande relevância distinguir a *estrutura do Direito de Propriedade* (condicionada ao cumprimento de sua Função Social) do *exercício do Direito de*

²⁰⁵JELINEK, Rochelle. **O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf> >. Acesso em: 20 de maio de 2008.

²⁰⁶LOUREIRO, Francisco. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

²⁰⁷COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 781.

²⁰⁸FERREIRA, Dâmares. O aspecto funcional da Propriedade urbana na Constituição federal de 1988. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, v. 6, abr. 2001. p.33.

Propriedade, que pode ser limitado. As limitações (dos quais são espécies as restrições, servidões e a desapropriação) dirigem-se ao proprietário. Já a Função Social é condicionante da Propriedade, manifestando-se na configuração estrutural desse Direito²⁰⁹.

De acordo com Comparato, não há que se confundir Função Social da Propriedade com restrições ao uso e gozo dos bens. As restrições constituem limites negativos aos Direitos de Propriedade, enquanto *função* significa o poder de dar ao objeto da Propriedade destino determinado, de vinculá-lo a certo objetivo. O adjetivo “social”, por sua vez, estabelece que tal objetivo deve ser o interesse coletivo. Não significa isto, necessariamente, qual tal objetivo seja conflitante com o interesse individual, já que a harmonização entre as duas modalidades de interesse é desejável. Todavia, é certo que a Função Social da Propriedade corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica²¹⁰.

Desta forma, podemos afirmar que as restrições ao uso e gozo dos bens ou limitações administrativas ao Direito de Propriedade alicerçam-se no Princípio da Função Social da Propriedade, mas com ele não se confundem. Uma limitação administrativa ao Direito de Propriedade deve necessariamente conformar-se ao Princípio da Função Social da Propriedade, não podendo contrariá-lo, sob pena de inconstitucionalidade²¹¹.

Da conjugação destes dois sub-itens iniciais do 3º Capítulo pode-se observar que a Função Social da Propriedade representa um marco de transição da concepção individualista da Propriedade, para uma concepção mais de acordo com os preceitos da Justiça Social, que faça da Propriedade um veículo para a obtenção de vantagens sociais, e não fato gerador de desigualdade e discórdia. A Função Social da Propriedade consubstancia-se na busca do equilíbrio, do meio-termo entre dois extremos que, para Aristóteles (retratado em “A Política”), é a expressão da Justiça. Concilia poder e dever, Direito e obrigação, individual e social, utilização econômica e mais recentemente a preservação ambiental. Ao mesmo tempo em que garante a Propriedade privada e a

²⁰⁹SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 66.

²¹⁰COMPARATO, Fábio Konder. A Função Social da Propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, ano XXV, n. 63, jul./set. 1986. p. 71-79.

²¹¹FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **A Propriedade no Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005. p. 93.

obtenção de vantagens à promoção do bem comum. A Função Social caminha no sentido de adequar a Propriedade ao Direito Contemporâneo, pois a evolução dos Direitos, o surgimento de novos Direitos, e a diversidade de interesses por estes contemplados, exigem que os institutos jurídicos sejam representados à luz dos interesses coletivos e difusos, agora protegidos juridicamente²¹².

3.3 ASPECTOS CRÍTICOS E PROBLEMÁTICOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Inicia-se este tópico destacando as considerações críticas à Função Social da Propriedade de Fábio Konder Comparato. Sua crítica se funda na exegese da Função Social da Propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, que deve ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o Princípio da vigência imediata dos Direitos humanos, conforme o art. 5º, § 1º da CRFB/88²¹³.

Esta via hermenêutica que pretende ver a Função Social da Propriedade como mera recomendação ao legislador e não como norma jurídica efetiva é insustentável diante dos paradigmas constitucionais modernos, em que já se fala mesmo da “morte” das chamadas “normas constitucionais programáticas”.

Neste sentido é a lição de Canotilho:

Em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica atual’ e ‘norma programática’ (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são *atuais*, isto é, têm uma força normativa independente do ato de transformação legislativa. Não há, pois, na Constituição, ‘simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só o seu

²¹²CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da Propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003. p. 86.

²¹³COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista CFJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso: 23 de maio de 2008.

conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico do dito valor'...²¹⁴.

Ademais, em sistemas constitucionais como o nosso, a relutância em conferir efetividade ao Princípio da Função Social da Propriedade revela-se não apenas teoricamente inaceitável, face aos novos paradigmas da moderna doutrina constitucional, como também juridicamente incorreta, tendo em vista a expressa consagração pela dogmática constitucional do Princípio da vigência imediata dos Direitos fundamentais²¹⁵.

E ressalta que mesmo ante à falta de específica lei reguladora, não estarão os proprietários dispensados de dar cumprimento à norma constitucional, pois quando a Constituição reconhece que as normas definidoras de Direitos fundamentais têm aplicação imediata, ela está implicitamente reconhecendo a situação inversa; vale dizer, a exigibilidade dos deveres fundamentais é também imediata, dispensando a intervenção legislativa. É claro que o legislador pode, nesta matéria, incorrer em inconstitucionalidade por omissão, mas esta não será nunca obstáculo à aplicação direta e imediata das normas constitucionais²¹⁶.

No dizer de Tupinambá Nascimento no caso de omissão legislativa, cabe, pois, à doutrina e à jurisprudência a tarefa ingente de construção e desenvolvimento do conceito de Função Social da Propriedade. Não é nenhum trabalho hercúleo, nem algo que tenha o sabor de novidade. Muitos já se têm empenhado com sucesso no instigante mister²¹⁷.

Outro aporte crítico destacado é de Rodrigo Mesquita, e refere-se ao alcance da Função Social, pois para ele, não se deve chamar toda e qualquer restrição de Função Social.

²¹⁴CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 1103.

²¹⁵RIBEIRO, Fernando J. Armando. O Princípio da Função Social da Propriedade e a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de Propriedade. **Revista Virtual Jus**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/O%20principio%20da%20%20funcao.pdf>. Acesso: 24 de maio de 2008.

²¹⁶COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista CJF**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso: 23 de maio de 2008.

²¹⁷NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição**. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 124.

Destaca este doutrinador que a Função Social é uma restrição constitucional positiva da Propriedade voltada a atingir um interesse social delineado no ordenamento jurídico, não devendo ser tratada como uma declaração de boas intenções. Espalhou-se por inúmeros diplomas normativos com uma espécie de redenção de todos os males sociais, sem, contudo, haver diretrizes, comandos, etc. Muitas vezes, apenas se adjetiva determinado instituto ou se lhe impõe uma genérica *Função Social*. Além disso, sob tal nomenclatura, estabelecem-se restrições redundantes ou sanções a outras restrições que, a rigor, não seriam por si deveres contidos dentro do conceito de *Função Social da Propriedade*. Pois não é porque um ato é ilegal que necessariamente desatende a Função Social propriamente dita²¹⁸.

Tem-se, por exemplo, que todo uso de bem imóvel rural deve respeitar as normas ambientais, mas a Constituição de 1988 inseriu tal obrigatoriedade dentro dos critérios de *Função Social* para fins de impor a sanção de desapropriação para a reforma agrária. Mas não instituiu semelhante disposição quanto aos bens imóveis urbanos, remetendo ao plano diretor e às diretrizes da lei federal, o Estatuto da Cidade. Porém o Executivo acabou por vetar o dispositivo do Estatuto que pretendia estabelecer uma certa simetria com o sistema da Propriedade rural, ao incluir o desrespeito à legislação ambiental para fins de sancionamento. Assim se questiona somente o imóvel rural deve respeitar a legislação ambiental para exercer a sua Função Social? O bem imóvel urbano está isento nesse sentido? Ou se considera a proteção ao meio ambiente como Função Social da Propriedade, ou se considera uma restrição distinta²¹⁹.

O que se questiona é a denominação genérica de *Função Social* para tudo, para denominar um instituto jurídico, um Princípio, uma restrição positiva, uma restrição negativa, uma fundamentação político-legal. Além de se mostrar atécnico, é perigoso, pois se alarga em demasia a *Função Social da Propriedade*, abarcando tudo, abre-se espaço para arbitrariedade pelo Poder Público, além de perda da sua força e

²¹⁸ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição federal e na legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 96, n. 860, jun-2007. p. 129.

²¹⁹ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição federal e na legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 96, n. 860, jun-2007. p. 129.

sentido²²⁰.

Assim, para Rodrigo Mesquista a Função Social é um instituto jurídico consistente em uma restrição positiva constitucional aos regimes de *Propriedade*. Logo não é um Princípio, nem no sentido de fundamento, nem no de método interpretativo. É um comando para o legislador atentar-se à elaboração das leis para regulamentar o instituto, mas não permite que se criem obrigações e sanções extraleais, sob pena de se ferir o Princípio da isonomia e legalidade. E finaliza dispondo que não serve para vedar o mau ou abuso do Direito de Propriedade. Só pode evitar na medida em que, reflexamente, mesmo que não regulamentado, dá subsídios para a proibição do uso de bens a fins considerados anti-sociais. Não permite, contudo, ingerências positivas no Direito de Propriedade fora dos termos definidos em lei. Essa consequência “negativa” da Função Social é, portanto, mero reflexo do próprio instituto insculpido no inciso XXIII do art. 5º da CRFB/88, que tem aplicação imediata²²¹.

Por fim, destaca-se a problemática da baixa eficácia da norma que garante a Função Social, mas a relega ao voluntarismo estatal, revelando um descompasso da teoria do Direito perante a realidade normada, destacando-se os aportes teóricos de José Isaac Pilati.

O desalento em relação a essa temática pode ser percebido inicialmente nas palavras de Orlando Gomes:

Se não chega a ser uma mentira convencional, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula Função Social, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois “não mais serve do que para embelezar e esconder a substância da Propriedade capitalística”. Vale dizer, a grande Propriedade (empresarial) permanece intangível, e do fato de a Propriedade imóvel poder ser desapropriada com maior facilidade

²²⁰ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição federal e na legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 96, n. 860, jun-2007. p. 130.

²²¹ MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição federal e na legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 96, n. 860, jun-2007. p. 130.

(...) não resulta que a sua substância estaria deteriorando²²².

A pergunta que se faz é como tornar eficaz a Função Social? Pois de nada adianta ficar admoestando e ameaçando o proprietário com apelos à ética e à solidariedade, se o Estado trata o proprietário complacentemente, como um filho malcriado e incorrigível que faz tudo o que quer. Cumpre dar à Função Social eficácia jurídica e efetividade social. Esse é o desafio da esfinge ao civilista contemporâneo: cumpre-lhe dar à Função Social autonomia conceitual e *status jurídico*, que a coloquem no mesmo plano em que é tratado o Direito subjetivo individual; colocando os interesses da Sociedade em tempo real²²³.

Para cumprir esse mister, Pilati propõe 4 (quatro) diretrizes em busca da eficácia da Função Social.

Inicialmente é necessário o resgate da Função Social na teoria do Direito começando pelo retorno dos bens coletivos à esfera jurídica da Sociedade; vale dizer, aqueles valores sociais fundamentais do art. 6º da CRFB/88 (saúde, ambiente, educação) usurpados pelo Estado nos códigos civis. O próprio conceito de Propriedade, como Propriedade corpórea, é obra das codificações burguesas que constitui um elemento complicador a mais do sistema: impede ou dificulta que a idéia de Função Social estenda-se a todos os Direitos patrimoniais (empresa, Direitos autorais, etc) e possa determinar nova escala de valores ante a realidade não humana (que deve ser biocêntrica). Assim, como segundo passo impõe-se, a necessidade teórica de trabalhar, também, com um conceito amplo de Propriedade, a par do conceito estrito, pertinente aos bens corpóreos. O obstáculo teórico mais significativo a remover consiste no errôneo pensamento de que a Função Social é um componente do Direito subjetivo de Propriedade, mas não é. A Função Social diz respeito a outros bens autônomos, específicos, exteriores à esfera do proprietário individual e que pertencem a todas as pessoas como co-proprietárias. Bens constitucionalmente assegurados como valores sociais fundamentais e dos quais ninguém

²²²GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 98.

²²³PILATI, José Isaac. Função Social e tutelas coletivas: contribuição do Direito romano a um novo paradigma. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, v. 106, abr-2004. p. 180.

pode dispor individualmente, nem mesmo o Estado²²⁴.

A Função Social é princípio informador, perante a colisão de interesses que surge entre a esfera individual e coletiva, interesses que em Princípio não se chocam, a não ser no conflito. Por isso, como terceiro passo em busca de uma maior eficácia da Função Social e como corolário de todo o arcabouço estrutural dessa, é o reconhecimento da tutela coletiva dos Direitos sociais fundamentais, legitimando a exercitá-la todo e qualquer cidadão idôneo, sem prejuízo da ação dos agentes públicos, do poder de polícia e do Ministério Público. Por fim um último passo, diz respeito a revisão teórica da Função Social que deve romper esse casulo da Propriedade potestativa, nas mãos e a mercê do proprietário, e exteriorizar-se como bem jurídico autônomo coletivo, que é ou representa, diante do particular e do próprio Estado (pessoa jurídica)²²⁵.

Com isso, eleva-se a Função Social ao mesmo plano e força do Direito subjetivo individual, outorgando-lhe o mesmo dinamismo criativo da Propriedade, ou seja, eficácia, buscando-se elevar esse nível baixo em que se encontra.

3.4 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO. A QUAL PROPRIEDADE ELA DEVE INSERIR?

Neste quarto e último tópico, será abordada a discussão acerca da inserção do Princípio da Função Social previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Propriedade pública e na Propriedade privada. A qual Propriedade esta Função Social deve servir, tão-somente a Propriedade privada? A Propriedade pública também? Ou a ambas? A seguir será exposto o pensamento dos estudiosos do Direito nacional sobre esta temática, ressaltando que não se tratará de afirmações definitivas, muito menos impositivas, mas idéias que vem a enriquecer o debate acerca da questão da Função Social da Propriedade no Direito brasileiro.

²²⁴PILATI, José Isaac. Função Social e tutelas coletivas: contribuição do Direito romano a um novo paradigma. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, v. 106, abr-2004. p. 193.

²²⁵PILATI, José Isaac. Função Social e tutelas coletivas: contribuição do Direito romano a um novo paradigma. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, v. 106, abr-2004. p. 191-193.

Antes de adentrarmos na discussão específica em relação à inserção da função social na propriedade pública e/ou privada, destaca-se o pensamento Fábio Comparato em relação à propriedade privada. Ele defende que nem toda Propriedade privada há de ser considerada como Direito fundamental e como tal atender à Função Social. O Direito positivo designa claramente determinada espécie de Propriedade como Direito fundamental, atribuindo-lhe especial proteção. É o caso, por exemplo, no Direito brasileiro, da pequena e da média Propriedade rural. A Constituição (art. 185) as declara insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária e determina que a lei lhes garanta tratamento especial. A pequena Propriedade rural, ainda, como tal definida em lei, desde que trabalhada pela família do proprietário, não pode ser objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, além de gozar, por lei, de condições favorecidas de financiamento (art. 5º, inc. XXVI). Garante-se, ainda, o acesso à Propriedade a todos os que dela dependam como meio de subsistência, por meio do usucapião extraordinário dos arts. 183 e 191²²⁶.

E conclui:

Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de Propriedade considerada como Direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular...

Quando a Propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de Direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação²²⁷.

Ainda sobre a Função Social da Propriedade privada, têm-se os aportes teóricos de Álvaro Borges de Oliveira, para quem esta Propriedade não deve

²²⁶COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista CFJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso: 26 de maio de 2008.

²²⁷COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista CFJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso: 26 de maio de 2008.

exercer Função Social, mas sim deve ser inserida socialmente. Fundamenta esse pensamento ao dispor que o particular não tem dever de dar finalidade social a sua Propriedade, todavia a Propriedade privada deve estar Inserida Socialmente, estar em consonância com a sociedade. Isto é dado pelo Princípio Republicano, ou seja, deve-se atender o coletivo e não ao individual. Aliás, quando o Estado não consegue arcar com suas responsabilidades encontra ele um meio de delegar ao privado (como previdência privada, plano de saúde, etc.), respeitante a propriedade não seria diferente²²⁸.

Mas o que seria estar a Propriedade inserida socialmente? O autor explica de forma didática esta questão:

Essa Inserção Social é proporcional ao Direito Subjetivo do Proprietário, e esta proporcionalidade é gradual à medida que o proprietário insere mais ou menos seu bem no contexto social. É como se a sociedade fosse uma série de engrenagens dentadas: Econômica; Civil, Pública; Saúde; Segurança; Liberdade, entre outras, das quais a Propriedade deve estar inserida, como se cada Propriedade participasse socialmente sendo uma endentação de cada uma das engrenagens.

Como exemplo poderia se iniciar com um terreno sem benfeitorias no centro de uma cidade, cercado, limpo e em dia com os ônus fiscais. Se analisarmos sob a ótica das engrenagens observa-se que este terreno está inserido socialmente, pois as engrenagens do Público, quando pago os impostos, e as engrenagens do Civil, quando cercado e limpo, estão satisfeitas, todavia há engrenagens que poderiam ser acionadas e que esta Propriedade (endentação) não participa²²⁹.

Acrescenta ainda, que esta graduação pode ser aumentada à medida que o proprietário, por exemplo, viesse a locar o terreno para um estacionamento. Vê-se daí que outras engrenagens foram acionadas ou tiveram maior proveito, como a econômica, por exemplo, ao tornar o terreno fecundo, aumenta-se o desempenho da engrenagem Civil ao gerar emprego, isto é, o grau da inserção social acabou por aumentar. Verificando-se assim, que a Inserção Social da Propriedade é uma prestação positiva à sociedade. Ela emblema o Direito subjetivo, a qual não exercida em um contexto social

²²⁸ OLIVEIRA, Álvaro Borges. Uma definição de Propriedade. **Revista Direito e Política**. Disponível em: <<http://www.univali.br/cpcj>>. Acesso: 26 de maio de 2008.

²²⁹ OLIVEIRA, Álvaro Borges. Uma definição de Propriedade. **Revista Direito e Política**. Disponível em: <<http://www.univali.br/cpcj>>. Acesso: 26 de maio de 2008.

pode incorrer numa sanção de reconhecimento público por meio de um particular, como exemplo o art. 1.238 do Código Civil que prevê o usucapião extraordinário, ou pelo Estado, como exemplo o art. 1.276 que trata dos imóveis abandonados pelo proprietário e que transcorrido o lapso temporal de 3 (três) anos passa ao Município ou Distrito Federal se imóvel urbano e a União, se imóvel situado na zona rural²³⁰.

Assim, observa-se que o autor utiliza a expressão Inserção Social para a Propriedade privada. Já a expressão Função Social este reserva para quando o Estado emprega um determinado bem seu com finalidade social. Pois o bem público deve atender às necessidades sociais enquanto o bem particular deve ser coadjuvante social e ambos interdependentes para com a Propriedade coletiva (entendida como aquela que não pertence às pessoas jurídicas de Direito público, nem aos particulares individualmente, mas a toda coletividade).

O Princípio da Função Social da Propriedade pública não está consagrado com tanta clareza na Constituição da República de 1988. Ele não é definido senão por meio de diretrizes a serem observadas pelo poder público. Ele está sintetizado no art. 182. O dispositivo coloca como objetivo da política de desenvolvimento urbano o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus moradores²³¹.

Corroborando com este entendimento, falando sobre a constitucionalização do Direito urbanístico Carlos Ari Sundfeld expõe:

(...) a ligação constitucional entre as noções de “Direito urbanístico” e de “política urbana” (política pública) já é capaz de nos dizer algo sobre o conteúdo desse Direito, que surge como o Direito de uma “função pública” chamada urbanismo, pressupondo finalidades coletivas e atuação positiva do Poder Público, a quem cabe fixar e executar a citada política²³².

²³⁰ OLIVEIRA, Álvaro Borges. Uma definição de Propriedade. **Revista Direito e Política**. Disponível em: <<http://www.univali.br/cpej>>. Acesso: 26 de maio de 2008.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, n° 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2008.

²³² SUNDFELD, Carlos Ari. O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. **Estatuto da cidade** (comentário à lei federal 10.257/2001). Orgs. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49.

O objetivo da política urbana, voltada para Função Social da cidade, está quase resumido no art. 2º, inciso I, do Estatuto da Cidade, quando repete, no seu *caput*, a norma do artigo 182, determinando que “a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da Propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes: I – garantia do Direito a cidades sustentáveis, entendido como o Direito à terra urbana, moradia...” Os demais incisos do art. 2º são meros instrumentos para a consecução desse objetivo fundamental. Desse modo, o Princípio da Função Social da cidade impõe um dever ao poder público e cria para os cidadãos Direito de natureza coletiva, no sentido de exigir a observância da norma constitucional²³³.

A respeito da incidência da Função Social da Propriedade nos bens públicos, destaca-se a opinião de Sílvio Rocha:

Afirmamos que o Princípio da Função Social da Propriedade ganhou contornos nítidos no ordenamento jurídico e que os seus efeitos incidem, também, sobre o domínio público, embora às vezes, haja a necessidade de harmonizar o Princípio da Função Social com outros Princípios e o interesse público.

(...) negamos à finalidade obrigatória que preside os bens públicos o efeito de imunizar a Propriedade pública das conseqüências decorrentes da concepção acerca da Função Social da Propriedade e não limitamos a projeção dos efeitos decorrentes da Função Social da Propriedade a certas categorias de bens públicos, como os bens dominicais.

Pelo contrário, admitimos que a finalidade que informa a Propriedade pública se não mostra incompatível com a Função Social da Propriedade, dela recebe influência²³⁴.

Para demonstrar como o Princípio da Função Social pode atingir a Propriedade pública necessária se faz uma exposição sobre as modalidades de bens públicos, que são os bens de uso comum do povo, os bens de uso especial e os bens dominicais.

²³³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, nº 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2008.

²³⁴ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 127.

Inicialmente destaca-se os bens de uso comum do povo. É o pensamento de Hely Lopes Meirelles, que define o uso comum do povo como:

(...) todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos e sem discriminação de usuários ou ordem para sua fruição. É o uso que se faz das ruas, logradouros públicos (...) Para este uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadora da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais. Qualquer restrição ao Direito subjetivo de livre fruição, como a cobrança de pedágios nas rodovias, acarreta a especialização do uso e, quando se tratar de bem realmente necessário a coletividade, só pode ser feita em caráter excepcional²³⁵.

Em relação aos bens de uso especial Maria Sylvia Di Pietro conceitua como “todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução de seus fins”. Assim os bens de uso especial servem, portanto, de instrumento à realização de fins públicos²³⁶.

Recorrendo novamente aos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, destaca-se o seu conceito de bens dominicais:

(...) são aqueles que, embora integrando o domínio público como os demais, dele se diferem pela possibilidade sempre presente de serem utilizados em qualquer fim ou, mesmo alienados pela Administração, se assim o desejar (...). Tais bens integram o patrimônio do Estado como objeto de Direito pessoal ou real, isto é, sobre eles a administração exerce “poderes de proprietário, segundo os preceitos de Direitos Constitucionais e Administrativo”, na autorizada expressão de Clóvis Beviláqua²³⁷.

Feitas estas considerações, a respeito do conceito das três modalidades de bens públicos, passa-se à análise da Função Social desempenhada por cada

²³⁵MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 27ed, atualizado por Eurido de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 488.

²³⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 569.

²³⁷MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ed, atualizado por Eurido de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 488.

um deles.

O poder público tanto pode restringir como ampliar o uso de bens públicos. Quando restringe, está exercendo o poder de polícia sobre o patrimônio público. Quando amplia, está atendendo ao Princípio da Função Social da Propriedade pública, uma vez que está cumprindo o dever de garantir que a utilização dos bens públicos atenda da forma mais ampla possível ao interesse da coletividade.

Pode-se afirmar que o poder público dispõe de certa discricionariedade na ampliação das modalidades de uso privativo. Mas essa discricionariedade não é ilimitada, além da lei, há pelo menos duas ordens de considerações que devem ser levadas em conta: a) a compatibilidade entre o uso privativo e a destinação principal do bem; e b) o interesse público. Assim é que a Administração não pode consentir que particulares utilizem bens públicos de uso comum de forma que prejudique a circulação de pedestre e veículo, como exemplo a ocupação de vias públicas por camelôs ou por favelas²³⁸.

Por sua vez Sílvio Rocha aduz que o Princípio da Função Social da Propriedade incide sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reintegratória do Poder Público, em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o Princípio da dignidade da pessoa humana; incide também sobre os bens de uso comum mediante paralisação da pretensão reivindicatória do Poder Público com fundamento no art. 1.228, § 4º, do Código Civil²³⁹.

Este artigo permite a privação da Propriedade daquele que reivindica imóvel que apresente área extensa que permaneceu na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas e estas nele houverem realizado, em conjunto ou separadamente obras e serviços considerados pelo magistrado relevantes do ponto de vista social ou econômico. Por fim, deve-se deixar claro que a natureza jurídica deste instituto criado pelo art. 1.228, § 4º, do Código Civil é de desapropriação e não de usucapião, pois enquanto a desapropriação pode incidir sobre bens

²³⁸DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Função Social da Propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, n° 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2008.

²³⁹ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 159.

públicos, ainda que com reservas, a usucapião de bens públicos, especialmente a dos bens de uso comum, estaria proibida pelo que dispõe o art. 183 da CRFB/88²⁴⁰.

A Função Social dos bens de uso especial decorre, como regra, do atendimento ao fim a que tais bens estão previamente destinados. Tais bens estão sujeitos ao cumprimento da Função Social nos mesmos termos das exigências relativas aos bens de uso comum. Assim, tratando de bens de uso especial, é preciso analisar e avaliar se os fins a que estão afetados, embora condizentes com um interesse público, não se revelam, mesmo assim, prejudiciais a interesse público maior e mais importante relacionado à Função Social das cidades, o que possibilitaria, em caso afirmativo, terem os respectivos destinos alterados por intermédio da desapropriação, (pois as demais sanções previstas no Estatuto da Cidade mostram-se incompatíveis com os bens públicos, como a tributação progressiva do IPTU, ante a reconhecida imunidade concedida aos Entes Públicos e o parcelamento ou edificação compulsória que dependem de previsão orçamentária e fonte de custeio) como para adequarem-se às exigências do plano diretor²⁴¹.

Em sentido análogo, é o pensamento de Letícia de Andrade:

A observação dessa condição finalística resulta em que a desapropriação de um bem público só será possível, e aqui estamos especificando o pressuposto pela deflagração do poder expropriatório acima apontado, quando, na comparação entre a função já desempenhada pelo bem com relação à outra utilidade pública e a função que virá a desempenhar com relação à outra utilidade pública, verifique-se que com a desapropriação e a realização das obras que eventualmente se façam necessárias se estará extraindo do bem proveito público maior do que o por ele já oferecido²⁴².

Desta forma, pode-se verificar que o Princípio da Função Social incide, também, sobre os bens de uso especial mediante a submissão destes aos preceitos que disciplinam a Função Social dos bens urbanos, em especial ao atendimento da Função Social das cidades.

²⁴⁰ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 138.

²⁴¹ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 142-144.

²⁴²ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Desapropriação de bens públicos (à luz do Princípio federativo)**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 279.

Por fim, em relação aos bens dominicais está superada a tese que atribuía a estes uma função puramente patrimonial ou financeira. Essa função permanece e pode até constituir importante fonte de recursos para o erário público. No entanto, não há dúvida de que aos bens dominicais pode e deve ser dada finalidade pública, seja para aplicação do Princípio da Função Social da Propriedade, seja para observância do Princípio da Função Social das cidades. Com efeito, não há por que se excluir os bens dominicais da incidência das normas constitucionais que asseguram a Função Social da Propriedade quer para submeter, na área urbana, às limitações impostas pelo Plano Diretor, quer para enquadrá-los, na zona rural, aos planos de reforma agrária (nos termos da CRFB/88 no art. 188 e seu § 1º que determina que a destinação das terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária, excluindo a exigência de aprovação pelo Congresso a concessão de terras públicas com área superior a 2.500ha, quando a alienação ou concessão se faça para reforma agrária)²⁴³.

Destaca ainda Maria Sylvia Di Pietro que:

No que diz respeito aos instrumentos da política urbana previstos no Estatuto da Cidade, não há dúvida de que grande parte deles se aplica aos bens dominicais e, às vezes aos bens de uso comum do povo e aos bens de uso especial. Não se pode esquecer que esse Estatuto tem fundamento constitucional. Assim, embora a competência para adoção das medidas de política urbana seja do Município, ela pode alcançar inclusive bens públicos estaduais e federais, desde que inseridos na área definida pelo plano diretor. Trata-se de competência municipal decorrente diretamente da Constituição (art. 182)...

Dentre os instrumentos indicados no artigo 4º do Estatuto da Cidade, alguns podem incidir sobre os bens públicos como é o caso do zoneamento, da desapropriação (...), do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, dentre outras²⁴⁴.

Acrescentando-se às disposições de Maria Sylvia Di Pietro, tem-se o pensamento de Sílvio Rocha, para ele sobre os bens dominicais incide o Princípio da

²⁴³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, n° 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2008.

²⁴⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função Social da Propriedade pública. Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, n° 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 de maio de 2008.

Função Social, devendo-se para tanto ser conformado à Função Social das cidades e do campo viabilizando a aquisição da Propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva:

(...) os arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal, devem receber interpretação conforme a Constituição e de acordo com o Princípio da Função Social da Propriedade, o que implica a releitura dos citados dispositivos da seguinte forma: os imóveis públicos de uso comum e especial não serão adquiridos por usucapião; os imóveis públicos dominicais podem ser adquiridos por usucapião urbana, rural e coletiva, previstas, respectivamente, nos arts. 183 e 191 da Constituição, arts. 9º e 10 do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) e arts. 1.239 e 1.240 do Código Civil²⁴⁵

Ante o exposto, ao se verificar se a Função Social está ou não inserida em certo tipo de Propriedade, deve-se ter em mente qual classificação de Propriedade quer se retratar.

Eros Grau²⁴⁶ tratando sobre os princípios informativos da ordem econômica na CRFB/88, salienta que é pressuposto da função social a propriedade privada. Em contrapartida, neste mesmo Estatuto Legal, a propriedade é tratada como direito individual. “A essa propriedade não é imputável função social, apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o poder de polícia estatal”. E completa: “Aqui se cogita, portanto, de uma propriedade distinta daquela outra afetada, em sua raiz, pela função social. Daí porque a afirmação da sua função social não se justifica”.

Observa-se assim que “a propriedade não constitui um instituto jurídico, porém um conjunto de institutos jurídicos relacionados a distintos tipos de bens”. Cumpre distinguir entre a propriedade de bens de consumo e propriedade de bens de produção. Observando que a “propriedade dos bens de consumo se esgota na sua própria fruição”. Na propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Pois fundamentos distintos justificam a propriedade dotada de função

²⁴⁵ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 159-160.

²⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 207/210.

individual e propriedade dotada de função social. Encontra justificção, a primeira, na garantia, que se reclama, de que possa o indivíduo prover a sua subsistência e de sua família; daí porque concorre para a justificção a sua origem, acatada quando a ordem jurídica assegura o direito de herança. Já a propriedade dotada de função social, é justificada pelos seus fins, seus serviços, sua função²⁴⁷.

Essas considerações remetem ao pensamento de Álvaro Borges de Oliveira, que em relação à Propriedade privada há de se falar em Inserção Social, pois a Propriedade Privada não deve exercer Função Social uma vez que o particular não tem o dever de dar finalidade social a sua Propriedade, porém a Propriedade privada deve estar inserida socialmente. A Função Social da Propriedade só existe quando a Propriedade for pública, quando o Estado emprega um determinado bem seu com finalidade social, pois, o bem público deve atender às necessidades sociais; posição da qual nos filiamos.

Pois o fim obrigatório que informa o domínio público, não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do Princípio da Função Social da Propriedade, de modo que este Princípio incide sobre o domínio público. Incide sobre os bens de uso comum mediante a paralisação da pretensão reintegratória do Poder Público (conforme art. 1.228, § 4º do Código Civil), em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o Princípio da dignidade humana. Incide sobre os bens de uso especial mediante a submissão aos preceitos que disciplinam a Função Social dos bens urbanos, especialmente ao atendimento da Função Social das cidades. E sobre os bens dominicais conformando-se à Função Social das cidades e do campo viabilizando a aquisição da Propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva²⁴⁸.

²⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 212.

²⁴⁸ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 160.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da elaboração do presente trabalho, pode-se constatar que a evolução da Sociedade e do Estado implicou na redefinição do conteúdo do Direito de Propriedade na medida em que esta passa não mais a servir apenas ao titular, mas também a desempenhar uma função em prol de toda a sociedade. A Propriedade, hoje, pode ser comparada a uma moeda preciosa que apresenta duas faces: uma voltada para o indivíduo, e a outra, para toda a coletividade.

De acordo com a evolução do tratamento constitucional, a Propriedade sofre uma reestruturação em seu conteúdo interno, passa a ser não apenas um Direito e sim, uma função; valoriza-se o atendimento aos fins da comunidade em desprestígio do interesse egoístico do titular do Direito, ou seja, uma destinação social, em detrimento do individual.

A transformação do Estado no século XVIII em grande regulador do Direito de Propriedade, viabilizada primeiro através das leis e depois das constituições, resultou numa notável mudança em relação aos primórdios do Liberalismo. As necessidades sociais deram lugar a uma regulação da Propriedade que se caracterizava pela relativização deste Direito e sua subordinação à sua Função Social, à qual competiria servir como grande estímulo ao progresso material, mas, sobretudo à valorização crescente do ser humano, num quadro em que o Homem exercita a sua criatividade para crescer como indivíduo e com a Sociedade.

O embrião desta visão social foi introduzido em nossa Constituição em 1934, influenciada pelas Constituições Sociais do México (1917) e Weimar (1919), e desde então vem sendo alterada a visão liberal da Carta de 1824, com sensível transformação do conteúdo mesmo do Direito de Propriedade.

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Propriedade transmudou seu caráter constitucional individualista em um instituto de natureza social, que vai além da simples limitação do Direito de Propriedade, não pretendendo o legislador apenas conciliar o interesse proprietário com um programa social,

inserido, no caso brasileiro, no âmbito da “Política Urbana” e da “Política Agrária” (arts. 182 e 184 da CFRB/88), mas representa uma alteração em seu conteúdo, submetendo os interesses patrimoniais aos Princípios fundamentais do ordenamento (arts. 1º e 5º, CFRB/88).

Destacou-se que o Direito fundamental à Propriedade, previsto no art. 5º, e inciso XXII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deve ser interpretado como Direito à Potência e à proteção da Propriedade existente. Ou seja, o Estado garante ao cidadão a Potência da Propriedade e a proteção da sua Propriedade, tanto contra ele (Estado) mesmo, como contra terceiros. Sendo assim, a Constituição não prevê um Direito à Propriedade, pelo qual o Estado teria a obrigação de dar Propriedade, à quem não a tiver, só se compromete de proteger a Propriedade já existente. Naturalmente esta proteção não é absoluta, já que nenhum Direito fundamental é absoluto, sofre restrições previstas na lei e na Constituição. Nos casos elencados na Constituição e na lei, mas somente nestes, o Estado pode desapropriar o proprietário. Mas mesmo nestes casos a Constituição prevê indenização em caso de desapropriação, por exemplo.

Abordou-se o conceito, e características dos Princípios, destacando-se a generalidade, que diz respeito a sua situação hierárquica ou posição jurídica no ordenamento positivo, a gradualidade, que se refere a graus de intensidade valorativa no sistema jurídico; a indeterminabilidade, que decorre da abstração quanto à sua compreensão, carecendo estes, de interferência concreta por parte tanto do elaborador, quanto do aplicador do Direito, a que os Princípios possam ter concretude, salvo os Princípios prescritivos, que são dotados de eficácia imediata e direta. Ao mencionar as características não se pode esquecer da que Canotilho denomina normatividade por aceitação de sua “natureza normogenética”, esclarecendo que os Princípios desempenham uma “função normogenética fundamentante” e, sendo assim, aparecem como fundamento às regras jurídicas.

Prosseguindo à análise teórico-principlista, onde se destacou os Princípios constitucionais e suas características, tomando por base a classificação feita pela Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Rocha, quais sejam: generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, informatividade, atualidade, poliformia, vinculabilidade, aderência, complementaridade e normatividade

jurídica. Conferindo tais características aos Princípios constitucionais atributos específicos que os revestem de eficácia e imperatividade, como preceitos normativos.

Após essa verificação das características informadoras dos Princípios constitucionais, passou-se a abordar, em específico o Princípio da Função Social da Propriedade. Princípio este que não se trata de uma norma constitucional ou Princípio marxista ou socialista, até mesmo porque a CRFB/88 incentiva e protege a criação e a multiplicação da riqueza, porém a exigência de cumprimento da Função Social é necessária para a eliminação do caráter burguês da Propriedade do início do século XX.

O proprietário não pode mais ser um monarca absoluto de seu “sagrado” Direito com atitudes parasitárias de comodismo, pois tem uma hipoteca social importante que grava e onera a sua Propriedade, a qual não pode ser utilizado apenas para a satisfação de interesses egoísticos e excessivamente personalistas, mas sim, um Direito com profundo espírito social.

Deve-se deixar claro, que o Princípio da Função Social da Propriedade não é uma garantia jurídica de estabilização de relações sociais preexistentes. É uma norma impositiva sobre uma relação jurídica garantida. Ou seja, dada a existência de sujeitos proprietários, juridicamente garantidos, o Direito intervém nessa relação, impondo deveres e responsabilidades.

A norma que dispõe sobre a Função Social da Propriedade cria o ônus ao proprietário perante a sociedade. Essa norma institui um ônus que recai sobre o desenvolvimento da relação de poder entre sujeito e objeto, que configura a Propriedade. O ônus imposto sobre o sujeito proprietário significa que sua atuação deve trazer um resultado vantajoso para a sociedade, a fim de que este poder individualizado seja reconhecido legalmente. O que o Direito impõe e não apenas garante é o preenchimento da relação de Propriedade, de forma que a disposição individualizada da vontade para a vantagem própria traga também vantagens sociais e, por conseguinte, uma melhoria da vida social.

Não devendo a Função Social da Propriedade ser confundida com os sistemas de limitação da Propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do Direito, ao proprietário; aquela, à estrutura do Direito mesmo, à Propriedade. Limitações, obrigações e

ônus são externos ao Direito de Propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do Direito, e se explicam pela simples atuação do poder de polícia.

Também destacou-se o pensamento crítico de Fábio Konder Comparato, Rodrigo Mesquita e José Isaac Pilati em relação a Função Social da Propriedade, respectivamente como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, a amplitude de seu alcance e a baixa efetividade da norma que a garante.

A crítica de Comparato se funda na exegese da Função Social da Propriedade como mera recomendação ao legislador, e não como vinculação jurídica efetiva, tanto do Estado quanto dos particulares, que deve ser expressamente repelida nos sistemas constitucionais que, a exemplo do alemão e do brasileiro, afirmam o Princípio da vigência imediata dos Direitos humanos, conforme o art. 5º, § 1º da CRFB/88. Esta via hermenêutica que pretende ver a Função Social da Propriedade como mera recomendação ao legislador e não como norma jurídica efetiva é insustentável diante dos paradigmas constitucionais modernos, em que já se fala mesmo da “morte” das chamadas “normas constitucionais programáticas.

Por seu turno, Rodrigo Mesquita questiona a denominação genérica de *Função Social* para tudo, para denominar um instituto jurídico, um Princípio, uma restrição positiva, uma restrição negativa, uma fundamentação político-legal. Além de se mostrar atécnico, é perigoso, pois se alarga em demasia a *Função Social da Propriedade*, abarcando tudo, abre-se espaço para arbitrariedade pelo Poder Público, além de perda da sua força e sentido.

Além disso, destacou-se a problemática da baixa eficácia da norma que garante a Função Social, mas a relega ao voluntarismo estatal, revelando um descompasso da teoria do Direito perante a realidade normada, tomando-se por base os aportes teóricos de José Isaac Pilati.

Por fim, abriu-se a discussão acerca da Função Social da Propriedade no Direito público e Direito privado. A qual Propriedade esta Função Social deve servir, tão-somente a Propriedade privada? A Propriedade pública também? Ou a

ambas?

Partilhou-se do pensamento de Álvaro Borges de Oliveira, de que em relação à Propriedade privada há de se falar em Inserção Social, pois a Propriedade Privada não deve exercer Função Social uma vez que o particular não tem o dever de dar finalidade social a sua Propriedade, porém a Propriedade privada deve estar inserida socialmente. A Função Social da Propriedade só existe quando a Propriedade for pública, quando o Estado emprega um determinado bem seu com finalidade social, pois, o bem público deve atender às necessidades sociais.

Pois o fim obrigatório que informa o domínio público, não acarreta sua imunização aos efeitos emanados do Princípio da Função Social da Propriedade, de modo que este Princípio incide sobre o domínio público. Incide sobre os bens de uso comum mediante a paralisação da pretensão reintegratória do Poder Público (conforme art. 1.228, § 4º do Código Civil), em razão de outros interesses juridicamente relevantes, sobretudo o Princípio da dignidade humana. Incide sobre os bens de uso especial mediante a submissão aos preceitos que disciplinam a Função Social dos bens urbanos, especialmente ao atendimento da Função Social das cidades. E sobre os bens dominicais conformando-se à Função Social das cidades e do campo viabilizando a aquisição da Propriedade dos referidos bens pela usucapião urbana, rural e coletiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. Da Função Social da posse e sua conseqüência frente à situação proprietária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Espanhola. Ernesto Gárzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

ANDRADE, Letícia Queiroz de. **Desapropriação de bens públicos** (à luz do Princípio federativo). São Paulo: Malheiros, 2005.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Edipro, 1995.

ARONE, Ricardo. **Propriedade e domínio**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARRETO, Lucas Hayne Dantas. Função Social da Propriedade: análise histórica. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 9, n. 778, 20 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7164>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BENJAMIN, Antônio Hermann. Reflexões sobre a hipertrofia do

Direito de Propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. **Anais do 2º Congresso Internacional de Direito Ambiental**. São Paulo: Imprensa Oficial, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 07 p. 76, jun. 2001.

BOBBIO, Norberto **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Néelson Coutinho. 5 reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____ **Direito e Estado no Pensamento de Imanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait, 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____ **Teoria do ordenamento jurídico**. 7ed. Unb, Brasília, 1996.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Curso de Direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função ambiental da Propriedade rural**. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vademecum Universitário de Direito Rideel**. São Paulo: Rideel, 2ed, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa no Estado Constitucional de Direito. Curitiba: Juruá, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____ **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 1997.

CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e ambiental da**

Propriedade. Florianópolis: Momento Atual, 2003.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos.** 4ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____ A Função Social da Propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo, ano XXV, n. 63, jul./set. 1986.

_____ Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista Cjf.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>>. Acesso: 23 de maio de 2008.

_____ Direitos Humanos: Direitos e deveres fundamentais em matéria de Propriedade. **Revista Cjf.** Disponível em <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo11>. Acesso 23 maio de 2008.

COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira da. **A constitucionalização do Direito de Propriedade.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

COSTA, Judith Martins. **A reconstrução do Direito Privado:** reflexos dos Princípios e Direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado. São Paulo: RT, 2002.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito constitucional,** 2ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____ Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo. 3ed. Curitiba: Juruá, 2005.

DANTAS, Ivo. Princípios constitucionais e interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “Função Social”. São Paulo. **Revista de Direito Ambiental.** São Paulo: RT, n° 27, ano 2, julho-setembro de 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro.** 18 ed.

v.4. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____ Função Social da Propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto de Direito Privado da Bahia, n° 6, abril/maio/junho de 2006. Disponível em <<http://www.Direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2008.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Trad. Marta Gustavino. Barcelona: Ariel, 1989.

_____ **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios constitucionais**. São Paulo: RT, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

FERRAJOLI Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción: Andrés Ibanez y Andrea Grippi. Madrid: Trotta, 1999.

_____ Los fundamentos de los derechos fundamentales. Madrid: Trotta. 2001.

FERREIRA, Dâmares. **O aspecto funcional da Propriedade urbana na Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito Privado, São Paulo, RT v.6, abr. 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 31ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRO, Marcelo Roberto. A Propriedade privada no Código Napoleão. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. n.70, ano 18, out-dez/94. São Paulo: RT, 1994.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 2ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Perfil constitucional da Função Social da Propriedade. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=676>>. Acesso em: 27 abr. 2008.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto o Direito e as instituições da Grécia e Roma. Trad. Edson Bini. 3ed. São Paulo: Edipro, 2000.

GILISEN, John. **Introdução Histórica do Direito**. Trad. A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 646.

GONDINHO, André Osório. **Função Social da Propriedade**. Problemas de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____ **Direito urbano**. São Paulo: RT, 1983.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 10ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GRUPENMACHER, Betina Treiger e BUSQUETS, Cristina Del Pilar. Favelas, invasões e modalidades de loteamento. Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo (Org.). **Temas de Direito Urbanístico 2**. São Paulo: RT, 1997, p. 53.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

_____ Direitos fundamentais, processo e Princípio da proporcionalidade. **Dos Direitos Humanos aos Direito Fundamentais**. Coord. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HOBBS, Thomas. **O leviatã**. Tradução Alex Marins. São Paulo:

Editora Martin Claret, 2003.

KÖHN, Edgar. Direito à Propriedade: potência e proteção. **Revista Boletim Jurídico**. Disponível em: < <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1735>>. Acesso em: 14 jan. 2008.

JELINEK, Rochelle. **O Princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf> >. Acesso em: 20 de maio de 2008.

JÚNIOR, Raimundo Alves de Campos. O conflito entre o Direito de Propriedade e o meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **A Função Social da Propriedade e da cidade no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

LÉVY, Jean Philippe. **História da Propriedade**. Trad. Fernando Guerreiro. Lisboa: Estampa, 1973.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

_____ **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Trad. Magda Costa. 3ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales - Temas clave de la constitucion española**, colecciõn dirigida por Pedro de Vega. 6. edicion. Madrid: Tecnos, 1995.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da Função Social da**

Propriedade urbana. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ed, atualizado por Eurido de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002.

MESQUITA, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas. **Desmistificando a Função Social da Propriedade com base na Constituição federal e legislação infraconstitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 96, n. 860, p. 122, jun. 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 8ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, José Diniz de. **A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1999.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **A ordem econômica e financeira e a nova Constituição.** Rio de Janeiro: Aide, 1989.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do Direito.** 13ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de, FARIAS, Dóris Ghilardi. **Revista Direito e Política.** A concepção de Locke sobre a Propriedade. Disponível em: <<http://www.univali.br/default.asp?P=3535>>. Acesso em: 5 jan. 2008.

OLIVEIRA, Álvaro Borges de, STUDER, Andréa Cristina Rodrigues. Ensaio sobre a Função Social no Brasil. **Revista Direito e Política.** Disponível em: <<http://www.univali.br/default.asp?P=3535>>. Acesso em: 4 jan. 2008.

_____ Uma definição de Propriedade. **Revista Direito e Política.** Disponível em: <<http://www.univali.br/cpcj>>. Acesso: 26 de maio de 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teoria jurídica e novos Direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro. **Direito subjetivo - Base**

escolástica dos Direitos humanos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 14. n° 41, outubro/99.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado contemporâneo**. 3ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PILATI, José Isaac. Função Social e tutelas coletivas: contribuição do Direito romano a um novo paradigma. **Jurisprudência Catarinense**. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, v. 106, abr-2004, p. 180.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Fernando J. Armando. O Princípio da Função Social da Propriedade e a compreensão constitucionalmente adequada do conceito de Propriedade. **Revista Virtual Jus.** Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/O%20principio%20da%20funcao.pdf>. Acesso: 24 de maio de 2008.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Constituição e ordem econômica. FIOCCA, Demian e GRAU, Eros (orgs). **Debate sobre a Constituição de 1988**. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____ Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Função Social da Propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____ O estatuto da cidade e suas diretrizes gerais. **Estatuto da cidade (comentário à lei federal 10.257/2001)**. Orgs. Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz. São Paulo: Malheiros, 2002.

TANAJURA, Grace Virgínia Ribeiro de Magalhães. **Função Social da Propriedade rural**. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela jurídica da Propriedade privada na ordem constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, 1993.

_____ **Temas de Direito civil**. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 291.

TIGAR, Michael e LEVY, Madeleine. **O Direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: trad. Zahar, 1978, p. 288.

TYRELL, James apud LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

VARELLA, Marcelo Dias, e BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro

(Orgs.). **O novo em Direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direitos reais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos, e LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os “novos” Direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

YUNES JR., Faissal. **Sistema constitucional tributário**. Cadernos de Direito constitucional e ciência política, São Paulo, v. 24, n. 24, p. 172, jul./set. 1998.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)