

A SUPERACÃO DA PROPRIEDADE ABSOLUTA A PARTIR DA IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

Lauro Ishikawa*

Érica Taís Ferrara Ishikawa**

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Breves Apontamentos Históricos do Direito de Propriedade e os Reflexos nas Constituições Brasileiras; 3 O Direito de Propriedade na Constituição de 1988; 3 A Superação da Propriedade Absoluta a partir da Imposição Constitucional de sua Função Social; 4 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo busca analisar o direito de propriedade na respectiva ordem econômica consoante expressa pela Constituição Federal brasileira de 1988. Primeiramente, vamos contextualizar brevemente o trilhar deste direito na história do constitucionalismo nacional para, posteriormente, evocá-lo enquanto inserido na atual regência jurídica da economia em face de sua função social intrínseca, balizando-o enquanto direito humano fundamental de primeira dimensão - liberdade, às demais dimensões, quais sejam, a da igualdade – segunda dimensão – e a da fraternidade – terceira dimensão –, que demandam, em conjunto, proteção imediata, conforme prescreve o texto constitucional pátrio. As funções social e ambiental da propriedade privada revelam a superação de seu caráter individual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Propriedade; Função Social da Propriedade; Funções Social e Ambiental.

OVERCOMING THE NOTION OF ABSOLUTE RIGHT TO PROPERTY BY THE CONSTITUTIONAL IMPOSITION OF ITS SOCIAL FUNCTION

ABSTRACT: The right of property within the respective economic order according to the 1988 Brazilian Federal Constitution is discussed. The history of this right within Brazilian constitutionalism will be contextualized in its insertion in the current

* Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP; Docente Titular e Coordenador Adjunto dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade Autônoma de Direito (FA-DISP); Docente do Curso de Graduação em Direito e Coordenador de Extensão das Faculdades Integradas Rio Branco; Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Anhembi Morumbi; Coordenador dos Cursos de Extensão das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU); Bolsista da Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular (FUNADESP); E-mail: lauro.ishikawa@uol.com.br

** Doutoranda em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP; Docente do Curso de Graduação em Direito e Coordenadora de Atividades Complementares da Escola Paulista de Direito (EPD); Bolsista do CNPQ; Advogada.

juridical regime in the wake of its intrinsic social function. As a human fundamental right, it is foregrounded first on freedom and then on equality and fraternity which require, as a whole, immediate protection as the Constitution demands. The social and environmental functions of private property reveal the overcoming of its individual stance.

KEY WORDS: Right to Property; Social Function of Property; Social and Environmental Functions.

LA SUPERACION DE LA PROPIEDAD ABSOLUTA A PARTIR DE LA IMPOSICION CONSTITUCIONAL DE SU FUNCION SOCIAL

RESUMEN: El presente artículo busca analizar el derecho de propiedad en el respectivo orden económico consonante expreso por la Constitución Federal brasileña de 1988. Primeramente, vamos a contextualizar el recorrido de este derecho en la historia del constitucionalismo nacional para, posteriormente, evocarlo en la actual regencia jurídica de la economía frente a su función social intrínseca, balizándose como derecho humano fundamental de primera dimensión – libertad, a las demás dimensiones, cuáles sean, la igualdad – segunda dimensión – y de la fraternidad – tercera dimensión -, que demandan, en conjunto, protección inmediata, conforme prescribe el texto constitucional patrio. Las funciones sociales y ambientales de la propiedad privada revelan la superación de su carácter individual.

PALABRAS-CLAVE: Derecho de Propiedad; Función Social de la Propiedad; Funciones Social y Ambiental.

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade é direito-base de toda e qualquer ordem econômica – esta traduzindo-se como a regência jurídica da economia – que se predisponha capitalista. Sua evolução moderna, primeiro enquanto direito natural e, em seguida, inserido no rol dos direitos humanos de todos os homens e da humanidade, é marcada por diversos diplomas normativos insurgentes e tratados internacionais que podem ser demarcados como originários dos movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII.

O Brasil se inseriu através de suas primeiras Constituições no quadro internacional que se delineava em face dos direitos humanos, consubstanciado nas

premissas destes na perspectiva ainda incipiente e marcadamente liberal do início do século XIX.

Conforme se verificará no discorrer do presente artigo, os contornos principiológicos dos direitos humanos da Revolução Francesa reformularam-se com o passar da história, e, juntamente, alterou-se a configuração do Estado brasileiro, incorporando este, aos poucos, as noções mais modernas de igualdade e solidariedade, cotejando o direito de propriedade com a sua correlata função social.

Para tanto, porém, necessário foi trilhar caminho obstaculizado por oligarquias que insistiam em se permanecer no poder e fazer deste um ponto de apoio para o favorecimento próprio político e econômico-financeiro. Por isso, optamos no presente trabalho por realizar primeiramente um breve apanhado histórico do constitucionalismo brasileiro e o direito de propriedade para, em seguida, delinear os principais pontos deste direito na atual Constituição Federal de 1988, considerando, logo após, a relevância e os aspectos primordiais da função social da propriedade, a fim de dar suporte para uma hermenêutica do ordenamento jurídico pátrio que caminhe em prol da regência jurídica da economia, consentânea à realidade e ao objetivo fundamental de valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, através do adensamento de todas as dimensões dos direitos humanos, inclusive no tratamento específico do direito de propriedade.

2 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE E OS REFLEXOS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O direito de propriedade enquanto direito humano prenuncia-se já na Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, sendo este “o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social”¹.

Nesse contexto, observa-se a consagração do documento constitucional escrito, com a edição da Constituição norte-americana de 1788 e pela Revolução Francesa, em 1789, como ensina André Ramos Tavares:

¹ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.

A Constituição escrita, de outra parte, em sua origem, como se nota, teve cunho acentuadamente revolucionário, tanto por força do processo desencadeado nos Estados Unidos como também pela ocorrência na França. Essa nota acaba por se projetar como uma das grandes características das Constituições, que é o rompimento com a ordem jurídica até então vigente. Tal prática tomou posto nos Estados Unidos da América do Norte quando, diante da independência das Treze Colônias, o Congresso de Filadélfia, em 15 de maio de 1776, propôs aos Estados federados a formulação de suas próprias constituições. A edição de tais diplomas representou o início do sistema de constituições escritas, que é até hoje uma tendência amplamente praticada.²

Tal declaração importa em limitações do poder estatal, inspirada na crença na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem³.

Logo após, ressalta André Ramos Tavares, em 1789, tem-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como decorrência dos ideais da Revolução Francesa, com a edição da primeira Constituição formal europeia em 1791, “surgida na trilha da americana, a saber, a francesa, que teve referida Declaração como preâmbulo. A partir dela, começaram a surgir constituições por toda a Europa e, daí, para os outros continentes”⁴.

O pensamento iluminista francês, desta forma, foi de importância singular para o desenvolvimento jurídico-político dos séculos posteriores. Vale novamente referir as palavras de José Afonso da Silva:

As condições subjetivas ou ideais ou lógicas consistiram precisamente nas fontes de inspiração filosófica anotadas pela doutrina francesa: 1) o pensamento cristão, como fonte remota, porque, na verdade, a interpretação do cristianismo que vigorava no século XVIII era favorável ao status quo vigente, uma vez que o clero, especialmente o alto clero, apoiava a monarquia absoluta, e até oferecia a ideologia que a sustentava, com a tese da origem divina do poder; o pensamento cristão vigente, portanto, não favorecia o surgimento de uma declaração de direitos do homem; o cristianismo primitivo, sim, continha a mensagem de libertação do homem, na sua afirmação da dignidade eminente da pessoa humana, porque o homem é uma criatura formada à imagem e semelhança de Deus, e

² TAVARES, André R. Curso de direito constitucional. 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31-32.

³ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 154.

⁴ TAVARES, op. cit., 2013, p. 32.

esta dignidade pertence a todos os homens sem distinção, o que indica uma igualdade fundamental de natureza entre eles [...]; 2) A doutrina do direito natural dos séculos XVII e XVIII, de natureza racionalista, fundada assim na natureza racional do homem, faz descer a este o fundamento do poder político e também o Direito positivo em contraposição à “divinização” que sustentava o regime absolutista vigente [...]; 3) Pensamento iluminista, com suas idéias sobre a ordem natural, sua exaltação às liberdades inglesas e sua crença nos valores individuais do homem acima dos valores sociais, firmando o individualismo que exala dessas primeiras declarações dos direitos do homem.⁵

Foram sobre as linhas desenhadas inicialmente pela Revolução Francesa, no seu viés mais individualista e liberal, que se constituíram as Constituições brasileiras de 1824 e 1891⁶, em prol da preservação da liberdade e do direito de propriedade, porém sob o forte regime do Império.

Configurava-se no país, afinal, a proteção do direito de propriedade a uma minoria elitista e centralizadora que tinha como garantia tal direito em face da subserviência da população menos abastada.

A Constituição Mexicana de 1917 é caracterizada como um importante marco internacional na proteção dos direitos sociais em que, consoante Comparato:

O mesmo avanço no sentido da proteção da pessoa humana ocorreu com o estatuto da propriedade privada (art. 27). No tocante às “terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional”, a Constituição estabeleceu a distinção entre a propriedade originária, que pertence à nação, e a propriedade derivada, que pode ser atribuída aos particulares. Aboliu-se, com isto, o caráter absoluto e “sagrado” da propriedade privada, submetendo-se o seu uso, incondicionalmente, ao bem público, isto é, ao interesse de todo o povo. A nova

⁵ SILVA, op. cit., 2011, p. 173-174.

⁶ A propósito dessa passagem na Constituição Brasileira: “As duas Constituições, tanto a de 1824 quanto a de 1891, se encontravam sob a perspectiva do direito de propriedade enquanto envolto numa ideologia especificamente liberal, na qual não havia espaço para diálogo com institutos como a função social que hoje se encontra na Constituição de 1988, diretamente correlata a esse direito. Pela interpretação da doutrina hodierna e da época se percebe claramente que a constitucionalização da garantia à propriedade privada foi tomada como um relevante avanço, seja no âmbito político, seja no econômico, político e social, trazendo importantes mudanças para a estrutura de governança do século XIX e início do século XX, apesar das críticas existentes sobre a coadunação do Poder Moderador com uma ordem liberal, e de a ordem jurídica ter sido imposta à população pela minoria oligárquica ruralista e por esta comandada sem atendimento aos anseios de uma proteção à dignidade da população em geral, sendo que o termo dignidade não é cogitado nenhuma vez na Constituição de 1891, contudo, na Constituição de 1824 é referido duas vezes, apenas quando se refere à família imperial”. In: ISHIKAWA, Lauro. A Propriedade privada e as constituições brasileiras de 1824 e de 1891. *Pensamento Jurídico: Revista da Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo*, ano 2, n. 3, jan/jun., 2013, p. 158.

Constituição criou, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sociopolítica provocada pela reforma agrária, a primeira a se realizar no continente latino-americano.⁷

Assim considerado, inaugurou-se a partir da Constituição Mexicana uma perspectiva até então inédita no constitucionalismo do século XX, que diz respeito ao tratamento da propriedade em seu sentido mais social, cuja característica passa a pertencer aos interesses da nação, estando, portanto, submetida aos ditames do Estado. O caráter absoluto do direito de propriedade, ou seja, sem qualquer limitação social, deixou de ser constitucionalmente resguardado, dando lugar a uma ideia de propriedade vinculada ao interesse público e orgânico, sob o manto da proteção estatal, evocando, assim, considerações sobre um constitucionalismo promotor, em certo sentido e limite, da igualdade material. Desta forma, o escólio de André Ramos Tavares, para quem

Constata-se que o direito de propriedade assumiu uma conotação que se tem designado como social, em oposição à característica essencialmente individualista de que desfrutara outrora. Desse modo, na esteira do desenvolvimento jurídico do conceito, nota-se que, inicialmente, o direito de propriedade era compreendido como a relação entre uma pessoa e uma coisa, que se considerava de caráter absoluto, natural e imprescritível. Posteriormente, contudo, essa teoria foi considerada inadequada, uma vez que entre uma pessoa e uma coisa não se pode estabelecer uma relação jurídica, que, por seu turno, só ocorre entre pessoas, uma vez que apenas estas é que podem ser sujeitos de direitos e obrigações.⁸

Não é de se olvidar a influência da referida Constituição Mexicana de 1917 sobre as Constituições de outras nações, notadamente a brasileira, de 1934, passando a contar com a previsão de direitos sociais, como a que assegurou o art. 113: “a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade”.

A tal proteção foi dada continuidade nas Constituições posteriores, apesar do caráter intervencionista e autoritário a que estavam submetidas, até a Constituição

⁷ COMPARATO, op. cit., 2008, p. 181-182.

⁸ TAVARES, André R. Direito constitucional da empresa. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 63.

Cidadã⁹ de 1988.

Dessa forma, se abre um caminho diverso sobre o direito de propriedade, tratando-o não na concepção individualista simplesmente, mas, também, dando-se mais atenção aos dizeres de pensadores como Volney, Destutt de Tracy e Condorcet, ao que nos atenta José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] acentuadora da natureza de “troca” dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social. **Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade**, porque a sociedade é o estado normal e material do homem. Estamos a um passo da viragem “positivista”: os direitos naturais são *constructa* sociais e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais. A dimensão historicista também já espregueia nesta perspectiva: os direitos naturais realizam-se *historicamente* através de convenções ou trocas sociais.¹⁰ (grifo nosso).

A Constituição Federal brasileira de 1988, sedimentando e acrescentando às disposições anteriores, passou a regular o direito de propriedade não mais na perspectiva do Estado Liberal, consoante fora consagrada nas Constituições de 1824 e 1891, mas sim na esteira do que já se vinha delineando desde a Constituição de 1934 até aquela de 1969, ou seja, o direito de propriedade cotejado à sua função social.

Na Constituição de 1934, prescrevendo que este direito não poderia “ser exercido contra o interesse social ou colectivo” (art. 113, inciso 17); naquela de 1937, mantendo a mesma tendência em que a propriedade poderia ser usufruída “salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública” (art. 122, inciso 14); na Carta de 1946, que poder legal de “promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos” (art. 147), garantindo que a ordem econômica fosse “organizada conforme os princípios da justiça social” (art. 145); já a Constituição de 1967-69 foi a primeira a incorporar ao seu texto, como princípio da ordem

⁹ Nos discursos que antecederam a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme destacam Paulo Bonavides e Paes de Andrade, Ulysses Guimarães, num dos instantes mais altos de sua fala, ponderou: “(...) Repito: esta será a Constituição cidadã. Porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros. Esta Constituição, o povo brasileiro me autoriza a proclamá-la, não ficará como bela estátua inacabada, mutilada ou profanada. O povo nos mandou aqui para fazê-la, não para ter medo. Viva a Constituição de 1988. Viva a vida que ela vai defender e semear”. (BONAVIDES; ANDRADE, 2004, p. 470).

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim G. Estudos sobre direitos fundamentais. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 18.

econômica, a função social da propriedade (art. 157).

Sucedâneo dessa evolução, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no art. 5º, *caput*, tratar-se o direito de propriedade inviolável, eis que fundamental aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, tratando de garantir a propriedade privada (art. 5º, XXII), contudo, impondo que “a propriedade atenderá a sua função social” (5º, XXIII). E mais, passou a integrar o rol dos princípios norteadores da ordem econômica, a propriedade privada (art. 170, II) e a sua correspondente função social (art. 170, III).

3 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 guarda uma função histórica especial, tendo em vista seu caráter amplamente democrático, se distanciando sobremaneira da política autoritária que marcou períodos anteriores, em que as Constituições, apesar de se referirem à justiça social ou à própria função social da propriedade, eram natimortas, como referiram Paulo Bonavides e Paes de Andrade em face da Constituição de 1967, eis que submetidas e anuladas por decisões infraconstitucionais como Decretos-leis e os denominados Atos Institucionais. Nesse sentido, estes autores nos atentam que “no exame da nossa História constitucional, constatamos que a passagem do nível legal para a realidade das relações sociais tem sido extremamente penosa e na maioria das vezes fracassada”¹¹. Bonavides, porém, nos leciona em outro momento:

A Constituição de 1988, ao revés do que dizem os seus inimigos, foi a melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais. Onde ela mais avança é onde o Governo mais intenta retrogradá-la. Como constituição dos direitos fundamentais e da proteção jurídica da Sociedade, combinando assim defesa do corpo social e tutela dos direitos subjetivos, ela fez nesse prisma judicial do regime significativo avanço.¹²

Dessa forma, poderes excessivos ao Órgão Executivo e redução do texto constitucional à mera formalidade minavam qualquer possibilidade de uma verdadeira democracia nacional, que só veio a ser realmente instituída com a Constituição Federal de 1988. Tomamos o conceito de cidadania, portanto, como basilar para a compreensão da representatividade desta Constituição na história do

¹¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: OAB, 2002, p. 488.

¹² BONAVIDES, P. A evolução constitucional do Brasil. Revista Estudos Avançados. São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-76, 2000, p. 174.

constitucionalismo brasileiro.

O reconhecimento e a efetivação do direito de propriedade e de sua respectiva função social, nesse sentido, demonstram o reconhecimento e efetivação também da cidadania, esta enquanto pressuposto para a instituição de um Estado Democrático.

O direito fundamental à inviolabilidade da propriedade é também disposto na Constituição Federal de 1988 como princípio da ordem econômica. Neste sentido, ponderam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Na CF está consagrado nos direitos e garantias fundamentais e também como um dos princípios de ordem econômica (CF 170 II e III). Principal relevância disso está na sua compreensão como um dos instrumentos destinados à realização da existência digna de todos e da justiça social, bem como instituto indispensável para a construção da sociedade justa, livre e solidária. A função social da propriedade não pode ser vista como simples limitação ao direito de propriedade, porque provoca alteração material no conceito de propriedade.¹³

A existência digna, assim, incluída enquanto finalidade da regência jurídica pátria da economia, concede a esta o dever de garanti-la a todos mediante a consagração dos direitos humanos fundamentais promulgados, implícita e explicitamente, por ela e pelos “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, § 2º). Neste sentido, a propriedade privada e sua função social, além de serem igualmente garantidos na Constituição Federal sob o Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXII, XXIII) são arroladas como princípios, verdadeiros fundamentos da ordem econômica nacional (art. 170, II, III).

Na observação de Fábio Konder Comparato:

Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. 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 desapropriação.¹⁴

¹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. Constituição federal comentada e legislação constitucional. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 847.

¹⁴ COMPARATO, F. K. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. Revista CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal. Brasília, v. 1, n. 3, p. 92-99, set/dez., 1997, p. 96.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 definiu o mercado enquanto integrante do patrimônio nacional, ou seja, é de propriedade de toda a sociedade brasileira, devendo ser incentivado “de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País” (art. 219).

Considerada a propriedade privada como direito fundamental, tal não pode se divorciar da sua correspondente função social, inclusive, ao se tratar da opção capitalista de mercado, encontrando ainda, na ordem econômica, a imposição de limitação na concepção social do mercado, que visa garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.

Vale salientar também que, enquanto direito fundamental, conforme expressa a Constituição Federal, tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º). Neste sentido, deve ser garantido que o direito de propriedade e sua respectiva função social sejam observadas, constituindo “objeto de uma política pública, constitucionalmente obrigatória”¹⁵. Com efeito,

[...] quando a Constituição declara como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, de um lado, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e, de outro lado, a promoção do desenvolvimento nacional, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º), é óbvio que ela está determinando, implicitamente, a realização pelo Estado, em todos os níveis – federal, estadual e municipal – de uma política de distribuição eqüitativa das propriedades, sobretudo de imóveis rurais próprios à exploração agrícola e de imóveis urbanos adequados à construção de moradias. A não-realização dessa política pública representa, indubitavelmente, uma inconstitucionalidade por omissão.¹⁶

Observa-se, ainda, na esteira da lição de Comparato, que não se trata de desrespeito de um suposto direito privado individual de propriedade mediante a adoção de políticas públicas em prol de sua função social. Isto, pois, aquele não poderá ser exercido sem a presunção de sua função finalística. “Com relação aos demais sujeitos privados, o descumprimento do dever social de proprietário significa uma lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, reconhecido doravante pelo sistema constitucional”¹⁷.

¹⁵ *Ibidem*, 1997, p. 97.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ COMPARATO, op. cit., 1997, p. 97.

Dessa forma, estamos autorizados a afirmar que a função social do direito de propriedade vai muito além da simples relação vertical Estado/Sociedade, mas diz respeito também em face dos próprios indivíduos e de toda a comunidade. Ademais,

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de *exercê-lo* em benefício de outrem e não, apenas, de *não o exercer* em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de *fazer*, portanto, e não, meramente, de *não fazer* ao detentor do poder que deflui da propriedade.¹⁸

O direito subjetivo de propriedade, assim, se encontra em nossa ordem constitucional amalgamado com a sua respectiva função social, atribuindo esta a tal direito uma característica difusa, onde de toda propriedade se infere um componente de compromisso com a sociedade, possibilitando o raciocínio de que, ao mesmo tempo em que é um direito oponível a todos os demais sujeitos pelo seu detentor, carrega consigo uma demanda, verdadeiro ônus social, de um dever-agir. Ou seja, também o sujeito fruidor da propriedade tem um dever intrínseco a tal fruição, cujo direito correlato corresponde a toda comunidade.

É nesse sentido que caminha a lição de José Diniz de Moraes, para quem, referindo-se aos dizeres de Pietro Perlingieri:

Para ele, a propriedade é muito mais que um direito subjetivo, é uma situação jurídica complexa, com natureza de potestã, que encerra poderes, deveres, obrigações e ônus. Segundo seu magistério: “Em substância, portanto, a propriedade não é mais apenas um poder da vontade, um direito subjetivo que pertence tout-court a um sujeito, mas é ainda muito mais uma situação jurídica subjetiva complexa, é uma relação jurídica” – isto é, uma complexa situação jurídica subjetiva, ativa e passiva. E observa: “a potestã, como é notório, é uma particular situação jurídica subjetiva complexa, que atribui ao sujeito direitos-deveres. A propriedade nasce como expressão significativa do direito subjetivo que se transformou em potestã, tanto que, às vezes, se sustenta que o proprietário é um funcionário, isto é, titular de uma função”¹⁹. (grifos do autor).

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 245.

¹⁹ MORAES, José D. de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 121.

Verifica-se a imposição do caráter social sobre a propriedade privada na Constituição Federal de 1988, por exemplo, na previsão da progressividade do imposto de propriedades rurais improdutivas (art. 153, § 4º, I) e de propriedade predial e territorial urbana (art. 182, § 4º, II). Por seu turno, a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, decorre do descumprimento da função social (art. 184).

Nesse diapasão, a Constituição Federal estabelece, no art. 186, como se dá o cumprimento da função da propriedade rural, *in verbis*:

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

I - aproveitamento racional e adequado;

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

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

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

Impõe, outrossim, a expropriação, sem qualquer direito à indenização ao prejuízo, de propriedades rurais e urbanas “onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo”, além de outras sanções ao proprietário (art. 243, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014).

4 A SUPERACÃO DA PROPRIEDADE ABSOLUTA A PARTIR DA IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL DE SUA FUNÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 enuncia a necessidade de imposição de diplomas infraconstitucionais e programas políticos que considerem a propriedade na medida de sua função social. Dita função não nos deve levar a interpretar a corrente adotada pela Constituição Federal como partindo-se do princípio da existência única e simplesmente da propriedade coletivamente considerada. A propriedade privada é garantida explicitamente no diploma constitucional pátrio, mas sua limitação (ou “relativização”) deve ser tida como promotora dos sujeitos da relação intersubjetiva proprietário/sociedade que fundamenta aquele direito, garantindo uma maior harmonização na conciliação dos interesses do titular do direito subjetivo e daqueles

a que este se opõem. Como leciona André Ramos Tavares,

No desenvolvimento universal do conceito caminhou-se, em primeiro lugar, de uma concepção coletiva da propriedade, considerada como bem comum de todos, para chegar, então, à ideia de um direito individual e absoluto, até se alcançar, por fim, a concepção atual de que, embora assegurada individualmente, a propriedade deverá atender a sua **função social**. (...) Nesses termos, a propriedade passou a ser concebida como a relação entre um sujeito ativo (proprietário) e um sujeito passivo, que seria universal, uma vez que constituído por todas as demais pessoas (não proprietárias quanto ao objeto em apreço). De fato, todos os integrantes da comunidade passam a ter o dever de respeitar o direito de propriedade reconhecido a cada indivíduo particularmente. Esse é o caráter civilista do direito de propriedade, ao qual deve acrescentar-se o regime de Direito Público que consta da própria Constituição.²⁰

O Supremo Tribunal Federal consagrou o entendimento de que a propriedade não se reveste de caráter absoluto, devendo atender a sua função social²¹, conforme dispõe o art. 5º, XXIII, da Constituição de 1988. Isso porque, as relações tendem ao conflito, conforme ressaltamos a observação de Norberto Bobbio de que “quanto mais se estende o poder de um dos dois sujeitos da relação, mais diminui a liberdade do outro, e vice-versa”²², daí decorrendo a necessidade de conjugação de interesses eminentemente contrapostos.

O caráter intrinsecamente social do direito de propriedade encontra seu fundamento na Constituição Federal brasileira. Portanto, a propriedade não é um direito absoluto e meramente individual, mas sim um direito que a Constituição de 1988 insere no rol dos princípios da ordem econômica, necessitando, nas palavras de André Ramos Tavares, ser compatibilizados, “o que resulta no reconhecimento de que, em última instância, a propriedade privada não mais pode ser considerada

²⁰ TAVARES, op. cit., 2013, p. 62-63.

²¹ “O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade”. (ADI 2213 MC / DF; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; Rel. Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 04/04/2002; Publicação DJ 23/04/2004).

²² ISHIKAWA, Lauro. Aspectos constitucionais da arbitragem na sociedade contemporânea. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.); CAMILLO, Carlos Eduardo N.; SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.). 60 Desafios do Direito: direito na sociedade contemporânea. São Paulo: Atlas, 2013, vol. 1, p. 127-128.

apenas em seu caráter puramente individualista”²³.

Escapa, portanto, a Constituição de 1988, da concepção liberal de propriedade, em que, consoante erigida no século XVIII,

No campo econômico, os fisiocratas, pregando a liberdade de iniciativa e, frente ao mercantilismo, vendo a terra como única fonte de dinheiro, exercem influência decisiva na concepção da propriedade que, a fim de atender esse estágio do desenvolvimento humano, passa a ser o instrumento que dispôs o homem para o exercício da atividade econômica. [...]

Assim a concepção individualista da propriedade romana é reformulada no Código Napoleônico (art. 544) que, consagrando a doutrina liberal e burguesa, consolida a propriedade como um direito pessoal, ilimitado e absoluto que passa a ser acatado em vários Códigos do mundo, entre eles o Código Civil Brasileiro de 1916.²⁴

A premissa da qual parte a Constituição Federal de 1988 é a de que não mais o individualismo deve ser exacerbado em sentido absoluto, mas sua promoção só pode seguir se for acompanhada da devida proteção social de todos os direitos humanos e fundamentais.

Tem-se, pois, no Brasil, uma regência social normativa da economia que se desdobra em face do direito subjetivo de propriedade e dos demais direitos humanos fundamentais.

Convém mencionar que em certo aspecto compartilhamos da lição de Denis Lerrer Rosenfield, para quem

[...] a igualdade civil é uma forma de igualdade sob o aspecto da igualdade de todos perante as leis, na medida em que, sob esta ótica, os indivíduos são dotados dos mesmos direitos. Daí não se segue, entretanto, que todos tenham o mesmo número de bens ou o mesmo valor no que diz respeito a propriedades. Isto é, todos devem ter o mesmo direito à propriedade, embora a condição seja que a propriedade de cada um se diferencie da dos demais. Tenderia a dizer que Sieyès estabelece o princípio de uma **República de proprietários**, que, enquanto tal, graças ao exercício do direito de propriedade, faz com que cada um utilize o seu direito de querer, a sua livre escolha, o desdobramento dos seus talentos e o esforço de seu trabalho

²³ TAVARES, op. cit., 2013, p. 65.

²⁴ PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, n. 65, jul/set., 1993, p. 109.

em busca dos bens que lhe derem maior satisfação. A desigualdade das propriedades nasce do exercício mesmo do direito de propriedade.²⁵

O ponto central é que o direito de propriedade deve ser igual a todos, ou seja, as oportunidades de conquista sobre os bens que deseja não devem ser diferenciadas, garantindo-se, todavia, condições à pessoa para que ela possa, justa e emancipadamente, almejar e alcançar seus objetivos pessoais, afinal, a garantia a todos da existência digna pressupõe também a capacitação para a geração de riqueza e de lucro, pois estamos, como já dito, constitucionalmente submetidos a uma ordem econômica eminentemente capitalista, baseada, portanto, na propriedade privada dos meios de produção e de troca, no trabalho assalariado e na liberdade de mercado.

Esta superação do direito individual, antes absoluto, de propriedade, a partir da imposição constitucional do atendimento de sua função social, torna-se ainda mais relevante ao se levar em consideração o respeito ao meio ambiente.

Na lição de Willis Santiago Guerra Filho, analisando-se as dimensões de direitos fundamentais,

Que ao invés de “gerações” é melhor se 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 traz direitos da geração sucessiva, assumem uma outra dimensão, pois os direitos de geração mais recente 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, e com o aparecimento da terceira dimensão, observando-se igualmente sua função ambiental.²⁶

Outrossim, o direito fundamental de propriedade recebe a restrição quanto ao necessário atendimento à função social, valendo citar o escólio de Robert Alexy:

²⁵ ROSENFELD, Denis L. Reflexões sobre o direito à propriedade. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 58.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis S. Processo constitucional e direitos fundamentais. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007, p. 43.

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais. As restrições de hierarquia constitucional são restrições **diretamente constitucionais**, e as restrições infraconstitucionais são restrições **indiretamente constitucionais**.²⁷

A extensão dessa restrição acaba por atingir outros institutos, *in casu*, o dos contratos, que deverão também atender ao objetivo fundamental de solidariedade, tal como disposta no art. 3º, I, da Constituição de 1988, passando assim a autonomia privada a sofrer sua correspondente restrição ao dever jurídico de exercê-la nos limites e em razão de sua função social, como estatuído no art. 421 do Código Civil.

No cotejo dessas relações, eminentemente privadas, dado que a exploração da atividade econômica recai sobre a iniciativa privada, a socialidade ganha destaque ao se verificar as restrições ao exercício da livre iniciativa, que traz consigo o valor social²⁸, ao direito de propriedade, que traz consigo o atendimento à sua função social²⁹ e a liberdade contratual, aqui limitada em razão e nos limites da função social do contrato³⁰, exigindo-se dos contratantes que guardem, tanto na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé³¹. Como se vê, retiram-se tais restrições tanto da Constituição Federal quanto do Código Civil, norteadores das relações privadas.

A função social da propriedade, tanto é imposta ao tratar dos direitos individuais quanto ao inserir no rol de princípios da ordem econômica, e, levando-se em consideração a primeira, a segunda e a terceira dimensão dos direitos fundamentais, reconhece-se a superação do direito de propriedade como um direito absoluto, diante do necessário atendimento não só à sua função social, mas também ambiental.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

²⁸ CF/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

²⁹ CF/88, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

³⁰ Código Civil, Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³¹ Código Civil, Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de propriedade, enquanto direito fundamental individual e integrante do rol dos princípios da ordem econômica, com destacada previsão na Constituição de 1988, se mostra relativizado, mormente em face de sua função social e da própria finalidade da ordem econômica de garantir a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse sentido, vê-se a progressão desse direito nas constituições pátrias, que desde sempre buscaram preservá-lo, de um modo ou de outro, como o exercício de um direito advindo da própria concepção da liberdade humana, enquanto direito de primeira dimensão, evoluindo para sua proteção atual visada em compatibilidade com os outros direitos humanos fundamentais, atendendo necessariamente suas funções social e ambiental.

A função social da propriedade se tornou, assim, alicerce para a garantia da regência jurídica da economia, evoluindo a concepção de direito da propriedade não mais como um direito absoluto, mas sim vinculado a uma função, um verdadeiro ônus, teleologicamente garantido em prol de preservar o próprio capitalismo e de tal forma a impedir os efeitos negativos que possam provocar se não condicionado a delimitações jurídico-sociais de negociação e fruição.

A sociedade contemporânea reclama a conciliação dos interesses complexos, no mais das vezes, contraditórios, cuja harmonização é alcançada pelo Direito mediante a observância da função social das relações jurídicas. Esta conjugação de interesses que trazem em sua essência uma finalidade social cotejadas com os direitos e garantias individuais, porém, não devem provocar a exclusão desses mesmos direitos e garantias, antes o contrário, servem para fortalecer e evoluir a percepção de que há uma premente necessidade de cooperação dos propósitos solidários impostos pela norma jurídica, com vistas a concretizar os fundamentos e objetivos da República.

Por fim, entendemos que o direito de propriedade somente pode ser interpretado e aplicado pelo operador do direito mediante o seu adensamento com todas as dimensões dos direitos humanos, a fim de salvaguardar a decisão mais correta no sentido de garantir os valores dispostos no ordenamento jurídico pátrio, na trilha hermenêutica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2002.

BONAVIDES, P. A evolução constitucional do Brasil. **Revista Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-76, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, F. K. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal**, Brasília, v. 1, n. 3, p. 92-99, set./dez. 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis S. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

ISHIKAWA, L. A Propriedade privada e as constituições brasileiras de 1824 e de 1891. **Pensamento Jurídico: Revista da Faculdade Autônoma de Direito**, São Paulo, v. 2, n. 3, jan./jun., 2013.

ISHIKAWA, L. Aspectos constitucionais da arbitragem na sociedade contemporânea. In: In: SCALQUETTE, Ana Cláudia; SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.); CAMILLO, Carlos Eduardo N.; SMANIO, Gianpaolo Poggio (Org.). **60 Desafios do Direito: direito na sociedade contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2013. Vol. 1.

MORAES, José D. de. **A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 4. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA, Rosalina P. C. Rodrigues. A teoria da função social da propriedade rural e seus reflexos na acepção clássica de propriedade. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 17, n. 65, jul./set. 1993.

ROSENFELD, Denis L. **Reflexões sobre o direito à propriedade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVARES, André R. **Curso de Direito constitucional**. 11. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André R. **Direito constitucional da empresa**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

Recebido em: 06 de março de 2015

Acesso em: 08 de abril de 2015