

FERNANDO EULÁLIO NUNES

**DA CONCEPÇÃO ESTÁTICA E INDIVIDUALISTA
À DIMENSÃO DINÂMICA E DEMOCRÁTICA DA PROPRIEDADE:
uma investigação crítica do princípio constitucional da função social**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/ Universidade Federal de Pernambuco, em convênio com a Universidade Federal do Piauí (Mestrado Interinstitucional).

Orientador: Prof. Dr. Andreas J. Krell

Teresina-Piauí

março-2003

FERNANDO EULÁLIO NUNES

**DA CONCEPÇÃO ESTÁTICA E INDIVIDUALISTA À DIMENSÃO DINÂMICA E
DEMOCRÁTICA DA PROPRIEDADE: uma investigação crítica do princípio
constitucional da função social**

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Aprovado no dia _____ de _____ de 2003

O direito é como o poeta que observa e age sobre a realidade, como se fora a sua folha de papel. Mas o direito não apenas observa e cuida da vida, mas faz-se debruçar sobre a dor do viver. Se a vida não tivesse dores, se a indignidade não lhe tocasse a face, o ventre, se não lhe atingisse a alma, nem seria preciso.

Carmem Lúcia Antunes Rocha

AGRADECIMENTOS

A realização deste trabalho é o resultado de um esforço coletivo, para o qual concorreu a participação, direta ou indireta, de diversas pessoas e órgãos que, de formas distintas, com maior ou menor intensidade, somaram suas contribuições intelectuais e afetivas.

Assim, é extremamente gratificante, neste momento, homenagear a todos aqueles, embora não nominados, em razão das contingências que impõem uma elaboração sucinta desta lista simbólica de nomes e, em especial, expressar meus profundos agradecimentos:

A todos professores do Curso de Mestrado em Direito, em particular, ao meu orientador – Prof. Dr. Andreas J. Krell, Dr. João Maurício Adeodato e Dr. Francisco Antonio Paes Landim Filho, pelas seguras orientações e gentilezas que me foram deferidas.

Ao Prof. Joaquim de Alencar Bezerra, pelo desvelo pessoal demonstrado para a consecução do Curso de Mestrado.

Aos colegas da Procuradoria Geral do Estado que, embora assoberbados pela extenuante carga de trabalho, souberam compreender e estimular o meu afastamento na fase final de conclusão desta pesquisa.

Aos diletos colegas do Curso de Mestrado, por seu companheirismo e solidariedade, compartilhando de momentos de estudo e fraterna amizade.

Aos meus estimados alunos, razão maior de minha busca de aprimoramento intelectual, pelo constante amadurecimento e satisfação que a experiência docente tem me proporcionado.

Ao Professor Carlos Evandro Martins Eulálio, pela inestimável contribuição de crítica e correção do texto original deste trabalho.

A minha mãe Luiza Marlene, que, com incomensurável amor e dedicação, tem sido o sustentáculo de vida, um exemplo a ser seguido sem medo, um paradigma de perfeição que Deus me ofertou em sua infinita bondade.

Finalmente, agradeço a Deus Pai Todo-Poderoso, fonte inesgotável de energia e amor, *caminho, verdade e vida!*

AGRADECIMENTOS INSTITUCIONAIS

À Universidade Federal do Piauí / Universidade Federal do Pernambuco e Escola Superior de Advocacia do Piauí, pela parceria vitoriosa, que possibilitou a realização do Curso de Mestrado Interinstitucional em Direito, cuja importância para a comunidade jurídica acadêmica do Estado do Piauí certamente haverá de ser reconhecida e louvada também pelas gerações futuras.

Ao Instituto Camillo Filho, por todo apoio e incentivo recebidos através de seus diretores: Prof. Charles Carvalho Camillo da Silveira e Prof. Marcelino Leal Barroso de Carvalho.

RESUMO

Estudo da evolução conceitual da propriedade, partindo da premissa de que a formulação da teoria da função social alterou profundamente suas bases conceituais. Assim, realizado o confronto entre os modelos proprietários nas diversas fases históricas da organização do Estado, percebe-se que a propriedade não se pode exaurir em uma mera forma abstrata, individualista e estática. Desse modo, o direito de propriedade também muda de matiz de acordo com os princípios adotados para sua regulamentação, assumindo novos contornos e conteúdo, sob o influxo dos valores emergentes da realidade social. A eficácia e a concretização do princípio da função social da propriedade representam a verdadeira reformulação das estruturas do instituto da propriedade e a edificação de uma concepção dinâmica e democrática de propriedade, em prol da igualdade e dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

Study of the conceptual evolution of property, stemming from the premise that the formulation of the theory of the social function has deeply altered its conceptual foundations. Therefore, after the confrontation of the property models along the various historical phases of the organization of the State, it is clear that property is not restricted to being an abstract, individualistic, static form. The law of property, thus, undergoes changes according to the principles adopted to its regulation, assuming new contours and contents, under the influx of factors emerging from social reality. The effectiveness and materialization of the principle of the social function of property represent the real reformulation of the structures of the institute of property and the construction of a dynamic and democratic conception of property, for the sake of equality and dignity of the human being.

RÉSUMEN

Estudio de la evolución conceptual de la propiedad, partiendo de la premisa que la formulación de la teoría de la función social alteró profundamente sus bases conceptuales. Así, realizada la confrontación entre los modelos propietarios en las diversas fases históricas de la organización del Estado, se percibe que la propiedad no se puede agotar en una mera forma abstracta, individualista y estática. De este modo, el derecho de propiedad cambia de matiz de acuerdo a los principios adoptados por su reglamentación, asumiendo nuevos contornos y contenido, bajo el influjo de los valores emergentes de la realidad social. La eficacia y la concretización del principio de la función social de la propiedad representan la verdadera reformulación de las estructuras del instituto de la propiedad y la edificación de una concepción dinámica y democrática de propiedad, en pro de la igualdad y dignidad de la persona humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
CAPÍTULO I	
1 O EVOLVER CONCEITUAL DA PROPRIEDADE	19
1.1 A propriedade e seus diferentes conceitos	19
1.2 Os perfis históricos da propriedade na antiguidade e na idade medieval	24
1.3 O estado liberal moderno e a formulação conceitual estática, abstrata e individualista de propriedade	34
1.4 A concepção da propriedade no ciclo das grandes codificações	42
1.5 O Estado social de direito e a ruptura da concepção abstrata e individualista de propriedade	48
CAPÍTULO II	
2 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL PRINCIPALISTA	52
2.1 O que significa ser princípio jurídico ?	52
2.2 A problemática da normatividade dos princípios	55
2.3 As funções dos princípios jurídicos	64
2.4 A supremacia da Constituição e sua força normativa	65
CAPÍTULO III	
3 A FORMULAÇÃO DA TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL E UMA BREVE HISTÓRIA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO	73
3.1 A fundamentação teórica do princípio da função social da propriedade	73
3.2 A propriedade nas constituições brasileiras	80
3.3 A sistemática da propriedade no código civil de 1916	87

CAPÍTULO IV

4 OS NOVOS PARADIGMAS CONCEITUAIS DA PROPRIEDADE NO BRASIL	91
4.1 A função social como princípio da carta constitucional de 1988	91
4.2 O estatuto da cidade: uma análise do plano de diretor e da função social da propriedade urbana	100
4.3 O atual código civil brasileiro e suas inovações em relação à propriedade ...	106
 CONCLUSÃO	 112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

O direito não se esgota em si mesmo como um fenômeno puramente lógico e racional, ao revés, ele se manifesta como realidade ético-cultural, um instrumento de organização social que compreende normas que devem espelhar os modos de pensar e sentir do grupo social a que pertence.

Seria ilusório imaginarmos que o direito, sendo expressão de uma realidade social cambiante, poderia permanecer imutável. Há de considerar-se, todavia, a circunstância de movimentarem-se, muitas vezes, direito e realidade, em velocidades não coerentes, verificando-se um descompasso entre ambos.

A positivação das estruturas normativas, ou seja, a objetivação de modelos jurídicos, legais, consuetudinários, judiciais ou negociais, como forma de assegurar as condições de estabilidade e segurança, não pode transformar o direito em esquemas áridos, inertes e auto-ímmunes aos impactos de novos fatos e da repercussão de valores emergentes do processo dinâmico de renovação das estruturas sociais.

As novas variáveis políticas, econômicas e sociais, emergentes do processo de globalização, implodem os fundamentos sobre os quais se alicerçou o pensamento jurídico ocidental.

Toda essa mobilidade torna irrefutável que os sistemas jurídicos, baseados em normas rígidas, tendem a afastar-se da realidade social. O curso vertiginosamente cambiante da vida social não se coaduna com um sistema jurídico fechado, erguido sobre os altos pilares do dogmatismo, repleto de leis gerais e abstratas que acentuam as desigualdades sociais pelo culto exagerado ao formalismo e apego aos velhos códigos.

Consoante o pensamento de Reale, a dialeticidade dos modelos jurídicos deve se processar sincrônica e diacronicamente com a da experiência social de que participam e da qual são momentos essenciais.¹

Paradoxalmente, na maioria dos cursos jurídicos no Brasil, ainda existe um profundo apego ao estudo do fenômeno jurídico centrado apenas na interpretação da legislação codificada, muitas vezes, prenhe de uma linguagem arcaica e de uma ideologia de *praxis* liberal-individualista, de lógicas deturpadas e distanciadas da realidade.

Deste modo, ressalta-se, via de regra, o importante papel da ordem jurídica como instrumento de controle social, contudo, não se pode olvidar que ela não apenas atua na solução dos conflitos, como também participa dos demais processos de interação social, disciplinando condutas, estabelecendo a organização da sociedade e, sobretudo, exercendo uma força condicionante da opinião pública, capaz de mover a sociedade para atitudes transformadoras do meio.

Nesse contexto, Monreal afirma que o ensino do Direito centra-se, quase que exclusivamente, sobre o direito codificado tradicional, de inspiração liberal-individualista, dispensando pouca atenção à legislação moderna, que é dotada de sentido social. Segundo o mencionado autor, incorre em estranha inconseqüência ao subestimar a parte do direito positivo mais consentânea com a realidade social da atualidade, “a que se interessa pelos problemas das maiorias e a que tem maior vigência como direito vivo”.²

Assim, afasta-se das discussões acadêmicas o direito socialmente imperante, eternizando-se os velhos dogmas e as instituições jurídicas, construídas por doutrinas tradicionais que alcançaram maior prestígio científico, não obstante sua natureza fundamentalmente conservadora.

Neste contexto, forçoso é reconhecer que a legislação civil codificada, na qual se esteiam as relações fundamentais entre os indivíduos, considerados como

¹ Para maiores esclarecimentos ver opinião de Reale expressa na obra *Horizontes do direito e da história*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, p. 321-348, onde aborda o tema específico da Ciência do Direito e Dialética.

² MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 25.

tais e vivendo em sociedade, sempre representou um verdadeiro “Código da Propriedade”, tal seja, a corporificação de normas que asseguram direitos e privilégios individuais do proprietário em detrimento da solidariedade social e da primazia do interesse coletivo.

Essa ordem jurídica liberal, fundada na estratégia da despolitização dos conflitos, no credo de um senso comum de legalidade e na aceitação passiva de normas gerais e impessoais pelos cidadãos, entretanto, não é mais capaz de assegurar a estabilidade das relações, ou seja, de manter as contradições e tensões sociais sob níveis aceitáveis.

A carência de planejamento e investimentos, aliada à falta de políticas sérias e adequadas, transformou as cidades em cenários caóticos de miséria e marginalização social, fazendo-se perceptível uma verdadeira explosão de litigiosidade que se acentua nos conflitos urbanos de propriedade, configurando uma das facetas do problema da justiça social no Brasil, vez que repercute de maneira trágica sobre o problema da falta de moradia.

Dentro dessa perspectiva, se nos apresenta insuscetível de controvérsias que o instituto da propriedade urbana foi completamente revitalizado, em vista do novo tratamento jurídico dispensado à disciplina da propriedade na Constituição Federal de 1988, na Lei n. 10.257/01 (Estatuto da Cidade) e no novo Código Civil brasileiro.

Com os olhos voltados para o século passado, todavia, boa parte da magistratura brasileira, quando da apreciação dos conflitos de propriedade que requerem a prestação da tutela jurisdicional, parece acreditar que a realidade social em sua inteireza possa caber exclusivamente dentro dos códigos e continua a operar unicamente com seus ritos, prazos e procedimentos, demonstrando desconhecer que a força normativa Constituição, enquanto fundamento de validade de todas as outras normas do sistema jurídico, tem o sentido de submeter as normas inferiores aos seus ditames, assegurando o compromisso de toda a ordem infraconstitucional a suas regras e princípios.

Partindo dessa premissa, propomos uma investigação do novo paradigma conceitual da propriedade, dentro do contexto principiológico e axiológico que

modela o Estado Democrático de Direito no Brasil.

Com a realização da presente pesquisa, pretendemos empreender um estudo sobre o relevante universo temático dos direitos fundamentais, repensando os fundamentos da concepção clássica de propriedade, sob a perspectiva de uma interpretação axiológica e constitucional.

Trata-se, por conseguinte, de um estudo em que fazemos uma incursão na “dogmática principialista”,³ que se afasta da postura positivista tradicional, ao consagrar a normatividade dos princípios, reconhecendo-lhes força jurídica vinculante.

No tocante à eficácia dos direitos fundamentais, essa concepção representa um avanço significativo, sobretudo, se considerarmos que em constituições compromissárias como a brasileira, suas normas são geralmente principiológicas e consagram valores com matizes ideológicos muito distintos, quando não contraditórios, vez que se originaram de verdadeiros embates parlamentares travados no seio da Assembléia Nacional Constituinte.

Desta forma, em uma perspectiva metodológica tópico-sistemática, através de uma investigação crítico-interpretativa do princípio constitucional da função social da propriedade, propomos um redimensionamento conceitual da propriedade.

Ciente de todas essas dificuldades e limitações, pretendemos analisar a evolução conceitual da propriedade, demonstrando que o princípio da função social representa um paradigma hermenêutico para a superação do conceito estático da civilística tradicional. Para tanto, como referência, tomamos a propriedade imobiliária urbana no Brasil, para evidenciar a convivência contraditória entre o conceito tradicional das codificações do Estado Liberal em que a propriedade era tratada de forma individualista, estática e abstrata, como mera expressão da situação jurídica do proprietário (direito subjetivo) e o tratamento dinâmico conferido pela Constituição Federal que estabelece a função social como requisito do próprio conteúdo e estrutura do direito de propriedade.

³ Expressão que foi cunhada por Clémerson Clève; cf. Ruy Espíndola. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 22.

CAPÍTULO I

1 O EVOLVER CONCEITUAL DA PROPRIEDADE

1.1 A propriedade e seus diferentes conceitos

Um *conceito* reside na significação, que é a representação de uma idéia ou noção apreendida pelo sujeito cognoscente, acerca de um determinado objeto, ou seja, traduz a representação psíquica do objeto cognoscível, através de um processo intelectual, de uma operação do pensamento, que extrai uma seleção de suas propriedades, apresentando-o como unidade ou síntese significativa predicável de um ser.⁴

Observa-se, então, que, por tratar-se de um dado psíquico, é impossível perceber a coisa em sua inteireza, em sua essência, de modo que não haverá uma perfeita identidade entre o conceito e a realidade, posto que decorre da própria relatividade das palavras (signos lingüísticos), também a relatividade dos conceitos. No que tange à propriedade, há de se ressaltar que ela possui uma longa história, o que evidencia ainda mais a dificuldade de reduzir-se o problema de seu conceito a uma simples demonstração teórica.

Esta constatação encontra-se plenamente enunciada por Fachin, ao afirmar que o conceito de propriedade constitui tema que transborda do âmbito estrito do direito positivado, em virtude das situações metajurídicas substanciais que encerra. Assim, alude que, como instituto jurídico e político presente nos diversos momentos históricos da sociedade humana, o estudo da propriedade tem motivado

⁴ Cf. CONCEIÇÃO, Márcia Dominguez Nigro. *Conceitos indeterminados na constituição – requisitos da relevância e urgência (artigo 62 da CF)*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 39 et seq.

o interesse de filósofos, juristas e interessados dos mais variados campos da Ciência.⁵

Não se afasta desse entendimento Motta, quando assevera que a propriedade tem sido objeto de intensa e extensa análise por estudiosos dos mais variados ramos do saber, tais como: da Filosofia, da História, da Economia, da Sociologia, da Teoria Política e do Direito, proporcionando, sob abordagens e matizes distintos, investigações que têm por escopo precisar seu conceito e determinar sua origem e natureza, caracterizando-lhe a evolução, a fim de delimitar e de avaliar suas conseqüências como instituto estritamente ligado à própria subsistência do homem.⁶

Colocamos essas premissas na perspectiva de evidenciar que, ao longo da história da humanidade, o conceito de propriedade tem-se evidenciado polêmico e variável em função das diversas formas de organização das sociedades. Assim, o termo propriedade é pouco preciso, tendo servido para denominar a extensa variedade de formas de controle que os homens têm exercido sobre objetos materiais e imateriais, desde os períodos mais primitivos da história até a contemporaneidade, o que denota não existir um conceito inflexível de propriedade.

No sentido etimológico, o termo propriedade deriva do latim *proprietas*, de *proprius* (particular, peculiar, próprio) designando genericamente “a qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente”.⁷ Nesse aspecto, Diniz também apresenta sua contribuição para elucidar o sentido etimológico do termo *propriedade*, ressaltando os dois sentidos que são comumente apresentados:

Para uns o vocábulo vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria, numa acepção ampla, toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo. Outros entendem que o termo “propriedade” é oriundo de *domare*, significando sujeitar ou dominar, correspondendo à idéia de *domus*, casa, em que o senhor da casa se denomina *dominus*. Logo, “domínio” seria o poder que se

⁵ FACHIN, Luiz Édson. Da propriedade como conceito jurídico. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 621, 1987, p. 16.

⁶ MOTTA, Maria Clara Mello. *Conceito constitucional de propriedade – tradição ou mudança?*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p.XIII.

⁷ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Vol III. São Paulo: Forense, 1986. p. 477.

exerce sobre as coisas que lhe estiverem sujeitas.⁸

Diante do exposto, verifica-se que a propriedade no Direito Romano encerrava dois sentidos diferentes: um lato e outro estrito, todavia, não obstante o domínio tivesse, originalmente, abrangência mais restrita em relação à propriedade, estas duas palavras passaram a ser empregadas sem distinção por grande parte da doutrina civilística.⁹

Bobbio destaca que a análise etimológica de um determinado termo, quando possível realizar, permite seja examinada, mediante cotejo, as diferenças eventualmente existentes entre a significação atual e o sentido original respectivo, bem como investigar historicamente, tendo em conta essa mesma base, a evolução que se processou através dos tempos. Ressalta, todavia, que no caso da propriedade, pelo simples confronto etimológico, não se evidenciam mudanças significativas no transcurso do tempo.¹⁰

Realmente, assiste inteira razão ao mestre da Universidade de Turim, posto que a compreensão da evolução conceitual da propriedade somente poderá ser alcançada mediante uma análise da realidade econômica, política e social de cada época, capaz de revelar os lineamentos históricos de seu verdadeiro substrato.

Ademais, como bem advertiu Grau,¹¹ “a propriedade não constitui uma única instituição, mas o conjunto de várias instituições, relacionadas a diversos tipos de bens”, razão pela qual afirma ser ilusório manter a unicidade do termo propriedade, se procedermos ao seu exame sob diferentes perfis – subjetivo, objetivo, estático e dinâmico. Desta forma, o reconhecimento de sua multiplicidade, pelo Direito Positivo, evidencia-se pela existência de regimes jurídicos peculiares, que disciplinam a propriedade dos valores mobiliários, dos estabelecimentos, dos imóveis urbanos e dos rurais ou das propriedades industriais, literárias e artísticas,

⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 4. Vol. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 89.

⁹ Como sequazes desse entendimento temos: BESSONE, Darcy. *Direito reais*. São Paulo: Saraiva, 1988; RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito civil*, 6. ed., vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1958. p. 368.

¹⁰ Dentre aqueles que defendem este posicionamento podemos citar Bessone, encontrado em BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, 2. ed., Brasília: Editora da UnB, 1986. p. 1.021.

¹¹ Cf. GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

por exemplo.

Diante de tais diretrizes, não se pode mais olvidar que existem plúrimas propriedades ou formas de apropriação de bens, consoante contextualiza Grossi, em compreensiva análise histórica do fenômeno da apropriação privada, ao afirmar que a história da propriedade e das relações jurídicas sobre as coisas, sempre foi marcada por uma profunda descontinuidade, razão pela qual é impossível reduzir-se a propriedade a uma *pura forma* ou a um *puro conceito*.¹²

Em outros termos, falar em propriedade, consoante predica Grossi, significa recusar a absolutização da propriedade moderna, por corresponder apenas a um produto de determinado momento histórico que consagrou o “modelo antropológico napoleônico-pandectista”, portanto, marcado por uma visão individualista e potestativa, que representa apenas uma dentre as múltiplas experiências vivenciadas, no tocante aos vínculos jurídicos estabelecidos entre o homem e as coisas.¹³

Esse também parece ser o caminho trilhado por Pugliatti que, perfilhando o entendimento de que a propriedade encerra uma noção pluralista, ratifica a tese de que a palavra propriedade não possui hoje um sentido unívoco, pelo contrário, refere-se a demasiadas coisas, de forma que a pretensa unidade do termo jamais terá como correspondente uma unidade real de uma instituição sólida e compacta.¹⁴

Com efeito, para uma análise da evolução conceitual da propriedade, consoante nos propomos realizar neste trabalho, faz-se mister utilizarmos uma perspectiva de abordagem histórico-comparativa, à luz dos desdobramentos de

p. 123.

¹² Cf. GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Madrid: Editorial Civitas, 1992. p. 67. Textualmente: “(...) Y es que la historia de la pertenencia y de las relaciones jurídicas sobre las cosas está necesariamente marcada por una profunda discontinuidad; necesariamente, ya que propiedad es sobre todo mentalidad. O sea, no se reduce nunca a una pura forma y a un puro concepto, sino que es siempre un orden sustancial, un nudo de convicciones, sentimientos, certidumbres especulativas, toscos intereses, hasta el punto de que sería harto temerário – e incluso risible – quien intentase seguir en este terreno, una historia de términos, de palabras.”

¹³ Cf. VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 732.

¹⁴ Cf. PUGLIATTI, Salvatore. *La proprietà nel nuovo diritto, apud* RODOTÀ, Stefano. *El Terrible Derecho – Estudios sobre la propiedad privada*, Madrid: Civitas, 1986. p. 173.

algumas concepções político-jurídico-filosóficas, sob pena de incorrer no grave erro de enclausurar este instituto num conceito puramente dogmático, abstrato e estático, adotado pela civilística clássica, cuja rejeição na atualidade tem sido iterativamente proclamada pela doutrina especializada.¹⁵

Nessa mesma linha de entendimento, Perlingiere, traçando os perfis do chamado “Direito Civil Constitucional”, aduz que o conhecimento jurídico não tem por finalidade a descoberta de verdades e soluções absolutas, que não sejam empiricamente verificáveis, mas sim, daquelas que sejam mais idôneas às escolhas predeterminadas, expressas em regras convencionais que, no evoluir dialético da história, constituem o filtro de uma experiência geral verificável, quando em contato com os fatos singulares da vida concreta.¹⁶

Ademais, esta idéia encontra reforço, em outros termos, na abalizada doutrina de Gómez, quando observa que:

Sobre esta base, que encierra em sí misma una consideración del derecho de propiedad como una realidad social de carácter dinámico, y como un producto histórico sin parangón con ningún otro esquema de organización jurídica, es fácil comprobar que la apropiación privada de los bienes, socialmente escasos, se articula jurídicamente de forma muy variada y distinta em sistemas culturales diferentes, y en momentos históricos diversos.¹⁷

Por conseqüência, deflui que a propriedade reflete as condições econômicas, políticas e sociais de cada época, de forma que a sua concepção tem acompanhado as transformações das organizações sociais e, portanto, o seu estudo jurídico pressupõe o conhecimento da própria evolução histórica desse instituto.

Com efeito, Pérez Luño, também expressa essa mesma posição ao

¹⁵ Neste sentido, convém consultar o trabalho publicado originalmente por TEPEDINO, Gustavo. *Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988*. In: *Rassegna del diritto civile*, 1991, n. 1, p. 96-119, publ. em DIREITO, Carlos Alberto Menezes (Org). *Estudos em homenagem ao prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 309-333.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 82.

¹⁷ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1989. p. 23s. “Sobre esta base, que encerra em si mesma uma consideração do direito de propriedade como uma realidade social de carácter dinâmico e como um produto histórico sem comparação com nenhum outro esquema de organização jurídica, é fácil comprovar que a apropriação privada do bens, socialmente escassos, se articula juridicamente de forma muito vária e distinta em sistema culturais diferentes e em momentos históricos diversos” (Tradução livre).

afirmar que a noção de propriedade só pode ser determinada por seu caráter histórico, sendo uma ficção conceber a propriedade de uma vez por todas, sem precisar que as mudanças de significação não afetam somente o regime jurídico da propriedade, mas também incidem nas próprias construções doutrinárias e na linguagem comum. Assim, o que existem são formas institucionais distintas ou concepções teóricas de propriedade, que se sucedem no tempo ou que coexistem em um mesmo período, caracterizando modelos distintos de propriedade, sob premissas díspares, consoante já acentuamos anteriormente.¹⁸

Nesse contexto, torna-se inquestionável a relevância de realizarmos uma breve incursão histórica, fixando os contornos elementares da propriedade na sua dimensão espaço-temporal, o que faremos no tópico seguinte.

1.2 Os perfis históricos da propriedade na antiguidade e na idade medieval

No curso desta evolução histórica que intentamos traçar para o escopo deste trabalho, resulta flagrante uma multiplicidade fenomenológica que se observa no regime de propriedade, denotando que a propriedade tem se revestido de formas diversas, talhadas pelas realidades sociais que condicionaram diferentes ordens jurídicas.

Assim, servirá como marco teórico para esta dissertação o esforço de síntese empreendido por Castán-Tobeñas, ao assinalar as principais fases de transformação da propriedade entre os povos ocidentais, que obedeceram a uma ordem seqüencial, que pode ser assim delineada: num primeiro momento, mais antigo, tivemos sociedades embrionárias nas quais se pode constatar a prevalência de uma espécie de propriedade coletiva, especialmente na órbita familiar; posteriormente, já na antiguidade clássica, desenvolvem-se algumas formas de propriedade individual; a Idade Média caracteriza-se por um processo acentuado de desintegração da concepção unitária de propriedade, ocorrendo o desdobramento das faculdades entre o titular do domínio e o efetivo possuidor; com o advento da idade moderna presencia-se, com a filosofia jusnaturalista, um novo impulso favorável à propriedade unitária, individual e livre; o século XIX marca um período de

¹⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid:

grandes choques entre movimentos de caráter coletivo e a concepção subjetiva e individualista de propriedade e finalmente na época atual a tendência dominante é humanizar o direito de propriedade através de sua funcionalização social, promovendo novas e harmônicas formas de propriedade pessoal e de propriedade coletiva, que salvaguarda, ao mesmo tempo, a dignidade e a liberdade de cada homem e a solidariedade de todos.¹⁹

Fixados os parâmetros de nossa incursão histórica, releva destacarmos, preliminarmente, que, desde os primórdios da humanidade, a propriedade tem-se manifestado sob diversas formas, constituindo uma categoria apriorística, porque antecede a qualquer experiência de direito, posto que o homem se tornou possuidor e proprietário antes mesmo que se elaborasse norma coercitiva e se estruturasse uma ordem jurídica.

Assim, a propriedade representa um fato antes de ser um direito, sendo conseqüência da própria evolução histórica e sociológica do homem. Os doutrinadores costumam afirmar que as tribos primitivas inicialmente não conheciam a propriedade imobiliária, mas somente se apropriavam de alguns utensílios de uso pessoal, tais como: instrumentos de caça e pesca e de sua vestimenta.²⁰

Acolhendo a distinção entre *poder de fato* e *poder de direito*, Bessone, intui que, antes de qualquer formulação jurídica, “já as coisas se submetiam ao poder do homem, como condição de fato para o uso e gozo delas”, posto que os homens primitivos, assim como os animais irracionais, se apropriavam livremente dos bens necessários à sua subsistência, movidos pelo determinismo físico que leva todo animal a apropriar-se dos elementos exteriores que lhe sejam vitais.²¹

Constata-se nesse período primitivo, que as diversas formas de apropriação ocorreram à margem de quaisquer normas que os homens houvessem formulado, coexistindo a propriedade como um poder de fato, independentemente de sua ordenação jurídica, razão de alguns autores não admitirem, até mesmo, a

Tecnos, 1995. p. 406-407.

¹⁹ Apud MOREIRA, Aroldo. *A propriedade sob diferentes conceitos*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 75.

²⁰ Partilham desta opinião, v.g. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 2. ed. Brasília: Editora da UnB, 1986. p. 1.030 e GODOY, Luciano de Sousa. *Direito agrário constitucional*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 19.

²¹ Cf. BESSONE, Darcy. A propriedade. In: *Revista Forense*, vol. 203, p. 5.

referência à *propriedade coletiva da horda*, vez que se coloca como condição inarredável para o direito subjetivo de propriedade, a existência prévia de um direito objetivo.

Vale referir que as informações sobre essa fase são raras, fragmentárias e bastante contraditórias e, por isso mesmo, preferem diversos estudiosos apenas tangenciar sobre o assunto. É certo, todavia, que diante da escassez dos bens, o impulso instintivo do homem primitivo, aliado a um esforço cada vez maior para apropriar-se dos bens necessários a sua subsistência e do grupo em que vivia, produziram um sentimento rudimentar de posse ou de propriedade. Esse sentimento que se iniciou com a apropriação dos bens móveis foi se aguçando, paulatinamente, fazendo surgir a propriedade imobiliária, quando o homem foi obrigado a empregar seu trabalho e defender o solo dos outros que dele também procuravam se apropriar.

Assim, no momento em que homem se estabelece de forma sedentária em clãs ou tribos, desenvolvendo a atividade agrícola, surge a propriedade coletiva com a terra pertencendo a toda a comunidade e servindo para a produção de bens necessários à sobrevivência do grupo.

Sob um outro olhar, Fustel de Coulanges assenta suas investigações na inseparável trilogia: *propriedade-família-religião*, refutando a tese coletivista da propriedade e sustentando que o direito de propriedade tem uma natureza essencialmente familiar.²² Tem-se, portanto, que a origem da propriedade na obra de Coulanges está profundamente relacionada à religiosidade do homem, de modo que “é a religião doméstica que ensina ao homem a converter-se em dono da terra e a assegurar o poder sobre a mesma”.²³

Realmente, encontramos na obra de Coulanges diversas passagens significativas que denotam claramente a idéia de que a propriedade vinculava-se ao homem, através da religião e da família. É que a cada família correspondia um deus doméstico cujo culto era realizado em um altar assente no solo, onde deveria permanecer *ad aeternum* para a adoração pela família.

²² Ver FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma*. 3. ed. Bauru: Edipro, 2001.

Assim, a divindade doméstica era quem assegurava à propriedade a exclusividade do domínio da família, bem como a inviolabilidade e inalienabilidade do direito de propriedade, cuja perpetuidade persistiria hereditariamente, enquanto perdurasse o culto àquele deus.

Nesse sistema o cultivo da terra não era propriamente coletivo, mas sim um sistema de produção familiar, evidenciando-se uma separação entre a propriedade coletiva pertencente ao grupo (*gens*) e a propriedade particular, que ainda não era do indivíduo, mas da família. Apesar de Coulanges possuir sólidos conhecimentos históricos, a sua obra recebeu sérias críticas de Glotz, argumentando que ela incorreu no grave equívoco de estabelecer uma total antinomia entre a onipotência da cidade e a liberdade individual, “quando, ao inverso, o progresso do poder público e do individualismo se fez com base num mútuo apoio e em passo uniforme”.²⁴

Ademais, a procedência dessa crítica se evidencia, sobretudo, ante a constatação de que Coulanges, no afã de impugnar a existência da chamada propriedade coletiva, acabou se apegando a uma visão reducionista e uniforme, utilizando-se de uma argumentação totalitária na qual a propriedade coletiva significava a apropriação não apenas por parte de um grupo particular, mas de todos.²⁵

Também no estudo desenvolvido por Engels sobre a origem da família, da propriedade e do Estado, relacionado com as pesquisas realizadas pelo etnólogo inglês Morgan, acerca dos estádios pré-históricos da cultura, podemos evidenciar a existência da propriedade estreitamente vinculada com os agrupamentos humanos, ou seja, com a concepção comunal vigente de família ou clã.²⁶

Na Grécia antiga, apesar de casos singulares que denotam a existência de alguma forma de propriedade privada, a prática da divisão de terras, via de regra,

²³ Cf. PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 162.

²⁴ GLOTZ, Gustave. *A cidade grega*, 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1988. p. 4, *apud* PEZZELLA, Maria Cristina C., op. cit., p. 162.

²⁵ Ver neste sentido PEZZELLA, Maria Cristina C., op. cit., p. 161.

²⁶ Consultar, neste sentido, ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade e do estado*, Lisboa: Editorial Presença, 1980.

consubstanciou em uma propriedade familiar, de modo que somente a partir do fim do séc VII a.C. e o começo do século VI a.C. é que foi se consolidando a idéia da propriedade individual.²⁷

Em traços sumários, também podemos afirmar que, em Roma, a propriedade era inicialmente da cidade ou *gens* e com o desaparecimento desta forma coletiva, sobreveio a de cunho familiar que foi sendo progressivamente aniquilada pela extrema concentração de poderes do *pater familias*, até receber os contornos da apropriação privada, cunhada pela concepção de *dominium*, que passou a constituir a base estrutural do direito de propriedade individual.

Partindo deste ponto, é comum encontrarmos no discurso proprietário da manualística do direito civil nacional a afirmação de que foi o Direito Romano que elaborou a concepção de propriedade que se mantém, *mutatis mutandis*, na época contemporânea.²⁸ Com efeito, a concepção de domínio proveniente do Direito Romano constitui um dado importantíssimo para a compreensão do sentido moderno da propriedade, todavia, há de se analisar o conteúdo e os limites que serviram para acomodar a propriedade na realidade social em curso na longa evolução histórica de Roma.

Na investigação realizada sobre a propriedade privada no direito romano, Pezzella adverte que a expressão “Direito romano” serve como referência a todo o ordenamento jurídico produzido em Roma, resultado da adição contínua de novos institutos ao longo de mais de dez séculos. Assim, para a análise do instituto da propriedade e sua função, torna-se indispensável uma pré-compreensão da história política e social de Roma para não incorrer na visão equivocada de alguns doutrinadores de que o Direito romano era unívoco.²⁹

Segundo argumenta Pezzella, “o Direito Romano sequer possuía um conceito abstrato ou mesmo uma definição de propriedade”,³⁰ vez que os jurisconsultos romanos eram dotados de espírito extremamente pragmático, não

²⁷ Cf. GODOY, Luciano de Sousa. *Direito agrário constitucional*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 19.

²⁸ Cf. WALD, Arnaldo *apud* FACHIN, Luiz Édson. Da propriedade como conceito jurídico. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 621, 1987, p. 18.

²⁹ PEZZELLA, Maria Cristina C. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 21 et seq.

³⁰ Ob. cit. p.123.

demonstrando preocupação em desenvolver formulações teóricas para a fundamentação do Direito, ao revés, voltavam sua atenção para a busca de soluções que atendessem às suas necessidades concretas, em cada momento da evolução política, econômica e social.

Lobato Gómez diverge desse entendimento, aduzindo que a configuração do conceito jurídico abstrato da propriedade, tal como aparece nos sistemas continentais do direito privado, tem o perfil do direito romano, de modo que os conceitos de propriedade encontrados nas codificações modernas remontam, através do elo intermédio da doutrina romanística ao direito justiniano, senão em todos os seus traços, pelo menos no essencial ao direito romano clássico.³¹

Realmente, assiste inteira razão a Lobato Gómez, pois não há de se negar que algumas peculiaridades dos modelos de propriedade do direito romano clássico e do Código de Justiniano espelharam modelos que transpassaram os próprios limites históricos de sua experiência jurídica e que permaneceram latentes nas concepções que povoaram os ordenamentos jurídicos continentais da modernidade.

Todavia, consideramos inaceitáveis as assertivas da civilística clássica quando ressaltam que a concepção da propriedade liberal moderna, preponderantemente estática, individualista e absoluta, possa ter decorrido meramente de um conceito abstrato elaborado pelo direito romano, dado que este jamais logrou alcançar fulgurante grau de abstração teórica.

Ademais, se nos afigura inteiramente procedente a afirmação de Dalmo Dallari, aduzindo que a referência a um *Estado Romano*, como uma estrutura monolítica, perfeitamente caracterizada e uniforme, representa uma expressão por demais artificial, dado que, iniciando como um pequeno grupo humano até expandir-se por uma grande extensão do mundo, Roma dominou povos e incorporou costumes e organizações absolutamente díspares que condicionaram a necessidade de promover a integração jurídica dos povos conquistados, fato determinante para a fusão do direito tradicional praticado pelo cidadãos romanos

³¹ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1989. p. 33.

com o direito praticado nas províncias.³²

De fato, o *dominium*, como instrumento destinado a garantir a senhoria de uma coisa a um determinado sujeito, surgiu a partir do final da fase republicana, expressando faculdades potencialmente ilimitadas no seu exercício, todavia, essa concepção exclusiva de propriedade somente perdurou até a queda do Império Romano do Ocidente e o advento da Idade Média, ocasião em que profundas modificações foram introduzidas no conceito de propriedade, sobretudo, pela marcante identificação com o poder político, através de sua subordinação ao poder do soberano e da fragmentação do domínio.

Resulta daí, que a propriedade perde o seu caráter exclusivista, vez que assume uma nova feição onde o domínio se reparte em domínio eminente (Estado), domínio direto (senhor) e domínio útil (vassalo). Desse modo, na época medieval ocorre o que Caio Mario descreve como o binômio propriedade-política, posto que no feudalismo a propriedade imóvel adquire um significado de poder, transmudando-se em valor político.³³

No período medievo tem-se, portanto, um processo de desintegração do novo *dominium*, já assente no período romano burocrático, quando a *proprietas* e o *dominium* passaram a expressar uma espécie de fusão das propriedades clássicas. Com isso, operou-se o desdobramento das faculdades entre o titular do domínio, o efetivo possuidor e o usufrutuário, enquanto, por outra parte, recompõem-se e intensificam-se algumas formas coletivas ou comuns de propriedade, peculiares à cultura e ao direito germânico.

Embora seja difícil precisar o momento em que surge a chamada Idade Média, é o desmoronamento do Império Romano no ocidente, no ano de 476 do Século V da era cristã, que é geralmente apontado como sendo o termo inicial desse período que assinala uma profunda instabilidade e heterogeneidade sob o ponto de vista da noção de organização política do Estado, ocorrendo a substituição das

³² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 54ss.

³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Evolução direito de propriedade. In: *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 11, 1982, p. 222 et seq.

tradições romanas por uma nova ordem de costumes germânicos.³⁴

Nesse contexto, Maluf ressalta que, se alguma coisa sobreviveu dos costumes da velha Roma, capaz de ostentar ainda um caráter vigoroso de perpetuidade na história, foi o direito romano, todavia, não sem sofrer o crivo da adaptação dos glosadores germânicos,³⁵ antes de ser transmitido para a cultura jurídica da Europa continental.

Diversos fatores, contudo, delinearam o perfil da sociedade política medieval, numa interação contínua e conjugada que, não obstante o quadro de intenso fracionamento de poder, geralmente utilizado para caracterizar esse período como uma verdadeira idade das trevas, revela-nos, ao contrário, a existência de um sentimento tenaz e permanente de busca de unidade política e força, conjugado ao objetivo do cristianismo de valorização do indivíduo, moldando uma concepção de vida mais consentânea com a dignidade da pessoa humana.

Como sabemos o *Estado Medieval* edificou-se por sobre os escombros deixados pelas invasões promovidas pelos diversos povos ao Império Romano do Ocidente, ensejando a criação um novo sistema de organização social no qual as antigas e seculares tradições romanas foram sendo relegadas, diante da impossibilidade de manutenção da unidade territorial sob um único comando.

Dentre os povos invasores, aos quais os romanos denominavam de bárbaros, avultam os germanos, cuja cultura era impregnada de idéias comunitárias e desprovida de uma noção de propriedade semelhante à romana, razão pela qual passaram a resolver o problema da relação do homem com a terra, de acordo como um novo esquema de situações reais, representado pela coexistência de uma pluralidade de domínios.

Delineia-se, portanto, a propriedade no sistema feudal como um laço de coesão de diversos vínculos políticos, onde toda a vida social passava a depender de um complexo regime de apropriação de terras que no dizer de Lobato Gomes, mantinha os seguintes traços distintivos:

³⁴ Cf. MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 107.

³⁵ Id. Ibid.

Los derechos del propietario no gozan de carácter absoluto, ni exclusivo. Como consecuencia del régimen feudal, los señores aparecen como dueños de grandes extensiones de terreno cuyo goce conceden a los colonos a fin de obtener un mejor aprovechamiento económico de las mismas. Estos colonos adquieren una situación de hecho que termina por convertirse en una situación real que con el tiempo llegó a denominarse dominio útil, como contrapartida deben pagar un canon al concedente que conserva sobre la tierra el llamado dominio eminente, que le permite mantener ciertas prerrogativas.³⁶

Com efeito, observa-se que na época medieval foram introduzidas substanciais modificações no conceito de propriedade, através da fragmentação do domínio, promovida, sobretudo, em virtude da marcante identificação do poder político com a propriedade, através da subordinação desta ao poder do soberano.

Assim, nesse modelo de propriedade feudal, dividida em vários domínios sobre a mesma coisa, sobressai o poder do soberano, titular da propriedade, que conserva para si o domínio direto sobre a terra, concedendo o domínio útil ao seu ocupante mediante o pagamento de uma contribuição, pelo uso e a proteção que este lhe assegurava.³⁷

Acontece, porém, que para facilitar o aproveitamento econômico da terra, foram sendo utilizadas outras fórmulas de natureza contratual como: a enfiteuse, o direito de pastos e lenhas e as parcerias, todas tendentes a se perpetuar com o tempo, promovendo um desmembramento completo do direito de propriedade.³⁸

Do exposto, podemos então afirmar, conforme a lição de Grossi, que a propriedade medieval caracteriza-se, sobretudo, por sua efetividade, ou seja, pelos

³⁶ GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1989. p. 40s. "Os direitos do proprietário não gozam de caráter absoluto, nem exclusivo. Como consequência do regime feudal, os senhores aparecem como donos de grandes extensões de terreno cujo gozo concedem aos colonos, a fim de obter um melhor aproveitamento econômico das mesmas. Estes colonos adquirem uma situação de fato que termina por converter-se em uma situação real que com o tempo chegou a denominar-se *domínio útil*, como contrapartida devem pagar um canon ao concedente que conserva sobre a terra o chamado *domínio eminente*, que lhe permite manter certas prerrogativas. (Tradução livre.)

³⁷ Cf. CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade Imobiliária – função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2 et seq.

efetivos apossamentos e utilização dos bens, jurisdicizando-se como um estatuto da coisa e não do sujeito, o que explica a legitimidade de existirem vários proprietários sobre um mesmo bem.³⁹

Dalmo Dallari retratou, com extraordinário poder de síntese, a relação dos *fatores reais de poder* que atuaram para a configuração do chamado *Estado Medieval*. Afirma que ele resulta de conjugação de três fatores: o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo, todavia, pondera que o chamado Estado Medieval representa muito mais uma aspiração de que a realidade, vez que a existência de um poder soberano exercido pelo Imperador e uma infinidade de poderes fragmentados, sem hierarquia definida, gerava uma multiplicidade de ordens jurídicas e permanente instabilidade política, daí a necessidade de ordem, autoridade e unificação do poder, que seria “o germe de criação do Estado Moderno”.⁴⁰

Com efeito, todos esses fatores forjaram um modelo de sociedade marcada por laços de extrema dependência pessoal (homem para homem), de fragmentação ou parcelamento do direito de propriedade e por uma rede concêntrica de exercício do poder, determinada pelo sistema de relações feudo-vassálicas, que permitiu o aparecimento de instâncias autônomas de poder, fazendo predominar o elemento pessoal sobre o institucional.⁴¹

O aumento progressivo da produtividade dos feudos e a conseqüente expansão de vilas e cidades determinaram uma nova dinâmica na vida social, diversificando as atividades e oportunizando o incremento do comércio, bem como a organização das corporações de ofícios. A crescente proliferação dos feudos, a reação das populações escravizadas, o desenvolvimento do comércio e das idéias racionalistas fizeram ruir as bases estruturais sobre as quais se assentava o regime feudal, abrindo perspectivas para a restauração de uma unidade estatal fundada na centralização do poder e para a conseqüente eclosão das monarquias absolutistas.

³⁸ GÓMEZ, op. cit., p. 41.

³⁹ GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*. Madrid: Civitas, 1992. p. 35.

⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15.

⁴¹ Cf. CORTIANO JÚNIOR, Erouths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 22 et seq.

Segundo Chalhub, a partir do momento em que a soberania passou a se concentrar no Estado e não mais se vincular à propriedade, o regime feudal mostrou-se impróprio e incapaz de funcionar no contexto da modernização das cidades e da economia, onde a necessidade de expansão comercial impingia a supressão dos entraves que tolhiam a transmissão da propriedade.⁴²

Os autores costumam afirmar que o absolutismo monárquico marcou um período de transição para os tempos modernos, posto que, restabelecido e consolidado sob a égide do absolutismo, o Estado passou a operar com máxima concentração de poder, possibilitando realizar a aspiração de unificar o território nacional, mediante a afirmação do princípio da soberania, elemento essencial para a configuração do Estado Moderno.⁴³

Assim, continuando o percurso evolutivo anteriormente traçado, com alguns saltos qualitativos, chegamos ao Estado Moderno Liberal no qual propriedade assume uma feição conceitual estática e individualista, convertendo-se em princípio constitutivo de todo o sistema social da modernidade.⁴⁴ Mister se faz aduzirmos que, em virtude da importância da concepção moderna liberal de propriedade para este trabalho, a ela dispensaremos uma atenção especial no tópico seguinte.

1.3 O Estado liberal moderno e a formulação conceitual estática, abstrata e individualista de propriedade

Ao passar em revista os eixos fundamentais do pensamento, do discurso e das ações da modernidade, Paulo Cunha afirma que a Idade Moderna, que ele qualificou de sombria, caduca e pretensiosa, mesmo quando *iluminada e iluminista*, consumiu a si própria, integrando contrários inconciliáveis em seus projetos iniciais, ao evidenciar que:

(...) passou da crença à descrença, do humanismo à desumanização

⁴² CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3.

⁴³ Neste tocante, merecem ser consultados: MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*, 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p.115-119 e MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 119.

⁴⁴ Importante análise neste sentido foi realizada por BARCELONA, Pietro. *El individualismo propietario*, Madrid: Trotta, 1996.

, do liberalismo ao coletivismo e de novo ao culto de um individualismo utilitarista mais ou menos feroz, do moralismo (puritano até) ao a/imoralismo mais dissolvente, etc. Tudo isso sem lograr sair dos seus pressupostos, percorrendo toda a loucura esquizofrênica do seu ser dúplice, das suas faces de Jano.⁴⁵

Realmente, fácil é percebermos que o substrato ideológico do Estado Liberal Moderno não é apenas produto de uma inspiração ideal, ao contrário, resultou de um longo processo de reivindicações e lutas. O humanismo iniciado no século XIV propõe uma nova visão do mundo, que se contrapõe à visão totalizadora da filosofia escolástica, assente no mundo medieval, passando, então, a pugnar pela exaltação do indivíduo, pela capacidade do homem e sua plena liberdade.

Por seu turno, a Reforma Protestante e a pressão exercida pelo poder econômico da burguesia para impor limites contra o absolutismo, reforçaram o processo de humanização do direito, partindo de nova visão individualista do homem como protagonista da sociedade e da história, ingredientes que faltavam na luta contra o dogmatismo clerical e o autoritarismo do Estado.

Segundo Bonavides, quando a burguesia logrou cimentar sua inquebrantável força econômica, ficou insustentável tolerar que um poder absoluto se concentrasse nas mãos de uma autoridade régia, que personificava o Estado como guardião da antiga ordem jurídica e social. Assim, era chegado o momento de promover sua ascensão política e a burguesia se fez revolucionária para derrocada do antigo regime.⁴⁶

Sob outra visão de poder, embora mantidos válidos os princípios da unicidade de comando e da atuação do Estado, por meio de um aparato burocrático executivo e coativo de gestão da coisa pública, institui-se o sistema teórico do Estado Liberal, incorporando ao seu ideário as grandes dicotomias: “Estado x sociedade de natureza” e “direito público x direito privado”.

Deste modo, inspirada na filosofia dos direitos naturais e do contratualismo, escola que floresceu entre os séculos XVII e XVIII, configura-se a

⁴⁵ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito. II - da modernidade à postmodernidade*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 24.

⁴⁶ Cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. São Paulo. Editora Malheiros, 1995. p. 71.

matriz do Estado Liberal, com base na idéia de um pacto consensual estabelecido entre os indivíduos, dentro dos limites necessários a uma convivência harmoniosa e duradoura, em que o Estado se estrutura como sujeito artificial, através do ordenamento jurídico, e no qual a burguesia passa a exercer o poder de decisão política.⁴⁷

É sob o influxo do contratualismo, através de suas diversas variantes, quer seja do Iluminismo racionalista de Hobbes e do Panteísmo de Spinoza que puseram o contrato a serviço do poder absoluto, quer sob a tese de que o poder político é necessariamente limitado, consoante idéia expressa nas doutrinas filosóficas de Grócio, Pufendorf e Locke, que encontramos a justificação da origem da Sociedade e do Estado Liberal Moderno.⁴⁸ Nesse contexto, dentre os pensadores políticos clássicos, sobressai a figura de John Locke que, no entendimento de Ranieri, “formulou a mais completa elaboração doutrinária do Estado Liberal, com base na teoria dos direitos naturais e no contratualismo.”⁴⁹

Com efeito, consultando a obra de Locke, especialmente seu *Segundo Tratado sobre o Governo*⁵⁰, encontramos os delineamentos teóricos do liberalismo de cunho notadamente individualista. A sua teoria parte do pressuposto de que no “estado de natureza” os homens viviam em plena liberdade e igualdade, regidos pelas leis da natureza e da razão, todavia, os homens abdicaram dos poderes de fazer tudo o que julgavam conveniente para sua própria preservação e da espécie, bem como de punir pessoalmente, ao seu inteiro talante, os atentados a sua vida e seus bens, confiando esta tarefa ao governo civil, que tem por finalidade máxima promover defesa e manutenção do direito de propriedade dos homens, cujo

⁴⁷ Sobre este assunto, faz-se oportuna a leitura de: MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – o estado e direito na ordem contemporânea*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 31.

⁴⁸ Fazemos esta afirmação com fulcro no verbete “contratualismo” em: ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 205.

⁴⁹ Cf. RANIERI, Nina Beatriz. Do estado liberal ao estado contemporâneo. Notas sobre o processo de exaustão dos modelos políticos e da ordem jurídica. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 37, jul./set. 2001, p. 138, onde a autora reproduz uma afirmação que também pode ser encontrada em BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*, Brasília: Editora UnB, 1997. p. 37: “O Segundo Tratado sobre o Governo Civil, (1690) de Locke, pode ser considerado como a primeira e mais completa formulação do Estado Liberal.”

⁵⁰ Aqui nos utilizamos da versão traduzida por E. Jacy Monteiro, *Segundo tratado sobre o governo - ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1993.

exercício no estado de natureza é precário e vulnerável ao estado de guerra.⁵¹

Nesse ponto, evidenciada a importância da propriedade na teoria de Locke, torna-se necessário centrarmos nossa análise na relação entre o Estado (governo civil) e a propriedade, conforme os postulados doutrinários legados por John Locke, para traçarmos um paralelo com a concepção estática e individualista da propriedade do Estado Liberal Moderno.

Para esse intento, parecem ditas sob medida as palavras do mestre espanhol Pérez Luño quando ressalta a importância da doutrina de John Locke na formação histórica do conceito moderno de propriedade privada, que se forjou ao largo do século XVII, afirmando ser o filósofo inglês o maior expoente da justificação desse direito:

Para este autor el derecho de propiedad privada viene considerado como una proyección de la propia personalidad del individuo que, por tanto, debe ser reconocido en el plano jurídico como un atributo esencial del ser humano. La propiedad privada aparece en Locke como un derecho natural del individuo y, como tal, previo y anterior al Estado, que surge precisamente para garantizar el disfrute pacífico de tal derecho. En una sociedad en la que la propiedad privada aparece como condición indispensable para la libertad y el pleno desarrollo de las capacidades individuales, era fácil establecer una continuidad entre propiedad y libertad.⁵²

Como se vê, o ponto de partida do pensamento político de Locke é que existem direitos naturais anteriores e inalienáveis, dentre eles, além da vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade que haverão de ser preservados na passagem da sociedade natural para a sociedade civil. Assim, como nas diversas filosofias jusnaturalista e jusracionalista dos séculos XVII e XVIII, em Locke, também há uma profunda vinculação entre liberdade e propriedade, decorrente de uma longa

⁵¹ Neste sentido, afirma LOCKE, John, op. cit. p. 82: "O objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidades, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade. Para este objetivo, muitas condições faltam no estado de natureza."

⁵² LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 409. "Para este autor o direito de propriedade privada vem considerado como uma projeção da própria personalidade do indivíduo que, portanto, deve ser reconhecido no plano jurídico como um atributo essencial do ser humano. A propriedade privada aparece em Locke como um direito natural do indivíduo e, como tal, prévio e anterior ao Estado, que surge precisamente para garantir o desfrute pacífico de tal direito. Em uma sociedade em que a propriedade privada aparece como condição indispensável para a liberdade e o pleno desenvolvimento das capacidades individuais, era fácil estabelecer uma, continuidade entre propriedade e liberdade." (Tradução livre.)

tradição que se arraigou na Europa e que se tem apresentado, quase sempre, como resultante das exigências da própria natureza humana.

Nesta linha de raciocínio, na qual o homem, enquanto senhor de sua própria vida desfrutava da capacidade de agir independentemente dos outros, liberdade confunde-se com propriedade, vez que a propriedade expressa a concretização da força criadora do homem através do seu trabalho. A propriedade representava, desse modo, um direito natural do homem, decorrente das ações de seu trabalho para a apropriação dos bens da natureza, necessários a sua sobrevivência e, conseqüentemente, a liberdade representava a condição fundamental para a aquisição e garantia da propriedade.

De acordo com Pérez Luño, essa justificação de Locke para o direito de propriedade através do trabalho, converteu-se em uma constante no pensamento liberal moderno, sobretudo nos primeiros tempos da revolução liberal, quando o postulado da livre concorrência, num mercado aberto e sem restrições, servia para legitimar a apropriação exclusiva dos produtos gerados pelo trabalho pessoal, todavia, esse aparato legitimador enfrenta séria crise, quando os frutos do trabalho passaram a ser apropriados pelos detentores do capital, em detrimento do direito de propriedade de uma parcela cada vez maior dos membros da sociedade.⁵³

Impõe-se agora que façamos um esboço da formulação teórica do Estado Moderno e da construção da concepção estática e individualista da propriedade.

Observa Morais que o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, guardando estreitos liames jurídicos com a concreção do ideário liberal, sobretudo no que se refere ao respeito ao princípio da legalidade, ou seja, à conformação da soberania estatal a uma ordem jurídica, bem como a organização do Estado, através da divisão de poderes ou funções e, como nota central, a garantia dos direitos individuais.⁵⁴

Como traço característico desse modelo de organização estatal liberal sobressai que a ordem jurídica deverá constituir uma limitação de natureza negativa, tal seja, uma garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado,

⁵³ LUÑO, op. cit., p. 410 et seq.

⁵⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais – o estado e direito*

que possa se configurar numa restrição ou constrangimento indevidos em sua esfera individual de liberdade. Com efeito, os autores costumam assinalar que sob a inspiração do ideário liberal foram proclamados, em sede constitucional, os direitos fundamentais de 1ª geração ou *dimensão* que são produtos do pensamento liberal burguês do século XVIII, marcadamente de cunho individualista e de notória inspiração na filosofia jusnaturalista.

Esses direitos de 1ª geração consistem na afirmação do valor do indivíduo frente ao Estado, compreendendo os direitos civis ou políticos tais como a vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança, liberdade de consciência e de expressão, ou seja, são direitos de defesa ou oposição contra a soberania e a arbitrariedade do Estado, correspondendo, sob um prisma histórico, à fase inaugural do ciclo constitucionalista liberal do ocidente.⁵⁵

Em razão disso, o Estado passa a ser estruturado através de uma ordem jurídica geral e abstrata, em que a propriedade privada era de fato a chave do modelo econômico, jurídico e político, assente na “free individual enterprise”, isto é, na livre iniciativa individual, segundo a qual o direito de propriedade significava um direito à ausência do Estado do domínio econômico, um direito à exclusividade da propriedade privada.⁵⁶

Encontramos em Heinemann a afirmação de que não obstante o estabelecimento de uma nova época que ultrapassa a coerência da imagem medieval do mundo, fazendo nascer um crescente sentimento vital do homem que se descobre de novo, do ponto vista cultural, as fronteiras entre a Idade Média e Idade Moderna não são rigorosamente demarcadas.⁵⁷

Desta feita, conflui com o pensamento jusnaturalista moderno a análise

na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 70.

⁵⁵ Para um estudo mais aprofundado sobre a classificação dos direitos fundamentais, neste mesmo ângulo de abordagem, vide: MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais – contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997; LOPES, Ana Maira D'Avila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 516-527 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2001. p. 48-60.

⁵⁶ Cf. MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Editorial Caminho, 1987. p. 114 et seq.

⁵⁷ Cf. HEINEMANN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993. p. 189.

teológica do domínio, realizada pelos autores da segunda escolástica, que agrega a idéia básica de que a liberdade do indivíduo é uma posição essencialmente dominativa, tal seja, de que o livre arbítrio, construído sob o fundamento voluntarista para melhor garantir a autonomia do sujeito, converte-se em pressuposto básico de todo o domínio. Num perfil de síntese sobre o assunto, se nos afigura indiscutível que a inseparável relação entre liberdade e propriedade realmente impregnou o sistema teórico do Estado Liberal, constituindo o fio condutor de todas as correntes individualistas de pensamento da Idade Moderna.

Com efeito, ao ser adotada a teoria do contrato social como pacto de consentimento, estabeleceu-se um modo regulativo de pensar a sociedade como um simples modelo atomizado e racional, elidindo as diferenças tradicionais e as concepções do homem segmentado em estamentos do mundo feudal, de modo que a sociedade organiza-se agora sob uma ordem abstrata de direito, mediante proposições jurídicas que pressupõem a existência de indivíduos livres e iguais.⁵⁸

Neste mesmo diapasão, Cortiano Junior explica que a introdução da idéia do indivíduo como sujeito de direito foi fundamental para a modernidade, vez que possibilitou a superação da ordem tradicional, construindo a abstração do sujeito de direito com as respectivas titularidades, o que torna possível o seguinte raciocínio silogístico: “se indivíduo e sujeito se equivalem. Se todos são sujeitos. Logo, todos são iguais”.⁵⁹

Para Miaille, todavia, esta equivalência entre indivíduo e sujeito de direito não decorre de um processo natural, trata-se, ao contrário, de uma noção histórica que responde às exigências de um determinado momento em que uma nova estrutura social se delineia, tal seja, uma sociedade capitalista que tem por objeto a consecução de uma economia fundada em trocas e intermediações generalizadas de mercadorias. Neste sentido, merecem ser transcritas suas palavras:

⁵⁸ Cf. FELIPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 53.

⁵⁹ Cf. CORTIANO JUNIOR, Erouths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas – uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 53 et seq.

Só uma “pessoa” pode ser a sede de uma atitude destas. A noção de sujeito de direito é, pois, absolutamente indispensável ao funcionamento do modo de produção capitalista. A troca das mercadorias que exprime, na realidade, uma relação social – a relação do proprietário do capital com os proprietários da força de trabalho -, vai ser escondida por “relações livres e iguais”, provindas aparentemente apenas da “vontade de indivíduos independentes”.⁶⁰

Todavia, o autor é ainda mais enfático quando declara que o modo de produção capitalista pressupõe, como condição do seu funcionamento a “atomização”, ou seja, um processo de representação ideológica em que os indivíduos são totalmente livres e isolados na sociedade, existências autônomas em si consideradas. No plano jurídico, esta representação se consubstancia na forma de uma instituição: a do sujeito de direito.⁶¹

Com o triunfo da Revolução Francesa inaugurou-se um novo capítulo na história da humanidade, que representa um rompimento definitivo com a ordem social estamental e a supressão das instâncias intermediárias de poder entre o indivíduo e o Estado.

As ideologias que vieram a lume com esse movimento revolucionário trouxeram o sopro e a força das aspirações hegemônicas da classe burguesa, que pugnava pela eliminação da superposição dominial que havia no feudalismo e, portanto, pela unificação do conceito de propriedade, como fundamento da ordem econômica criada pela própria Revolução.

Deste modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, reconhece o direito de propriedade como um direito natural e imprescritível do homem, conferindo-lhe um caráter de *inviolabilidade* e de *sacralidade*,⁶² que marcou o império do individualismo exacerbado que presidiu a era das grandes codificações do direito privado moderno.

⁶⁰ MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Estampa, 1994. p. 118.

⁶¹ Id. *ibid.*

⁶² Neste sentido dispõe em seu art. 17: “Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob a condição de justa e prévia indenização.” In: *Constituição da França – Anotada no referendium de 28 de setembro de 1958 e promulgada em 4 de outubro de 1958*. Rio de Janeiro: Dior, 1987.

Assim, o sistema das codificações oitocentistas utilizou-se do direito romano, todavia, trabalhado e reconstruído pela doutrina do racionalismo, através dos romanistas dos séculos anteriores, conferindo ao proprietário um poder geral e absoluto sobre a coisa e libertando-o de todos os encargos sociais, ao adotar um conceito de domínio que não encontra paradigma nos textos nem nas fontes do direito romano clássico ou *justinianeus*.

Destarte, a necessidade de formulação de um “projeto social global”⁶³ dos novos donos do poder, de inspiração liberal e iluminista, se nos afigura adequar-se perfeitamente ao esquema abstrato e inorgânico formulado nas grandes codificações, cuja metodologia imperante foi a utilização de uma técnica legislativa fechada, descritiva e uniforme, que não deixava margem de discricionariedade ao intérprete.

Resta evidenciada, neste ponto, para a compreensão da evolução conceitual da propriedade que nos propomos nesta dissertação, a necessidade de também contemplarmos o tratamento que foi dispensado à propriedade pelo movimento codificador.

1.4 A concepção da propriedade no ciclo histórico das grandes codificações

Consagrado pelas revoluções liberais, o movimento constitucionalista fixou as diretrizes da ordenação das liberdades políticas e consolidou as bases para o processo de codificação do direito.

Ocorre que na Idade Moderna o direito natural rompeu com as amarras da teologia moral e, sob a influência da nova imagem racionalista e fiscalista do mundo, fixou seus postulados nas necessidades da razão e nas experiências da realidade.⁶⁴ Da confluência do jusnaturalismo racionalista e do iluminismo alavancou-se o movimento codificador do século XVIII, que teve seu primado com a elaboração do Código Civil francês de 1804.

⁶³ Esta expressão é utilizada por KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do individualismo e propriedade. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar. 2000. p. 457, significando “o conjunto de fins a que se coloca uma sociedade em um dado momento”.

⁶⁴ Cf. WIEARCKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian,

Refletindo uma visão atomizada de sociedade, em que o indivíduo atrela-se indissociavelmente à noção de sujeito de direito, o Código virtualiza o direito de propriedade, transformando-o numa mera possibilidade potencial, como decorrência da abstratividade e generalidade das próprias normas que compõem esse sistema jurídico.⁶⁵

Nessa perspectiva, a concepção individualista da propriedade romana foi reformulada no Código Napoleônico para abrigar o substrato ideológico da doutrina liberal e burguesa, concebendo a propriedade como um direito pessoal, ilimitado e absoluto, nos termos do art. 544: “a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

Desse modo, a noção de propriedade que emerge do Código Civil francês é totalmente desvinculada das qualidades de seu titular e das próprias peculiaridades do objeto, posto que consubstancia um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. *Absoluto* por outorgar a seu titular um poder de conteúdo indefinido e ilimitado sobre a coisa (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*); *exclusivo* porque atribui o gozo próprio da coisa e a possibilidade de impedir o gozo alheio e *perpétuo*, vez que não havia qualquer sujeição ou limitação de ordem temporal, estendendo-se enquanto perdurar a própria coisa sobre a qual recai, em razão da inexistência de cláusula prescritiva pelo exercício do direito.⁶⁶

Assim, a técnica da codificação revelou a pretensão de se identificar todo o direito com a lei codificada, alimentando a crença passiva nas virtudes da dogmática jurídica como único meio para se alcançar o objetivo de garantir a liberdade, a igualdade e a propriedade, consoante pronunciamento de Grossi que se faz digno de transcrição:

Como la afirmación de una libertad y de una igualdad formales habían sido los instrumentos más idóneos para garantizar al “homo economicus” la desigualdad de hecho de las fortunas, así esta “propiedad espiritualizada” se había concretado, por gracia de sus

1967. p. 12.

⁶⁵ Cf. CORTIANO JUNIOR, Erolths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 43-59.

⁶⁶ Cf. GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *Propiedad privada del suelo y derecho a edificar*. Madrid: Montecorvo, 1989. p. 52.

ilimitadas posibilidades de transformación en la piedra filosofal de la civilización capitalista: la más pobre, la más descarnada de las construcciones jurídicas se habría demostrado un médio efficientísimo para cambiar todo en oro, diligente instrumento para todo tipo de mercificación.⁶⁷

Verifica-se, portanto, que no sistema das grandes codificações erigiu-se a propriedade como um dos pilares fundamentais, sobre o qual se assenta toda a estrutura econômica e social do Estado, a quem cabia a função de espectador neutro, habilitado apenas para estabelecer as regras que assegurassem as liberdades privadas, destinadas a sujeitos de direito formalmente iguais, posto que legalmente abstraídos de suas reais desigualdades.

Abordando esse aspecto, Angel Latorre aduz, em outros termos, que a doutrina jusnaturalista, de linhagem racionalista, atingiu seu apogeu na revolução francesa, com a afirmação da inalienabilidade dos direitos naturais do homem perante o Estado, todavia, a generalização das codificações causou o efeito curioso de que, embora tendo sido inspirado em idéias notadamente jusnaturalistas, esse direito codificado engendrou uma nova mentalidade e um modelo de ciência jurídica eminentemente positivistas.⁶⁸

No mesmo sentido é a lição de Barroso quando afirma que a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação do direito, realizados com o advento do Estado Liberal sob os auspícios do jusnaturalismo-racionalista e do iluminismo, representaram, paradoxalmente, o apogeu e a própria superação histórica do direito natural, que “é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX”.⁶⁹

Realmente, o declínio do jusnaturalismo se fez sentir, sobretudo, a partir do século XIX, quando os direitos naturais já haviam se incorporado por inteiro aos

⁶⁷ GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, Madrid: Editorial Civitas, 1992. p. 131. “Como a afirmação de uma liberdade e uma igualdade formais, haviam sido os instrumentos mais idôneos para garantir ao homem econômico a desigualdade de fato das fortunas, assim esta ‘propriedade espiritualizada’ havia se concretizado, por graça de suas ilimitadas possibilidades de transformação em pedra filosofal da civilização capitalista: a mais pobre, a mais descarnada das construções jurídicas havia se demonstrado um meio efficientíssimo para transformar tudo em ouro, diligente instrumento para todo tipo de negociação.” (Tradução livre.)

⁶⁸ LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*, Coimbra: Almedina, 1997. p. 177 et seq.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Temas de direito constitucional*.

ordenamentos jurídicos positivos, no afã de se lhes garantir perenidade. Camargo afirma, em sua tese de doutoramento, que a crença nas virtudes da codificação exerceu tamanha influência sobre o pensamento jurídico que fez surgir a denominada Escola da Exegese como movimento doutrinário proveniente dos grandes comentaristas do Código.⁷⁰

Esta corrente filosófica que pode se enquadrar na designação genérica do empirismo jurídico e que atingiu seu apogeu nas décadas iniciais do século XIX, tinha por princípio básico que o fundamento do direito se encontrava nas leis, ou seja, que o Direito se consubstanciava inteiramente nas normas jurídicas codificadas pelo Estado, constituindo um sistema de conceitos bem articulados e coerentes, portanto, que não apresentava lacunas evidentes.⁷¹

Sob esse prisma, opera-se o reducionismo da própria Ciência Jurídica à simples compreensão da norma e do sistema na qual ela está inserida, de modo que toda a construção teórica do Direito repousa na interpretação dos textos legais, a partir dos quais haverá de se inferir também os institutos jurídicos e dentre eles a propriedade.⁷²

Discorrendo sobre “avatares do positivismo jurídico” pontifica Bittar que essa redução do Direito à norma, com a desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas, atinge seu ápice com a *Jurisprudência dos Conceitos*, enfatizando o caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, através de um desdobramento conceitual e de normas abstratas e genéricas que compõem uma totalidade fechada e acabada.⁷³

Verifica-se, portanto, que sob a influência da *Jurisprudência dos Conceitos*, a concepção de propriedade que se incorpora ao Código retoma os mesmos pressupostos de sacralidade e inviolabilidade, que haviam se plasmado na Declaração dos Direitos de 1789, tal seja, o reconhecimento da propriedade como

Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 23 et seq.

⁷⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação. Uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 67 et seq.

⁷¹ Vide nesse sentido: MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 151.

⁷² Cf. MARQUES NETO, op. cit. p. 152.

⁷³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 316 et seq.

um direito natural do homem sobre as coisas, que lhe atribui poderes tendencialmente ilimitados como condição para o exercício de sua liberdade.

Assim, os fautores da Escola da Exegese exaltavam o dogma da razão originária do direito natural, como expressão maior da *vontade geral* extraída do pacto de consentimento (contrato social), idolatrando e identificando a lei como o próprio direito. Firmou-se a doutrina da exegese, na atitude ultralegalista de promover uma verdadeira assepsia valorativa na atividade de interpretação e de reduzir a função do juiz à de mero aplicador de normas, limitando-se à subsunção dos fatos aos esquemas lógicos e rígidos das normas.

Em extraordinária síntese da história do direito privado moderno, Wiercker afirma que na Alemanha também se tornou dominante a convicção de que o Direito se esgotaria na reunião das prescrições legais codificadas e de que, através do sistema e da concatenação lógica dos conceitos gerais, poder-se-ia realizar o direito justo. Assim, prosseguindo sua explanação, aduz que com a neutralização da ética jurídica mediante o formalismo racionalista, a pandectista tornou-se, não obstante suas origens ideológicas e historicistas, o instrumento da “sociedade aquisitiva”, posto que, sob sua influência foram maturados o Código Civil Alemão e o Código Civil Suíço.⁷⁴

Os pandectistas germânicos não se afastaram totalmente das orientações da Escola da Exegese, adotando a noção de sistema, herança do jusnaturalismo, para estruturar o processo de codificação do direito. Encarando a lei como produto da vontade racional do legislador e da história de um povo, o pandectismo ocupou uma posição intermédia que superou o exagero da espontaneidade da produção do direito como manifestação do *espírito do povo*, tese sustentada pela Escola Histórica e o apego cego e inconsciente ao texto da lei, pugnado pela Escola da Exegese.

Desse modo, partindo principalmente do *Corpus Iuris Civilis*, numa atitude rigorosamente exegética, os pandectistas passaram a cultivar as fontes históricas do direito romano, através da interpretação dos textos da compilação justiniânica, com a

⁷⁴ WIEARCKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1967. p. 13.

finalidade de aplicá-los ao direito alemão.⁷⁵

Lobato Gómez apresenta uma explicação de grande relevância acerca da influência do pandectismo na formulação do conceito de propriedade do Código Civil Alemão, quando assevera que o pandectismo contribui na elaboração de um conceito teórico de propriedade ligado ao direito subjetivo, definido por um conteúdo potencialmente ilimitado, somente sujeito às restrições externas emanadas da lei.⁷⁶

Benda destaca que os vínculos concepcionais entre propriedade e liberdade não foram dissolvidos quando, em meados do século XIX, a garantia à propriedade ingressou de forma independente nos textos constitucionais alemães sem mais se atrelar à liberdade individual, posto que, já plenamente arraigado o conceito abstrato de propriedade, desenvolvido ainda no pensamento jusracional, mas que servia plenamente às pretensões da era industrial que se iniciava.⁷⁷ Deste modo, a propriedade foi concebida de acordo como o modelo econômico do liberalismo, em que o seu gozo pacífico e absoluto representava a mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo, agora reduzido à condição de sujeito de direito.

Consoante Chemeris a propriedade liberal foi estruturada a partir de três vertentes: inicialmente, pelo pensamento filosófico através do qual recebeu a fundamentação ideológica do liberalismo; posteriormente, foi recepcionada pela dogmática jurídica por meio da qual se desenvolveu a teoria dos direitos reais e a sistematização do conceito de propriedade como um direito subjetivo patrimonial e, finalmente, após a sua positivação através do movimento codificador, foi conferido o status de direito natural positivo, generalizando o seu conceito no mundo ocidental.⁷⁸

Com rara acuidade, Cortiano Junior colheu a síntese deste momento histórico que ele qualificou de transformação do modelo proprietário em princípio proprietário:

⁷⁵ Cf. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 50.

⁷⁶ Cf. GÓMEZ, op. cit., p. 70 et seq.

⁷⁷ BENDA, Ernst. Função da garantia da propriedade na constituição moderna. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, vol. 1, p. 239.

⁷⁸ CHEMERIS, Ivan Ramon. *A função social da propriedade: o papel do Judiciário diante das invasões de terras*. São Leopoldo: Unisinos, 2002. p. 26 et seq.

O modelo proprietário passa de instrumento de garantia da classe burguesa fundadora da sociedade liberal e se transforma em instrumento de organização e funcionamento de todo o sistema. Disso se trata o discurso proprietário da modernidade que, tomando a propriedade como relação jurídica, e ao mesmo tempo, situação subjetiva e instituto jurídico, compõe nela uma série de materiais econômicos, políticos e sociais, dando-lhe uma roupagem jurídico-formal, de tal sorte que se insere em nossa vida de relações de forma permanente.⁷⁹

Realmente, fácil é evidenciarmos que as normas do Código Civil francês e alemão, que repousam sobre esse modelo proprietário, serviram de inspiração para inúmeras outras codificações civilistas na Europa Ocidental e na América, inclusive, para o Código Civil brasileiro de 1916, cuja análise será realizada em momento posterior desta dissertação.

Refoge aos objetivos deste trabalho, que em função de sua complexa estrutura radial impõe limites mais estreitos à abordagem de certos tópicos, determo-nos no detalhamento de todo o processo codificador.⁸⁰ Urge, neste ponto, que passemos agora em revista as transformações que concorreram para a superação do modelo patrimonialista adotado pelo Estado Liberal.

1.5 O Estado social de direito e a ruptura da concepção individualista e abstrata de propriedade

A partir da segunda metade do século XIX, já se começava a perceber que embora o capitalismo liberal tenha conseguido atingir o seu apogeu, eram perpetrados grandes abusos e injustiças, fazendo emergir uma série de conflitos sociais.

Corroeram-se as bases do Estado mínimo, até então assentado na crença do respeito à autonomia social e na redução das funções estatais, como expressões máximas da visão de uma sociedade que se acreditava naturalmente ordenada e eternamente equilibrada.

⁷⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85 et seq.

⁸⁰ Para um estudo mais detalhado sobre esse assunto recomenda-se a obra de Franz Wieacker, *História do direito privado moderno*, já referenciada neste trabalho.

Estado Social de Direito, *Welfare State* ou Estado Intervencionista são denominações que assinalam uma polissemia conceitual, que recheia as páginas da literatura econômica, jurídica e política ao designar um tipo de que se utiliza de seus mecanismos institucionais para intervir nas relações sociais, visando ao equacionamento das desigualdades econômicas e propiciando condições mais dignas de vida.

Traçando as linhas desse Estado Social, aduz Vital Moreira que a intervenção do Estado no domínio econômico não é produto do acaso, nem do arbítrio dos governantes ou de representações ideológicas sem raiz na formação social, ao revés, é decorrente do reconhecimento de uma real necessidade, que impinge a forma como este novo Estado de Direito, marcadamente de natureza econômica, traduz as relações do poder político em face dos novos fatores que passaram a atuar no cenário econômico: o progresso técnico e o capitalismo monopolista; o nascimento do movimento operário e o agravamento dos conflitos de classe, bem como o surgimento de novas ideologias de negação do capitalismo.⁸¹

De fato, demorou muito tempo até que se percebesse que a pretensa interação entre a propriedade e a liberdade no Estado Liberal, constituía apenas uma ilusão para a grande maioria, posto que calcada num artifício jurídico falacioso de promover uma igualdade formal entre os indivíduos, despojando-os de suas reais situações e reduzindo-os à condição de sujeitos de direitos, num processo de absoluta abstração conceitual.

Discorrendo sobre o direito de propriedade no capitalismo e no soviétismo, Câmara compôs excelente análise em que retrata o quadro das distorções produzidas pelo capitalismo do *laissez faire* em seu relevo imoderado da liberdade individual, ao fazer a seguinte constatação:

De um lado, o domínio dos homens ricos, o governo da classe capitalista que detinha a propriedade, os meios de produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando seu poder através de um sistema político-jurídico, que lhe garantia o controle social e econômico, e de outro lado, o operariado, a classe dos trabalhadores, constituída de indivíduos que alugavam sua força de trabalho, na condição de assalariados. A concentração do capital processava-se ao mesmo tempo em que a classe operária ia sendo

⁸¹ MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Lisboa: Editorial Caminho, 1987. p. 93-94.

proletarizada, isto é, ficando numa dependência servil e num estado precário de condições de vida.⁸²

Foi esse agravamento dos problemas sociais que, segundo Saldanha, passou a reclamar maiores interferências das estruturas políticas e da ordem jurídica, de forma que absentéismo estatal se mostrou cada vez difícil. Assim o Estado teve que intervir progressivamente para albergar outros valores e novos direitos e não, simplesmente, para cancelar as liberdades individuais, operando-se uma transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social.⁸³

Não se cuida mais, portanto, de estabelecer apenas direitos-limites ou a fixação de uma esfera de impedimento da atuação do Estado frente ao indivíduo. Os movimentos reivindicatórios passaram a exigir a realização de prestações positivas por parte do Estado, como forma de corrigir os excessos do individualismo liberal.

Neste contexto, foram consagrados os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, tais sejam, aqueles direitos de cunho social e econômico: assistência social, saúde, educação, trabalho, moradia, etc., que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, por constituírem uma densificação dos princípios da justiça social e da igualdade, em seu sentido material.⁸⁴

Merece ser ressaltado, contudo, que a transmutação do Estado Liberal em Estado Social, além de acrescer a ordem jurídica já existente de um conteúdo social, positivando direitos de cunho prestacional, paralelamente, também estabeleceu as chamadas “liberdades sociais” que induziram a uma gradativa mudança do individualismo jurídico para uma teoria social do direito.

De todos os lados, levantaram-se dissidências ideológicas e políticas contra a hipertrofia da liberdade individual que, ao cavar um fosso intransponível entre o capital dos afortunados proprietários e o trabalho dos operários espoliados, trouxe como conseqüência a chamada “questão social”, principal ponto de tensão e

⁸² CÂMARA, Maria Helena Ferreira da. *Aspectos do direito de propriedade no capitalismo e no soviétismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

⁸³ Cf. SALDANHA, Nelson. *Pequeno dicionário da teoria do direito e filosofia jurídica*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1987. p. 61.

⁸⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do

conflito entre o capitalismo e o socialismo.

A reação a essa situação adveio através de fortes ressonâncias teóricas que haveriam de revolucionar a filosofia e própria ciência jurídica, reconhecendo que a enorme contradição existente entre os elementos conceituais abstratos da dogmática jurídica individualista e os fatos sociais emergentes, impunham, com urgência, a revisão da ordem jurídica estabelecida.

Com efeito, a concepção da função social da propriedade surgiu da confluência de diversas correntes de pensamento filosófico e jurídico do final do século XIX, que oscilavam do extremo da concepção liberal-individualista de propriedade à tendência socialista de conceber a propriedade como a origem de todas as mazelas sociais.

Na marcha evolutiva do direito de propriedade evidencia-se, desse modo, que o conceito de propriedade consagrado pelo Código Civil Francês de 1804 e incorporado, *mutatis mutandis*, pelos demais Códigos decimonônicos, começou a ser contestado ainda no século XIX, no plano ideológico, quase sempre com argumentos puramente filosóficos ou morais, mas que foram determinantes para formação de uma base cultural, necessária a que fossem produzidas as transformações dogmáticas que esta importante instituição viria a experimentar no século XX.⁸⁵

Deste modo, surgiu a doutrina da função social que inaugura uma nova fase no longo processo de evolução do instituto da propriedade, vinculando-se às condições históricas, sociais, políticas e econômicas de cada época e seguindo os matizes ideológicos que serviram para a estruturação dos diversos modelos de Estado.

Advogado, 2001. p. 52.

⁸⁵ Cf. GÓMEZ, op. cit., p. 82.

CAPÍTULO II

2 OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL PRINCIPALISTA

2.1 O que significa ser princípio jurídico?

Expostos nos capítulos anteriores os aspectos históricos, políticos e jurídico-filosóficos que, sob o espectro de sedimentadas teorias, nos permitem visualizar a evolução conceitual da propriedade, intentamos neste capítulo, abordar o princípio da função social da propriedade, sobre o qual se encontra vazado o atual perfil conceitual da propriedade no Brasil.

Releva considerar, todavia, que o exame do princípio da função social da propriedade impõe uma incursão prévia nos postulados da chamada corrente pós-positivista do pensamento jurídico contemporâneo, sobretudo para a perfeita compreensão das funções e relevância dos princípios na estruturação dos sistemas jurídicos.

Nesta ordem de consideração, ressalta Marques Neto ser inquestionável, no debate jurídico contemporâneo, que qualquer sistema jurídico se sustenta por sobre um conjunto de princípios. Arremata o autor que esse sistema jurídico não pode ser concebido apenas como um conjunto de regras, posto que seria um emaranhado de enunciados normativos, desprovido de ordenamento, essencialidade

e funcionalidade.⁸⁶

Seguindo essa mesma trilha, Pimenta é peremptório em afirmar que o tema dos princípios jurídicos possui estreita ligação à problemática da metodologia da ciência jurídica, razão pela qual referida matéria nos remete a uma particular metodologia de argumentação jurídica que conceitua o ordenamento como um sistema, dotado de unidade de conexão e coerência de caracteres.⁸⁷

Assente, portanto, esse contexto teórico em que o “Direito” se coloca como um sistema normativo, dotado de unidade e coerência, o problema fundamental que agora se nos impõe aprofundar no âmbito deste estudo é delimitar a natureza e a função dos princípios na dogmática jurídica contemporânea.

Nesse ponto, intervém Bandeira de Mello, quando preleciona que o princípio constitui, por definição, o “mandamento nuclear” do sistema jurídico positivo, ou seja, representa seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre as diferentes normas que o compõem e acrescenta mais o renomado mestre administrativista que é o conhecimento dos princípios que preside a própria inteligência das diferentes partes do sistema normativo, assegurando a sua unicidade, logicidade e racionalidade.⁸⁸

Com efeito, todo ramo do conhecimento assenta-se sobre determinados princípios que são verdades fundantes, ou seja, são bases axiológicas estruturantes, padrões de referência e conformação do sistema, que constituem “bitolas” capazes de conferir nexos de sistematicidade às regras que compõem um sistema jurídico determinado.⁸⁹ É importante observar, todavia, que princípio é um termo que se apresenta multifacetário, equívoco e polissêmico,⁹⁰ razão pela qual faz-se

⁸⁶ MARQUES NETO, Floriano P. de. O conflito entre princípios constitucionais: breves pautas para sua solução. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 10, p. 41-45.

⁸⁷ Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 125. A problemática do direito como sistema não constitui matéria essencial a essa dissertação razão pela qual sugerimos que um aprofundamento sobre o tema poderá ser obtido na doutrina brasileira através da leitura de FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976 e na literatura estrangeira em: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989 e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, Brasília: Editora UnB, 1990.

⁸⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 230.

⁸⁹ Cf. CANARIS, op. cit., p. LXII.

⁹⁰ Seguindo LIMA, George Marmelstein. A força normativa dos princípios constitucionais. Internet:

necessária a sua elucidação.

Tomando a lição do Dicionário de Filosofia de Abbagnano,⁹¹ encontramos dois significados profundamente vinculados à noção de princípio, introduzida em filosofia por Anaximandro, tais sejam: *ponto de partida* e *fundamento* ou *causa* e, uma vez incorporados à doutrina aristotélica, permearam em toda a tradição filosófica posterior.

A origem etimológica do termo se nos afigura apontar para o latim *principium* que, numa acepção vulgar, significa início, começo ou origem das coisas, razão pela qual Picazo afirma tratar-se de termo oriundo da linguagem da geometria “onde designa as verdades primeiras”, ou seja, “as premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geométrico*”.⁹²

Cabe, nesse ponto, um necessário alerta, pois acontece que a doutrina é extremamente vacilante, quando se refere aos princípios. Saldanha ressalta que: às vezes os princípios são considerados como fundamento da norma e, assim, tomados pelo legislador como ponto de partida, porém, outras vezes, são concebidos como algo que precisa ser “desentranhado” da norma, através de uma exegese, restando evidenciado, diante de tal paradoxo, que a sua natureza precisa ser melhor definida e, conseqüentemente, a própria relação com o direito positivo.⁹³

A riqueza de sentidos (polissemia) que o termo *princípio* encerra, facilmente constatada através de simples consulta a renomados dicionários jurídicos,⁹⁴ suscita também uma natural indeterminação das funções que ele desempenha no plano jurídico, mormente quanto ao fato de constituírem normas jurídicas, ou seja, de integrarem o sistema jurídico com traço de normatividade.

www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto038.htm. Estas características foram assinaladas por José Afonso da Silva e Eros Roberto Grau.

⁹¹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 792.

⁹² *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 228 et seq.

⁹³ Cf. SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 145.

⁹⁴ Para uma análise detalhada desses diversos significados, sugerimos consultar o verbete “princípios” em DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. Vol. 2 e 3. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 717 e SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 447.

2.2 A problemática da normatividade dos princípios jurídicos

A tese da normatividade dos princípios representa uma questão complexa que foi evoluindo gradativamente na doutrina estrangeira e nacional.⁹⁵ Com efeito, o caminho para se reconhecer aos princípios o *status* de norma jurídica, ou seja, de se lhes atribuir eficácia jurídica, foi longo e tortuoso, ensejando grandes estudos que se refletiram, sobretudo, no âmbito da Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito.

Releva ressaltar que foi o italiano Crisafulli o primeiro a afirmar categoricamente a normatividade dos princípios, quando formulou, em 1952, o seguinte conceito:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou 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 contém.⁹⁶

A questão da normatividade dos princípios também se encontra perfeitamente delineada, em estudo de Guastini que, guiado pela jurisprudência, e à luz de sólidas reflexões dos juristas acerca desse tema, discorreu sobre as diversas variantes do conceito de princípio, todas vinculadas a disposições normativas significando: a) normas (ou a disposições legislativas que exprimem normas) providas de um alto grau de generalidade; b) normas (ou a disposições que exprimem normas) providas de um alto grau de indeterminação que requerem concretização por via interpretativa, para que sejam aplicáveis aos casos concretos; c) normas (ou disposições normativas de caráter “programático”); d) normas (ou dispositivos que exprime normas) cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada; e) normas (ou disposições normativas que desempenham uma função “importante” e “fundamental” no sistema jurídico ou político unitariamente

⁹⁵ Na doutrina brasileira, para uma discussão acerca da evolução normatividade dos princípios sugerimos as seguintes obras de: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990 e ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

⁹⁶ *Apud* BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 230.

considerado, ou num ou noutra subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito civil, o direito do Trabalho, o direito das Obrigações) e f) normas (ou disposições que exprimem normas) dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das norma aplicáveis nos diversos casos.⁹⁷

Após apresentarmos essa longa tipologia dos *princípios*, uma conclusão de Bonavides se nos afigura irrefutável, a de que existe um traço comum e unificador das formulações oriundas da lição de Guastini, tal seja, a normatividade dos princípios. Bobbio também se filia àqueles que propugnam a normatividade dos princípios, asseverando o seguinte:

Os princípios gerais são, a meu ver, formas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras.⁹⁸

Sob a ótica jusnaturalista dos princípios, Diniz aponta que eles podem ser concebidos sob diversos matizes, conforme a escola jurídica e a idéia que tenha do direito natural, tais sejam: a) *como razão natural* - representando as próprias exigências naturais do direito, que atravessando o ordenamento positivo, formam um subsídio e um guia para sua compreensão, representando a fonte a que se deve recorrer para os casos não contemplados pelo legislador; b) *como natureza das coisas* - correspondendo a uma espécie de ordenamento imanente às relações da vida, através do qual o legislador vai haurir os seus mandamentos e c) *como verdades* de origem divina, pertencentes a um sistema superior objetivamente plantado por Deus no coração dos homens, derivado do princípio da justiça, comum a toda a humanidade.⁹⁹

Realmente, após a inserção dos princípios como normas fundamentais dos sistemas constitucionais, eles passaram a desempenhar funções, que até então lhes foram recusadas, de tal modo que o Constitucionalismo Contemporâneo não pode ser compreendido, sem uma investigação aprofundada da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos. Farias ressalta que o tema dos princípios

⁹⁷ Id. Ibid.

⁹⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1989. p. 158 et seq.

⁹⁹ Cf. DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 217 et seq.

constitui ponto central das discussões da filosofia jurídica contemporânea, passando a ter uma importância destacada no campo do Direito Constitucional, posto que, utilizando-se de expressão cunhada por Sanchis, os princípios hodiernamente atravessam uma “idade de ouro”.¹⁰⁰

No mesmo sentido, Rocha assim se manifestou em lapidar estudo realizado sobre os princípios constitucionais da administração pública:

A alteração básica que se observa no conceito e na experiência da Constituição neste final de século está em sua dimensão principiológica, que lhe permite ampliar-se em sua matéria, sem estender-se, necessariamente, em suas regras, e alargar-se em sua aplicação e re-criação permanente, seguindo a senda traçada pelos princípios. Estes voltam-se sempre para a concretização do valor primordial que justifica a vida em sociedade sob o modelo política estatal: a justiça.¹⁰¹

Reafirmamos, todavia, que foi necessário ser trilhado um longo percurso até se chegar à compreensão do princípio como uma espécie de norma jurídica, perdurando, ainda hoje, no pensamento equivocado de vários juristas, uma dissociação entre normas e princípios que resulta no erro primário de se igualar as regras às normas.¹⁰²

Somente com a nova postura epistêmica assumida pela corrente denominada pós-positivista foram superadas as concepções oriundas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, operando-se um redimensionamento metodológico na Teoria Geral do Direito e da Filosofia do Direito e atingindo a plena convicção da normatividade dos princípios.

Na doutrina pátria, devemos a Paulo Bonavides o melhor esforço da evolução doutrinária da normatividade dos princípios, desenvolvido com muita objetividade, a partir da explicitação de três fases distintas: a jusnaturalista, a

¹⁰⁰ Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direito - a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000. p. 24.

¹⁰¹ Cf. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21.

¹⁰² Cf. NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 81. O autor incorreu neste lamentável erro ao afirmar que as expressões normas e regras jurídicas são sinônimas, justificando que apenas alguns juristas reservam a denominação regra para o setor da técnica e outros para as leis físicas ou naturais.

positivista e a pós-positivista.¹⁰³

Na primeira fase chamada jusnaturalista, que Bonavides enquadra na “Velha Hermenêutica”, os princípios correspondem a idéias metafísicas e abstratas, servindo de fonte de inspiração e fundamento ético-valorativo do sistema jurídico. Consoante podemos inferir, essas concepções de cunho jusnaturalista acabaram impregnando os princípios gerais do direito de tamanha abstratividade e imprecisão que se tornaram insucessíveis de serem revelados objetivamente e, portanto, de se lhes reconhecer traço de normatividade compatível com as exigências da segurança jurídica colimada pelo Direito.

A segunda fase da evolução dos princípios corresponde ao positivismo ou juspositivismo, segundo o qual os princípios se assentam no direito legislado, historicamente contingente e variável. Nessa fase de teorização, os princípios são inseridos no contexto do próprio ordenamento jurídico, ingressando nos Códigos como fonte secundária e subsidiária, ou seja, como meios de colmatação de eventuais lacunas detectadas no sistema, sem que isso represente, todavia, o reconhecimento efetivo de sua verdadeira condição de norma jurídica.

Finalmente, com o denominado pós-positivismo, atingimos uma fase em que os princípios alcançaram a consolidação plena de sua normatividade, ocorrendo, segundo Espíndola:

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 escalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico.¹⁰⁴

Nessa fase do pensamento jusfilosófico procurou-se enfrentar a insuficiência do positivismo jurídico, assinalando-se a falibilidade da dogmática tradicional, através do redimensionamento da força normativa dos princípios de direito. Inaugura-se, destarte, uma nova racionalidade jurídica, deslocando-se o eixo

¹⁰³ Cf. Bonavides, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 228-266.

¹⁰⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 58 et seq.

da discussão metodológica, até então centrada num modelo lógico-formal em que se assentava o positivismo jurídico, para a construção de uma nova hermenêutica, que não se conforma em reduzir as atividades de interpretação e aplicação do direito a uma operação puramente teórico-silogística de subsunção dos fatos a uma regra geral e abstrata.¹⁰⁵

Como vimos, a juridicidade dos princípios tem sido objeto das mais profundas e calorosas discussões, tanto por parte dos que a reconhecem como daqueles que refutam o caráter normativo, todavia, com a inserção dos princípios nos textos constitucionais, o caráter normativo se nos afigura tratar-se de matéria atualmente considerada mansa e pacífica.

Não constitui nosso desiderato nesta investigação, empreendermos um estudo pormenorizado da chamada dogmática principialista, traçando sua vasta classificação tipológica ou adentrando no exame detalhado das funções dos princípios, ancorados na doutrina nacional e estrangeira. Jamais tivemos a veleidade de esgotar tão complexo tema, moveu-nos, sobretudo, o interesse de acumular subsídios para uma análise posterior do princípio constitucional da função social da propriedade.

Assim, sem nenhuma pretensão de exclusividade nem menosprezo aos dissidentes, entendemos que a posição pós-positivista, aqui considerada em sua generalidade, ou seja, sem se estabelecer divergências pontuais entre seus diversos autores, representa hoje a tendência mais forte para onde se inclinam os estudos do direito constitucional contemporâneo.

É importante ressaltarmos, outrossim, não constituir nosso objetivo nesse trabalho, a realização de uma investigação acurada acerca do pensamento sistemático do direito. A rápida incursão teórica sobre o tema, no item anterior, destina-se exclusivamente a uma reflexão sobre a Constituição enquanto sistema normativo. Para os fins a que nos propomos, incorporamos como válida a idéia fundamental de que o Direito compreende um sistema dotado de “unidade e de coerência”, composto de normas jurídicas (gênero) das quais são espécies:

¹⁰⁵ Sobre o alcance da expressão “pós-positivismo” e as perspectivas da racionalidade jurídica contemporânea *vide* CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação - uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

princípios e normas.

Desse modo, malgrado possa parecer que essa noção de sistema jurídico representa apenas um conteúdo semântico tradicional, o certo é que ela se presta perfeitamente para demonstrar a localização dos princípios jurídicos no universo da Constituição, de molde a enfatizar a sua força normativa e vinculante, determinante de efeitos nas relações hierárquicas do ordenamento jurídico e nas condutas por eles normadas.

A maior contribuição sob esse aspecto foi apresentada pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, professor de Filosofia Jurídica na Universidade de Oxford e professor de Direito na Universidade de Nova York que, em seus escritos, recolhidos sob o título *Taking Rights Seriously*,¹⁰⁶ desferiu sérios ataques ao positivismo jurídico, utilizando-se como alvo a teoria de Hart.

Dworkin ressaltou que o positivismo jurídico está fundamentado em três princípios básicos, assim formulados: a) o direito de uma determinada comunidade constitui um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente por esta comunidade com o objetivo de determinar quais as condutas são passíveis de punição e o comportamento coagido pelo poder público, regras válidas ou não de acordo com critérios específicos estabelecidos e que não se reportam ao seu conteúdo; b) esse conjunto de regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de forma que se o caso (situação fática) não estiver claramente abrangido por uma dessas regras, ocorrerá que o caso não poderá ser decidido mediante “a aplicação do direito” e deverá ser decidido por alguma autoridade pública, exercendo uma espécie de “discernimento pessoal”; c) afirmar que alguém tem uma “obrigação jurídica” significa que existe uma regra jurídica válida que recai sobre sua situação, estabelecendo ou exigindo que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa.¹⁰⁷

Para Dworkin, a insuficiência do modelo lógico-formal do positivismo jurídico revela-se justamente na dificuldade de decisão dos casos problemáticos (*hard cases*), em que os juízes são obrigados a utilizar seu “discernimento pessoal” (poder discricionário), justamente por que os positivistas não distinguem regras de

¹⁰⁶ Título da obra publicada originalmente na língua inglesa, em 1977, pela *Harvard University Press*, que utilizamos neste trabalho na versão traduzida para o português: “Levando os direitos a sério”, por Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

princípios.

Assim, objetivando assegurar a realização dos valores próprios do que ele denominou de teoria liberal do direito (*liberal theory of law*), Dworkin propõe um modelo de aplicação dos princípios, através de balanceamento de valores e interesses, ou seja, dimensão de peso ou de importância, defendendo a força normativa das decisões judiciais baseadas em argumentos de princípios, por entender que estas são plenamente compatíveis com os princípios democráticos.

Traço marcante no pensamento de Dworkin, portanto, é a necessária distinção entre regras e princípios, consoante, podemos inferir das reflexões, transcritas de forma sucinta a seguir:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm. - a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. (...) As regras não têm essa dimensão. (...) Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras.¹⁰⁸

Deflui dessas reflexões de Dworkin, portanto, a seguinte conclusão: as regras são normas concretas já determinadas para serem aplicadas pelo critério do tudo ou nada (*all or nothing*), enquanto que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação de sua dimensão de peso ou importância para serem aplicados.

A teoria de Dworkin foi pacificamente recepcionada por Jürgen Habermas, que assim sintetizou o seu pensamento:

A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin, pode ser entendida como a tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. (...)

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 27 et seq.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 42 et seq.

O modelo de Dworkin tem precisamente esse sentido: trata-se de um direito positivo, composto de regras e princípios, que assegura, através de uma jurisprudência discursiva, a integridade de condições de reconhecimento que garantem a cada parceiro do direito igual respeito e consideração. (...).¹⁰⁹

Desse modo, podemos inferir que Dworkin contesta a pseudo-neutralidade do positivismo jurídico e a idéia de legitimação do direito, através de simples exame da validade formal do procedimento que o normatiza, ou seja, nega que o direito possa ser reduzido apenas a um sistema jurídico autônomo fechado.¹¹⁰

Com o constitucionalista alemão Robert Alexy, a teoria dos princípios se aperfeiçoou ainda mais, lançando reflexos para a construção de uma dogmática principialista, sobretudo, no campo do Direito Constitucional. Alexy propugna essencialmente a mesma distinção entre regras e princípios de Dworkin, conjugando-as como espécies do gênero normas, posto que, segundo ele, são ambas formuladas a partir de modais deônticos fundamentais como: mandamento, permissão e proibição.¹¹¹

Todavia, segundo ele, entre regras e princípios existe não só uma diferença relativamente ao grau, mas também no que concerne à qualidade, entendendo que os princípios são “mandados de otimização”, cuja característica principal consiste na possibilidade de serem cumpridos em graus distintos, proporcionalmente às condições fático-jurídicas existentes. Por seu turno, as regras, ao revés, contém ordens peremptórias que devem ser cumpridas sem admitir graduação.¹¹²

Assim, em outras palavras podemos concluir que, pelo critério gradualista-qualitativo de Alexy, as regras descrevem uma situação jurídica tipificada, vinculando fatos hipotéticos dentro de um denominador comum e, preenchidos os pressupostos por ela descritos, exigem, proíbem ou permitem determinada conduta em termos definitivos, enquanto que os princípios, por sua vez,

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Vol. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 252-260.

¹¹⁰ Cf. HABERMAS, op. cit., p. 257.

¹¹¹ *Apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 248 et seq.

¹¹² *Apud* FARIAS, op. cit., p. 30.

expressam um valor ou uma diretriz, sem se ocuparem em descrever uma situação jurídica particular, exigindo, todavia, dentro da reserva do possível, a realização de algo.

Nesse contexto, forçoso é reconhecer que os princípios possuem maior grau de abstração, irradiando-se por todos os elementos constitutivos do sistema, informando a compreensão de suas regras, enfim, dotando-o de unidade e coerência. Chegando-se a este patamar de entendimento, fixada em linhas básicas a questão da normatividade dos princípios, primordial à compreensão do Direito como sistema geral de normas que abrange regras e princípios, não há como discrepar da idéia fundamental de que também a Constituição representa um sistema de regras e princípios.

É nesse sentido que ressoam os argumentos do constitucionalista português Canotilho, ao evidenciar que tanto as regras quanto os princípios constituem elementos dotados de caráter de fundamentalidade no sistema jurídico constitucional:

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa - legalismo - do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um “sistema de segurança”, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional.¹¹³

Na doutrina constitucional lusitana, esse posicionamento também é defendido por Jorge Miranda que, tratando da estrutura das normas constitucionais, com muita propriedade defendeu a seguinte posição que

o Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito Positivo); também eles - numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, liberalistas e

¹¹³ Cf. CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 168 et seq.

absolutizantes das fontes legais - fazem parte do complexo ordenamental. (...) ¹¹⁴

Verifica-se, em conclusão, que a doutrina não teve o receio em reconhecer que, de modo semelhante ao restante do ordenamento jurídico, toda Constituição é composta por um sistema de normas. Registre-se aqui, portanto, que se trata de uma unidade sistêmica dotada de imperatividade em toda sua extensão, ou seja, um todo congruente de prescrições normativas, que pressupõe uma relação de natureza *interaxiológica*¹¹⁵ que reside na dualidade temática de princípios e regras.

2.3 As funções dos princípios jurídicos

Adotando o esquema classificatório traçado por Espíndola, verificamos que os princípios desempenham três funções relevantes na ordem jurídica, como corolário da afirmação de sua própria normatividade, tais sejam: a função fundamentadora, a função interpretativa e a função supletiva.¹¹⁶

Através da função fundamentadora os princípios ostentam a condição de fundamento validade da ordem jurídica, constituindo fontes ou núcleos de irradiação normativa de natureza fundante e operando eficácia derogatória e diretiva sobre todas as normas contrastantes. Por intermédio da função interpretativa os princípios servem para orientar o trabalho de interpretação, constituindo “verdadeiros vetores de sentido jurídico às demais normas, em face dos fatos e atos que exijam compreensão normativa”.

Finalmente, através da função supletiva os princípios se prestam à tarefa de suplementar eventuais lacunas existentes na ordem jurídica ou “ausências de

¹¹⁴ Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II. 3. ed. Coimbra Editora, 1996, p. 223 et seq.

¹¹⁵ Expressão utilizada por BRITO, Carlos Ayres. *Estudos constitucionais - XIX Congresso brasileiro de direito constitucional - 10 anos de constituição: uma análise*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 23 et seq., quando, versando sobre a diversas formas de interpretação constitucional, afirma que as normas que veiculam princípios servem de roteiro para a exegese das normas que veiculam preceitos ou simples comandos pontuais, havendo, sob o influxo de critérios axiológicos ou valorativos, uma interpretação contextual que vê a realidade de cada norma da Constituição.

¹¹⁶ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 67 et seq.

sentido regulador”, detectáveis em regras jurídicas ou mesmo em princípios de maior grau de densidade e abstração normativas.

Perfilhando por modelo esquemático mais sintético, porém não menos elucidativo, Farias atribui aos princípios o desempenho de duas funções normativas básicas: a) *função hermenêutica*, ressaltando sua utilidade como “cânone hermenêutico” para as demais disposições normativas e critério orientador de sua própria aplicação, bem como de atuarem na solução de conflito ou colisão de normas, mediante processo de ponderação de interesses ou proporcionalidade, onde se investigará a sua importância ou peso específico; b) função regulativa, atuando no processo de integração do Direito, ou seja, no processo de colmatação de lacunas, como normas primárias de conduta.¹¹⁷

O reconhecimento dessas funções normativas dos princípios constitucionais, sem dúvida, representa um resgate do prestígio da dimensão axiológica da própria Constituição, que passa a ser, em toda a sua plenitude e substancialidade, o fundamento hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.¹¹⁸

2.4 A supremacia da Constituição e a sua força normativa

A Constituição não representa uma mera expressão de desejos, anseios e propósitos. Ela consubstancia o ideário de uma dada sociedade, convertendo suas aspirações em regras impositivas, comandos normativos, enfim, consagrando preceitos obrigatórios de conduta e organização do poder e dos cidadãos.

As diversas facetas que assume uma Constituição, plasmando-se por vertentes de cunho sociológico, político ou jurídico atestam a sua dificuldade conceitual, reconhecida expressamente por Bulos ao afirmar que “ainda continuam os constitucionalistas à procura de uma noção uniforme de Constituição”.¹¹⁹

Neste mesmo sentido, pondera Canotilho que não há, na literatura

¹¹⁷ FARIAS, op. cit., p. 49 et seq.

¹¹⁸ Cf. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 236 et seq.

¹¹⁹ Cf. BULOS, Uadi Lamêgo. *Mutação constitucional*. o Paulo: Saraiva, 1997. p. 4.

juspublicística, um conceito único de Constituição ou mesmo capaz de ser considerado como dominante, posto que existem discrepâncias doutrinárias das mais diversas ordens, assim relacionadas: a) decorrentes das próprias concepções de direito (concepções positivistas, decisionistas, materiais, normativas); b) relativas às funções e estrutura da Constituição (“constituições garantia”, “constituições programa”, “constituições processuais”, “constituições dirigentes”); c) quanto ao grau de abertura ou o caráter fechado dos documentos constitucionais, aludindo a “constituições ideológicas” e a “constituições neutras”; d) quanto ao modo de manifestação constituinte (compromissárias, consensuais ou pactuadas) e, finalmente, aquelas que se reportam às diretrizes ideológicas que dominaram a elaboração do texto constitucional (constituições socialistas, social-democratas e liberais).¹²⁰

Para o nosso desiderato, não colhemos o ensejo para examinar a diversidade tipológica da Constituição, vez que não possui conexão temática com o estudo que desenvolvemos nesta dissertação, todavia, torna-se mister, agora, expendermos algumas reflexões sobre a problemática da supremacia constitucional por constituir idéia correlata a de sua normatividade imperante.¹²¹

A esse propósito, Barcellos ressalta que, a partir da segunda metade do século XX, na Europa continental e de forma progressiva nos demais países de influência romano-germânica, consolidou-se a concepção de que as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de superioridade hierárquica.¹²²

Observa-se, com Diniz, que a idéia de supremacia constitucional acompanhou a própria evolução semântica do termo Constituição, estando presente na base das reflexões concernentes à legitimidade do poder político, destacando-se dentre elas: a premissa da existência de determinados valores fundamentais e superiores às vontades dos exercentes do poder e a necessidade da preservação destes valores, através de determinadas estruturas normativas de dignidade hierárquica superior, visando impor limites de natureza material ao exercício do

¹²⁰ Cf. CANOTILHO, op. cit., p. 76 et seq.

¹²¹ Para um exame detalhado das variadas teorias e posições doutrinárias acerca da classificação das constituições sugerimos também serem consultados: MIRANDA, op. cit. e TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

¹²² BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 14.

poder e estabilizar o regramento da convivência política.¹²³

Com efeito, a supremacia constitucional decorre da mútua implicação entre o Direito e a Política e da consagração do pensamento racional-liberal da Constituição, no qual se lhe incumbe o papel de legitimadora do poder político.

Denotando invulgar capacidade, Nelson Saldanha traça os diferentes contextos do panorama histórico da formação da teoria constitucional, declinando sobre a longa trajetória do pensamento ocidental que:

A incorporação, ao pensamento político e jurídico contemporâneo, da idéia de uma supremacia da constituição em face das normas ditas ordinárias, antecedeu de perto à gênese do conceito contemporâneo de ordenamento. Este conceito corresponde, na linguagem jurídica atual, a uma imagem conjunta das vigências jurídicas dadas num determinado âmbito de soberania nacional (estatal). Corresponde ao mesmo tempo - mais talvez que as noções de “sistema” e de “estrutura” - a uma imagem dinâmica, onde a produção e a aplicação do direito positivo (como norma principalmente porém não exclusivamente) se entendem em interação constante. (...)¹²⁴

Vista sob essa perspectiva, a questão da supremacia constitucional radica na existência de um ordenamento, uma unidade sistêmica do tipo hierarquizado que, do ponto de vista lógico, erige a Constituição a um plano superior relativamente às demais normas jurídicas, porque regula o processo de sua formação, tanto no aspecto formal (lógico-jurídico), quanto no material (jurídico-positivo).¹²⁵

Com efeito, não aderimos aos postulados formalistas da chamada escola do “normativismo jurídico”, por entender, como afirma Maria Helena Diniz, que o direito deve ser concebido numa visão dinâmica, como uma realidade extremamente cambiante que acompanha as relações humanas e que, portanto, modifica-se para adaptar-se às novas exigências da vida.¹²⁶ Não obstante, tal fato, torna-se irrefutável a idéia de que a existência de um ordenamento jurídico, aqui compreendido como um escalonamento normativo dotado de unidade e coerência, deverá ter como

¹²³ DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998. p. 97.

¹²⁴ SALDANHA, Nelson. *A formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.146.

¹²⁵ A concepção jurídica da Constituição, levada ao extremo na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, expressa esses dois sentidos, relativamente ao conceito de Constituição.

¹²⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. *A norma constitucional e seus efeitos*, São Paulo: Saraiva, 1989. p. 19.

pressuposto fundamental a supremacia da Constituição em relação às demais normas dessa ordenação.

Consoante registra Barroso, a supremacia constitucional traduz-se, em nível dogmático e positivo, a idéia de que a Constituição representa a *normae normarum (lei das leis)*, provida de superlegalidade formal e material, respectivamente, por identificar a Constituição como fonte primária da produção normativa, que estabelece competências e procedimentos necessários à elaboração de atos normativos infraconstitucionais dotados de validade e ao confrontar o conteúdo de toda a atividade legiferante estatal com os princípios e regras insculpidos na Constituição.¹²⁷

Deste modo, a maior objeção que pode ser levantada contra a concepção jurídico-positiva da Constituição, principalmente nos quadrantes da teoria kelseniana (teoria pura do direito), é o excesso de formalismo que reduz a sua validade a uma categoria puramente formal do pensamento, ou seja, realiza uma explicação de caráter idealista da validade da norma, recorrendo a uma visão sistêmica e hierarquizada do direito que despreza seus conteúdos ético-valorativos.¹²⁸

É inexorável, porém, a conclusão que haurimos de Ayres de Brito no sentido de que, se trabalharmos o Direito como um modelo hierarquizado de unidade jurídica, construído sob os pilares dogmáticos da rigidez formal e da superioridade da Constituição, haveremos de aceitar, conseqüentemente, o fato de que a “Constituição não faria do Direito em geral um conjunto, um todo congruente de prescrições, se, antes, um todo congruente de prescrições ela não fosse”.¹²⁹

Em posição antagônica à concepção jurídico-positiva da Constituição, coloca-se a escola sociológica para quem a origem da ordem constitucional positiva deve ser perquirida na própria realidade social, posto que as Constituições não são simples artefatos da razão, uma invenção cerebrina deduzida logicamente de certos conceitos teóricos, ao contrário, são resultantes de longas e lentas transformações históricas, dos anseios e dos sentimentos coletivos e dos valores preponderantes,

¹²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 161.

¹²⁸ Este fato foi ressaltado por FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 179.

¹²⁹ BRITO, op. cit., p. 21.

identificados em determinado momento e em determinado lugar.

Sob essa perspectiva de natureza sociológica, Lassalle põe em evidência que a Constituição nada mais representa que a soma dos fatores reais de poder que regem em um país, de forma que se a constituição escrita (constituição jurídica) não corresponder à *real*, que ele afirma originar-se das autênticas forças vitais do país, forçosamente ela sucumbirá, por representar uma mera folha de papel.¹³⁰

Afora os exageros de um certo sociologismo jurídico, ao operar um verdadeiro reducionismo da Constituição a simples condição de fato social, não se pode obscurecer o grande mérito alcançado pela corrente sociológica do direito de despertar a atenção dos juristas para a necessária relação existente entre o Direito e a realidade social subjacente, bem como por demonstrar que a idéia de Constituição apresenta profundas implicações com o pensamento político dominante e os acontecimentos históricos que exprimem a tensão cognoscitiva dos fatos sociais.¹³¹

Dentre os autores nacionais, Barroso, demonstrando profunda preocupação com a denominada *síndrome de inefetividade*¹³² constitucional, procura visualizar as possibilidades e limites da ordem constitucional positiva, dentro de uma opção metodológica que, embora essencialmente jurídica, busca superar as concepções unilaterais que, ora conduzem ao dogmatismo formalista do mito da neutralidade e pureza dos modelos jurídicos positivados, ora nos remete a um “sociologismo” inseqüente e desvairado, que reduz o direito apenas a seu suposto fático.

Assim, integrando uma nova plêiade de juristas brasileiros, comprometida com a formulação dos fundamentos de uma dogmática constitucional de praxis transformadora, preocupada em assegurar a plena efetividade das normas constitucionais, revela-nos Barroso a influência benéfica de Konrad Hesse, ao averbar que:

¹³⁰ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma constituição política*, São Paulo: Global Editora, 1987. 57p.

¹³¹ Ver nesse sentido TEIXEIRA, Meirelles J. H. *Curso de direito constitucional*, p. 52 e DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, p. 14.

¹³² Esta expressão é encontrada em MORAES, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 162, ao discorrer que o mandato de injunção tem por finalidade combater a inefetividade das normas constitucionais.

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do Direito Constitucional, como forma de atuação social.¹³³

Realmente, existe uma tensão permanente entre a norma e a realidade social, razão pela qual à guisa de positivação das estruturas normativas num texto constitucional, como forma de assegurar condições de estabilidade às relações de vida em uma sociedade política, não se pode transformar o direito em esquemas áridos, inertes e auto-imunes aos impactos dos novos fatos e da repercussão de valores emergentes de uma sociedade em processo dinâmico de transformação, ou melhor, dizendo, na singela erudição de Miguel Reale:

A dialeticidade dos modelos jurídicos processa-se sincrônica e diacronicamente com a da experiência social de que participam e da qual são momentos essenciais. O que se disse, portanto sobre o direito, quanto à sua gênese, pode-se repetir no concernente à sua validade, pois nenhuma norma jurídica vale como tal inseparável dos valores e dos fatos que compõem a estrutura ético social de cada época e lugar.

Konrad Hesse, em notável trabalho denominado *A força normativa da Constituição*,¹³⁴ sintetiza perfeitamente a tensão existente entre norma constitucional e a realidade, contrapondo-se às reflexões de Lassalle, por entender que no embate entre a constituição jurídica (escrita) e a constituição real (soma dos fatores reais de poder) nem sempre se verifica a negação da força normativa da constituição jurídica.

Assim, para Hesse a pretensão de eficácia da Constituição implica num condicionamento mútuo entre as suas funções normativas a serem desempenhadas e as condições históricas de sua realização, quando assim evidencia:

¹³³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 1.

¹³⁴ Tradução do título original “Die normative Kraft der Verfassung” que nos utilizamos nesta dissertação, na versão em português de Gilmar Ferreira Mendes.

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.¹³⁵

Hesse esclarece que também a constituição jurídica poderá converter-se numa força ativa, se existir a disposição de orientar a própria conduta de acordo com a ordem nela estabelecida e se houver *vontade* de concretizar essa ordem por parte da consciência geral, em particular e da consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional. Desta forma, ele assevera que o fortalecimento da força normativa da Constituição tem como pressuposto fundamental a vontade de Constituição, pois:

Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana.¹³⁶

A noção de força normativa da constituição na concepção de Hesse, expressa substancialmente uma congruência entre a normatividade constitucional e a factibilidade política, permitindo-nos afirmar a normatividade dos princípios e regras constitucionais, que já não podem ser encarados meramente como exortações filosóficas ou diretivas de intenções políticas, deixadas ao talante discricionário de concretização do legislador, mas como normas dotadas de eficácia jurídica.

¹³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991. p. 15.

¹³⁶ *Ibid.*, p.19 et seq.

Discorrendo sobre a teoria da constituição de Hesse, Jorge Miranda assinala que o fato da Constituição estar aberta ao tempo, não significa uma dissolução ou diminuição de sua força normativa, posto que ela também estabelece o que não deve ficar em aberto, delineando os fundamentos da ordem da comunidade, fixando a estrutura do Estado e determinando os processos de decisão das questões deixadas em aberto.¹³⁷

Contudo, é da doutrina de Canotilho que extraímos o melhor referencial teórico para a abordagem que faremos sobre o princípio da função social da propriedade, sobretudo, por sublinhar a força normativa da Constituição, agregando-a ao conceito de Constituição como programa normativo conformador, unidade sistêmica dotada de preeminência normativa em relação às demais normas da ordem jurídica e teleologia constitucional, impondo-se normativamente diante da constatação de eventuais realidades inconstitucionais, quer por ação ou omissão atentatórias à sua eficácia.¹³⁸

Malgrado possa parecer extremamente sintética a abordagem em torno das concepções aqui expostas, o certo é que o nosso escopo foi, fundamentalmente, evidenciar a idéia de princípios como normas jurídicas e enfatizar a força normativa e vinculante dos princípios inseridos como normas da Constituição.

Desta forma, em conclusão neste ponto, reafirmamos que: se as normas constitucionais são normas jurídicas e, se este é um axioma sobre o qual não transige a doutrina contemporânea, os princípios constitucionais são espécies do gênero norma, não havendo como não compartilhar com elas de sua força normativa essencial, possuindo, portanto, eficácia jurídica.

¹³⁷ MIRANDA, op. cit., p. 59.

¹³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 119.

CAPÍTULO III

3 A FORMULAÇÃO DA TEORIA DA FUNÇÃO SOCIAL E UMA BREVE HISTÓRIA DA PROPRIEDADE NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 A fundamentação teórica do princípio da função social da propriedade

Preliminarmente, releva ressaltarmos que o princípio da função social da propriedade, embora somente tenha sido adotado pelo ordenamento jurídico em tempos mais recentes, já ocupava há muito tempo as preocupações de diversos pensadores, posto que a discussão sobre o tema remonta à doutrina filosófica cristã, notadamente através de Santo Tomás de Aquino.¹³⁹

A doutrina de São Tomás que influenciou as mais importantes encíclicas papais, tais como a *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno* e *Mater et Magister*, negou que a natureza tenha estabelecido alguma imposição relativamente à divisão e distinção das propriedades, contudo, reputava ser um direito natural a obtenção pelo homem dos bens necessários à própria subsistência, sem que isso representasse, contudo, uma privação dos outros entes humanos a igual direito.

A esse propósito, Radbruch é enfático ao afirmar que já na encíclica papal *Quadragesimo Anno* existia uma teoria social da propriedade que distinguia o direito de propriedade do uso da propriedade, referindo-se o primeiro ao interesse individual e o segundo ao seu aspecto social, portanto, voltado exclusivamente para

¹³⁹ GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.).

o interesse da coletividade, de modo que, na doutrina da Encíclica, o direito natural individualístico se harmonizava com uma doutrina de ética social, concernente ao mau uso da propriedade.¹⁴⁰

O que se observa é que a noção de função social da propriedade tem sua gênese na evolução conceitual da propriedade, ocorrida sob o influxo das diversas circunstâncias de ordem política, econômica, filosófica e ideológica de cada momento histórico, contudo, esta noção somente começa a se esboçar mais claramente a partir de meados do século XIX, como uma reação contra os excessos da concepção abstrata e individualista de propriedade, que se prestava à consecução de um direito absoluto, cujo exercício servia unicamente ao interesse egoístico do indivíduo proprietário.

Cumpra-nos assim, neste ponto, examinar os pensamentos mais expressivos e que mais contribuíram para a elaboração da teoria da função social da propriedade.

Inicialmente, foram os postulados filosóficos do positivismo de Auguste Comte que puseram em relevo a idéia da propriedade como uma função social e estabeleceram as bases sobre as quais haveria de se edificar essa teoria, em contraposição à concepção da propriedade como um direito individual e natural.¹⁴¹ Comte defende uma noção do direito fundada na idéia de dever, estabelecendo atribuições a cada cidadão, das quais decorrem deveres indeclináveis para com a sociedade:

A regeneração decisiva consistirá sobretudo em substituir sempre os direitos pelos deveres, para melhor subordinar a personalidade à socialidade. Só pôde haver verdadeiros direitos na medida em que os poderes emanavam de vontades sobrenaturais. Para lutar contra essa autoridade teocrática, a metafísica dos cinco últimos séculos introduziu pretensos direitos que só comportavam um papel negativo; quando se tentou dar a eles verdadeiro sentido orgânico, depressa manifestaram tais direitos a sua natureza anti-social pela tendência a consagrar sempre a individualidade. Todos têm deveres para com todos, mas ninguém tem direito algum propriamente dito. Ninguém possui outro direito que não seja o de

Problemas de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 397.

¹⁴⁰ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado 1979. p. 278 et seq.

¹⁴¹ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 93.

cumprir sempre o seu dever.¹⁴²

Duguit, partindo dessa perspectiva, enfatiza que a propriedade não é um direito, mas a própria coisa, desse modo, não há como se sustentar a existência de um direito subjetivo do proprietário em relação a terceiros, no que diz respeito à coisa, mas apenas encontra-se numa situação de direito objetivo, disciplinada pela regra social que veda as interferências prejudiciais de terceiros, relativamente ao uso e gozo do bem, sempre de acordo com a sua finalidade própria.¹⁴³

A tese exposta por Duguit nega a existência do direito subjetivo de propriedade, por considerar a propriedade um instituto jurídico que se constituiu para responder a determinadas necessidades de natureza econômica, devendo ser compreendida como uma contingência, resultante da evolução social. Assim, o que era antes um direito do indivíduo abrigado no conceito de propriedade individual, acaba se transformando em uma função social. Com isso, ele afirma ser a propriedade não o direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza, a ser desempenhada em virtude da situação particular em que se encontra.¹⁴⁴

Inobstante o grande sucesso alcançado por Duguit, sua teoria recebeu severas críticas por parte de juristas eminentes, sobretudo, pelo acentuado caráter sociológico do qual se revestiram suas proposições, geralmente vazadas na idéia de que o direito é fundado na solidariedade ou interdependência social que abrangem toda a humanidade.

Nessa linha crítica coloca-se Dabin para quem o direito não se torna função social pelo simples fato de ser condicionado ou limitado à realização do interesse da coletividade. Sob tal perspectiva, o temperamento ou condicionamento do seu exercício, não impõe mudanças na natureza ou função do direito, que, segundo ele permanece ao serviço do respectivo titular.

Essa crítica também se manifesta com igual teor nas palavras de Costa:

¹⁴² *Apud* DUGUIT, Léon. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Ícone, 1996. p. 28.

¹⁴³ COSTA, Moacir Lobo da. A propriedade na doutrina de Duguit. In: *Revista Forense*, vol. 153, ano 51, maio/jun. 1954, p. 32.

¹⁴⁴ DUGUIT, op. cit. p. 29.

O erro de Duguit foi de pretender abolir a noção de direito de propriedade. A propriedade, por certo, é a coisa possuída, mas o proprietário que a possui tem o direito, oponível a todos, de possuí-la como exclusividade. A função social da propriedade não exclui o direito do proprietário, apenas limita o emprego da propriedade, tendo em vista o interesse geral.¹⁴⁵

Reconhecendo a procedência de algumas objeções à doutrina de Duguit, Santa Maria verbera que ele incidiu num certo equívoco de entendimento, vez que não é exatamente o direito de propriedade uma função social, mas o seu exercício pelo titular é que sofre o condicionamento de cumprir a determinada “missão social”, que se lhe atribui a ordem jurídica.¹⁴⁶

Embora críticas tenham sido opostas à concepção de Duguit acerca da propriedade-função e da negação do direito subjetivo de propriedade, não se pode olvidar que sua doutrina concorreu para as reações coletivistas e socialistas que eclodiram em diversas partes do mundo, projetando importantes reflexos na órbita jurídica e sedimentando o primado social na marcha evolutiva do direito de propriedade. Assim, quando tratarmos da formulação da teoria da função social da propriedade, embora sem o afã exaustivo, não poderemos deixar de trazer à colação a vívida influência plasmada na doutrina social da igreja; as idéias positivistas de Comte propagadas por Duguit e as ideologias socialistas.

Os desvios causados pelo individualismo exacerbado começaram a provocar injustiças, de tal modo, que as reações a essa situação ensejaram o aparecimento de diversas doutrinas que identificaram na propriedade privada a fonte de todos os males.

No tocante ao assunto que aqui se desenvolve é expressiva a contribuição de Alves, quando trata sobre o fundamento jurídico do direito de propriedade nas teorias socialistas, aduzindo que essas doutrinas variam bastante em suas posições, que vão desde a afirmação de que a propriedade é um roubo, passando pela corrente que a justifica somente pela classe do proletariado, até a de que somente seria possível a apropriação das coisas produzidas pela própria ação

¹⁴⁵ COSTA, op. cit., p. 36.

¹⁴⁶ SANTA MARIA, José Serpa. O evoluer conceitual da propriedade e sua natureza jurídica. In: *Revista de Direito Civil*, n. 58, p. 72.

humana.¹⁴⁷

Alinhando-se numa das correntes do chamado pensamento socialista utópico, o teórico francês Proudhon, que sonhava com uma sociedade “mutualista”, contrapôs-se à concepção de propriedade como um direito natural, através de uma teoria negativista da propriedade na qual propõe que ela deveria ser extinta do ordenamento jurídico, como direito individual, por constituir um atentado contra o princípio da igualdade. Assim, em síntese, Proudhon proclama que “a propriedade é um roubo” e que o pauperismo, os crimes e as demais mazelas sociais, “têm tido como fonte geradora a desigualdade de condições, que é filha da propriedade, a qual nasceu do egoísmo, foi engendrada pelo interesse privado e descende em linha reta da autocracia da razão”.¹⁴⁸

Sobre a doutrina de Proudhon, Alves pondera que o argumento de que *a propriedade é um roubo* é falho e impossível perante o nosso ordenamento jurídico, se referente à propriedade imóvel. Ademais, esse argumento também não se justifica em se tratando de ocupação de coisa sem dono, posto que não haveria, nesse caso, de se falar em esbulho, usurpação e, muito menos, em roubo.¹⁴⁹

Paralelamente, desenvolve-se outra corrente de pensamento muito mais radical e de caráter revolucionário que se autodenomina de “socialismo científico”. Nesse Movimento, que lançou suas bases no Manifesto Comunista de 1848, Karl Marx e Friedrich Engels sistematizam no ideário comunista-socialista que a propriedade privada só existia para a burguesia, apontando nela a causa das injustiças sociais:

Horrorizai-nos porque queremos abolir a propriedade privada . Mas em vossa sociedade a propriedade privada está abolida para nove décimos de seus membros. E é precisamente porque não existe para estes nove décimos que ela existe para vós. Acusai-nos, portanto, de querer abolir uma forma de propriedade que só existe com a condição de privar a imensa maioria da sociedade de toda propriedade.¹⁵⁰

¹⁴⁷ ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 149 et seq.

¹⁴⁸ PROUDHON, P. J.. *Que é a propriedade?*, São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 9, 215.

¹⁴⁹ ALVES, op. cit., p. 150.

¹⁵⁰ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. 7. ed. São Paulo: Nova Stella, 1980. p. 29

Assim, Marx e Engels, entre outros traços, destacam que a concentração da propriedade privada dos meios de produção em mãos de apenas uma minoria na sociedade – capitalistas e proprietários de terras, constitui um arma coercitiva de manutenção da propriedade e uma ameaça à existência da sociedade, pelo agravamento constante da luta de classes.

Desse modo, dentre os aspectos fundamentais que afloram da Teoria Marxista podemos ressaltar a idéia de uma revolução proletária para abolir a propriedade privada, pondo fim na eterna luta de classes em que se tem caracterizado a história das sociedades humanas.¹⁵¹

Abstraindo-nos das polêmicas e dos exageros dessas concepções, eis aqui, muito resumidamente, alguns extratos dos principais pensamentos que contribuíram para a formulação da teoria da função social da propriedade, que somente alcançou sua consagração quando a Constituição de Weimar, erigiu a função social da propriedade à condição de princípio jurídico, declarando no seu art. 153: "A propriedade obriga. Seu uso deve ao mesmo tempo servir ao bem geral".¹⁵² A partir de então, diversos autores passaram a discutir e escrever sobre o tema, sempre levando em consideração às particularidades de seus próprios sistemas jurídicos, destacando-se dentre eles, a nosso ver, o italiano Rodotà, com sua obra "El Terribile Diritto".¹⁵³

Segundo este autor, a investigação sobre o alcance que se deve atribuir à *função social* encontra obstáculo, principalmente na contraditória utilização do conceito de função que, concebido como um temperamento do caráter absoluto de uma propriedade individualista, tem se convertido em uma fórmula defensiva do direito de propriedade tradicional, sustentando-se uma destinação social genérica, a qual não se faz freqüentemente acompanhar de qualquer medida legislativa efetiva.¹⁵⁴

et seq.

¹⁵¹ Cf. ENGELS, Friedrich. *Do socialismo utópico ao socialismo científico*. 9. ed. São Paulo: Global, 1988. p. 72-79.

¹⁵² Cf. BENDA, Ernst. Função da garantia da propriedade na constituição moderna. In: *Revista dos Tribunais - Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, p. 240.

¹⁵³ Nesta pesquisa utilizamos a versão traduzida do original para o espanhol por PICAZO, Luis Díez. *El Terrible Derecho*: estudos sobre la propiedad privada. Madrid: Civitas, 1986.

¹⁵⁴ RODOTÀ, op. cit. p. 218.

Nesse ponto, as idéias de Rodotà se nos afiguram conduzir ao reconhecimento de que a função social deve ser considerada como um componente da estrutura da propriedade e não como simples limitações exteriores, consoante defendem aquelas posições que insistem em manter a indiferença estrutural da propriedade relativamente às mudanças legislativas e sociais.¹⁵⁵

Com essa concepção, concorda inteiramente José Afonso da Silva afirmando que a função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade, posto que estes recaem simplesmente sobre o exercício, ao passo que a função social da propriedade, ao revés, interfere no conceito e na configuração de estrutura da propriedade, tal seja, seu conteúdo.¹⁵⁶ Acontece, porém, que neste ponto reside uma discussão absolutamente necessária para o objetivo de nossa investigação, trata-se de saber se a função social constitui elemento exterior ou interior à estrutura da relação jurídica de propriedade.

O tema é contemplado por Moraes que, consagrando a mesma posição de Rodotà, configura, a nosso ver, a melhor doutrina na espécie:

A primeira consideração que se faz, aqui, é acerca da problemática, colocada tempos atrás, sobre se a função social é algo exterior ou interior à estrutura da relação jurídica de propriedade, do direito de propriedade. Do quanto já exposto - e considerando que a noção de relação jurídica vai entendida como relação entre situações jurídicas subjetivas -, resolve-se a questão a favor da segunda hipótese, uma vez que os deveres, obrigações e ônus encontráveis na complexa situação jurídica de propriedade, por lógica, não podem ser considerados como elementos que estejam fora da estrutura do direito; muito pelo contrário, constituem, ou fazem parte do conteúdo do direito de propriedade.¹⁵⁷

Também não discrepamos dessa opinião comum entre os autores citados, por entendermos que o princípio da função social da propriedade alcança o conteúdo e a estrutura do direito subjetivo de propriedade, transformando-o numa *situação jurídica subjetiva complexa* que encerra faculdades, poderes, deveres jurídicos, obrigações, ônus, encargos e limitações, enfim, a única fórmula capaz de

¹⁵⁵ Ibid., p. 221.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 285.

¹⁵⁷ MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 125.

designar a multiplicidade fenomênica do direito de propriedade.

Obviamente que, em razão da pluralidade de estatutos proprietários, o conteúdo da função social da propriedade não haverá de ser o mesmo para todos os bens. Com efeito, ele se apresentará profundamente cambiante, de estatuto para estatuto, modelando-se ao arquétipo traçado pelos preceitos constitucionais, sempre em face das exigências sociais de cada época.

3.2 A propriedade nas constituições brasileiras

A inserção de um tópico nesta dissertação sobre o tratamento dispensado à propriedade no bojo das Constituições brasileiras, sem embargo de uma grande redução na proporção e perspectiva desta abordagem, tem a finalidade precípua de demonstrarmos o grau de absorção dos influxos do ideário político-filosófico na estrutura conceitual da propriedade, em períodos distintos da história constitucional pátria.

Nesse quadro geral, sem qualquer veleidade de esgotar o assunto, intentamos cotejar os perfis jurídicos da propriedade nos nossos diplomas constitucionais anteriores com o tratamento dispensado pela Constituição de 1988.

A Constituição política do Império do Brasil de 1824 foi outorgada pelo Príncipe Regente D. Pedro I, devido o choque entre o liberalismo humanista da Assembléia Constituinte de 1823 e o autoritarismo dinástico do Imperador, resultando numa série de conflitos que determinaram a dissolução da Assembléia.

Assevera Paulo Bonavides que a Carta Imperial, outorgada em 25 de março de 1824, com base em um projeto de estatuto político, elaborado por um Conselho de Estado criado pelo Imperador, como seria de esperar, tinha um enorme potencial de autoritarismo e irresponsabilidade, concentrado na esfera de arbítrio do Poder Moderador, inibindo o exercício regular dos poderes políticos. Segundo ele, esta Constituição, formulada por um ato de outorga, representava em decorrência dessas origens, bem como dos demais antecedentes e efeitos resultantes do ato autoritário de dissolução da Constituinte, “um gravíssimo estorvo à integridade do

Império”.¹⁵⁸

No que concerne ao direito de propriedade, a Carta Constitucional de 1824 o consagra como verdadeira pedra angular do regime político instituído, estabelecendo o voto censitário, como forma de restringir a participação política. Erigiu, portanto, a propriedade como um dos pilares de todo o sistema de direitos fundamentais e, garantindo a sua plenitude, nos seguintes termos:

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

XXII – É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da propriedade do Cidadão, será elle previamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos em que terá logar esta única excepção, e dará as regras para determinar a indemnisação.¹⁵⁹

Evidencia-se que a Constituição de 1824, verdadeira certidão de batismo do Estado Brasileiro, limitou-se a proteger o interesse dos grandes latifundiários, garantindo a propriedade privada em toda a sua plenitude, abandonando, inclusive, alguns delineamentos primitivos da função social da propriedade que os portugueses trouxeram através da legislação para a concessão de sesmarias.

Somente em 1850 surgiu uma lei formal sobre a propriedade fundiária, que foi a Lei n. 601, Lei de Terras, cujo objetivo primário era separar as terras públicas das privadas, mas que acabou servindo para ratificar as sesmarias com cultura efetiva e morada habitual, demonstrando uma preocupação do legislador de impor alguma forma de utilização forçada do imóvel.

O advento da Constituição Republicana de 1891 em nada modificou este quadro, posto que, ao invés de renovadora, foi estranhamente conservadora, em virtude de a primeira República manter praticamente inalterada a norma da Constituição do Império, ao prescrever no art. 72 *caput* e § 17: a inviolabilidade do

¹⁵⁸ BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília, Centro Gráfico do Senado, 1989. p. 109.

¹⁵⁹ Todas as referências feitas a dispositivos das Constituições brasileiras anteriores à Carta Constitucional de 1988, foram pesquisadas a partir de CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras* – edição comentada. Campinas: Bookseller, 2001.

direito de propriedade, para brasileiros e estrangeiros residentes no país, mantido em toda a sua plenitude, ressalvado o caso de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização.¹⁶⁰

Embora sem haver uma mudança substancial quanto ao tratamento dispensado à propriedade, impende ressaltarmos que, sob a vigência dessa Constituição foi promulgado o Código Civil de 1916, que permaneceu em vigor até 10 de janeiro de 2003, visto que finalmente passou a vigorar, após um ano de *vacatio legis*, o novo Código Civil instituído pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

O Código Civil brasileiro, promulgado em 1916 e cujo início de vigência foi postergado para 01/01/1917, teve inspiração de cunho liberal, fundado em grande parte no Código Civil Francês de 1804 e no Código Civil Alemão de 1896, configurando, destarte, uma codificação de base marcadamente romanista, elegendo a propriedade como um direito fundamental e, desta forma, como um dos pilares teóricos e estruturantes desse novo sistema jurídico implantado.

A Constituição de 1934, por seu turno, recolheu em seu bojo toda a evolução do Constitucionalismo europeu de após guerra. Nela se insere aquilo que os doutrinadores denominam de *sentido social do direito*.

Promulgada no período Getulista e fruto da Revolução Constitucionalista de 1932, trouxe uma nova dimensão à propriedade, posto que, ao lado de garantir o direito de propriedade, houve por bem vincular o seu exercício ao interesse social ou coletivo, quando assim dispunha estará assegurado a brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito de propriedade no art. 113, proibindo o seu exercício contrário ao interesse social ou coletivo no item 17 e possibilitando a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Outrossim, também anuiu que, em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes pudessem usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a

¹⁶⁰ Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, op. cit., p. 70 et seq.

indenização ulterior.¹⁶¹

Ela representa, a nosso ver um verdadeiro marco inicial para mudanças, vez que, ao contrário das Constituições anteriores (1824 e 1891), que insistiram na plenitude do direito de propriedade, ressalta que os interesses sociais e coletivos devem orientar o exercício desse direito.

Nesse sentido, expressa-se Moraes, acentuando que, pela primeira vez e de modo expresse, fez-se referência à atividade do proprietário, estatuindo-se a garantia do direito de propriedade, porém condicionando o seu exercício a um limite negativo de não poder ser exercido em contrariedade ao interesse social e coletivo, ou seja, trata-se de um direito de propriedade garantido, mas com o conteúdo e os limites que a lei determinasse.¹⁶²

A Constituição Republicana de 1934 assinalou o advento do Estado Social Brasileiro. Inspirada nos movimentos revolucionários de 1930 e 1932, ela inaugurou uma fase de renovação institucional do País, estabelecendo um constitucionalismo de cunho eminentemente social que trazia em seu texto, embrionariamente, alguns preceitos do chamado *Welfare State*, que viriam a se firmar ao término da segunda grande guerra mundial.

Esta Constituição, contudo, teve duração efêmera, posto fundar-se numa síntese antagônica, forjada através de princípios contraditórios colocados lado a lado, tais sejam: elementos do pensamento liberal e de uma tendência extremamente intervencionista de Estado, representando dois projetos políticos diversos e inconciliáveis interesses.¹⁶³

A história constitucional brasileira assinala a trajetória de um caminhar de constantes avanços e recuos. Assim, sobreveio a Carta outorgada em 1937, fruto do golpe de 10 de novembro de 1937, que serviu de esteio à implantação do *Estado Novo*.¹⁶⁴ Com a Constituição de 1937, a segunda do governo de Getúlio Vargas,

¹⁶¹ Op. cit., p.127;129.

¹⁶² MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a constituição federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 38.

¹⁶³ Segundo afirmam BONAVIDES e ANDRADE, op. cit., p. 320-321, foi assim que a Constituição de 1934 selou o seu curto destino.

¹⁶⁴ Designação atinente ao regime arbitrário que, desde o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, sujeitou a nação brasileira a uma ditadura pessoal de inspiração fascista e totalitária, segundo

seguramente elaborada sob a influência da Constituição da Polônia, o que permitiu que alguns críticos e analistas da época a denominassem, maliciosamente, de *Polaca*,¹⁶⁵ instituiu-se o Estado Novo que representou um retrocesso no tocante ao trato constitucional da propriedade, posto que omitiu qualquer expressão referente a sua função social, limitando-se a consagrar e garantir novamente o direito de propriedade, ao lado da liberdade e segurança individual, considerando-o fundamental ao homem no art. 122, item 14.¹⁶⁶

A citada omissão, quanto à vinculação da propriedade ao interesse social, na Carta Constitucional de 1937, não impediu que, premidos pelos processos dialéticos de mudanças sociais, fossem editados vários diplomas legais que permitissem uma intervenção do poder público na esfera do direito de propriedade, amenizando a sua estrutura rígida e absoluta veiculada pelo nosso Código Civil de 1916.

A Constituição Republicana de 1946 foi inspirada pelo movimento nacional de repúdio ao autoritarismo do Estado Novo, pretendendo a redemocratização do país, através de um “regime baseado no respeito aos direitos humanos e à liberdade individual”.¹⁶⁷

Desta forma, afirma-se que a Constituição de 1946 representou uma tentativa conciliadora dos princípios liberais legados pela Constituição de 1891 e dos sociais decorrentes da Constituição de 1934.¹⁶⁸ Não se limitou, todavia, a Lei Fundamental de 1946, a reproduzir as disposições das cartas constitucionais anteriores, posto que, segundo Maria Clara de Mello Motta, além de resgatar os direitos e garantias enunciados na Constituição da Segunda República e de ampliar o seu conteúdo material, deslocando os direitos fundamentais para um novo título dedicado à ordem econômica e social, cuidou de contemplar a função social da propriedade, superando os paradigmas da concepção liberal-individualista da propriedade e impondo limitações ao exercício desse direito, de cunho acentuadamente publicistas.

BONAVIDES e ANDRADE, op. cit., p. 349.

¹⁶⁵ Ibid., p. 339.

¹⁶⁶ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937, op. cit., p. 187 et seq.

¹⁶⁷ CUNHA, Fernando Whitaker da. *Direito político brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 48.

¹⁶⁸ MOTTA, Maria Clara Melo. *Conceito constitucional de propriedade – tradição ou mudança?* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997. p. 46.

Evidencia-se que a Constituição de 1946 retomou os parâmetros para o exercício do direito de propriedade, condicionando-o ao bem-estar social no seu art. 147, ou seja, seguindo inequivocamente a linha da função social da propriedade como condição para o exercício desse direito e estabelecendo que, ao lado da garantia de inviolabilidade do direito concernente à propriedade prevista no art. 141, havia a necessidade de se promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos, através do instituto da desapropriação para fins de necessidade ou utilidade pública ou por interesse social.¹⁶⁹

Todavia, impende reconhecer que, embora tendo perdurado, vigendo por quase vinte anos, a Constituição de 1946 não logrou o êxito esperado como instrumento de participação e mudança, posto que, apesar de fundada em uma ideologia de fundo essencialmente liberal, salvo honrosas exceções, não existia entre as lideranças políticas da época, um compromisso de tornar efetivos os seus princípios, preferindo-se trilhar pelo populismo irresponsável, ao invés de optar pela construção de uma democracia real, capaz de consolidar as instituições políticas, razão pela qual, as frágeis conquistas democráticas foram suplantadas pelas forças reacionárias que promoveram o golpe militar de 1964.¹⁷⁰

Costuma-se dizer que há sempre um jurista cumprindo a ingrata função de legalizar os caprichos continuístas daqueles que exercem o poder de forma autoritária. Assim, vitorioso o movimento de 1964, cuidou-se de promover sua pseudo-legitimação, de modo que no período de abril de 1964 a dezembro de 1966, registram-se a expedição de quatro atos institucionais e quinze emendas constitucionais que desfiguraram totalmente a Carta Constitucional de 1946 e impuseram a elaboração da Carta Constitucional de 1967.

Nascida sob os auspícios de uma excrescência que se convencionou denominar de “Poder Constituinte Congressual”, a Constituição de 1967 tornou-se mera formalidade, cujos lampejos de efetividade foram totalmente subtraídos pelos atos de força que se seguiram, emanados dos poderes excepcionais conferidos ao Presidente da República.

¹⁶⁹ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, op. cit., p. 242; 244; 246.

¹⁷⁰ Neste sentido, interessante a leitura de MORAES, João Quartim de.; COSTA, Wilma Peres.; OLIVEIRA, Eliezer Rizzo de. *A tutela militar - Grande Brasil veredas*. Vol. 3. São Paulo: Vértice, 1987. Os autores apoiados em sólida base historiográfica analisam a origem, evolução e

Paradoxalmente, foi a primeira Constituição a usar a expressão *função social* no seu texto, enquadrando-a como princípio da ordem econômica no inciso II, do art. 157; garantindo a propriedade no art. 150, ao lado de outros direitos considerados fundamentais e ressaltando a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, no § 22, do art. 150, e a possibilidade de ocupação temporária em caso de perigo iminente.¹⁷¹

Com a Emenda Constitucional n. 01/69, praticamente foi alterado todo o texto da Constituição de 1967, existindo, entretanto, fortes divergências doutrinárias no que concerne a sua classificação como uma nova Constituição.¹⁷²

Abstraindo-nos dessa discussão, releva considerar, contudo, que ela praticamente manteve inalterado o texto da Constituição de 1967, no art. 160, III, relativamente ao tratamento dispensado a essa matéria, motivo pelo qual não trataremos da análise de seus dispositivos.

A vigente Constituição de 1988, segundo José Afonso da Silva, no concernente ao direito de propriedade, adotou a tese consagrada no direito italiano, na qual a propriedade não constitui uma instituição única, de fluxo contínuo e ininterrupto na história jurídica, apresentando múltiplas formas de apropriação das coisas pelos homens, razão pela qual é mais acertado falar-se em propriedades. Assim, a Constituição estabeleceu a propriedade privada entre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, XXII), definindo-a como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, II) e estabeleceu a distinção entre propriedade urbana (art. 182, § 2º) e rural (art. 5º, XXVI e art. 184, 185 e 186) prescrevendo regimes jurídicos distintos, além de tratar de diversas outras manifestações da propriedade.¹⁷³

Realmente, o tratamento constitucional dispensado à propriedade reflete

conseqüências da tutela militar no Brasil.

¹⁷¹ Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, op. cit., p. 346; 348; 351.

¹⁷² Neste sentido, encontramos entre os autores nacionais BARROSO, Luis Roberto, op. p. 37, que afirma que a Emenda Constitucional n. 1/69 reformou amplamente o texto anterior, sendo materialmente uma nova Constituição, referindo-se, portanto, a uma Carta de 1969, outrossim, também SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 43, ao estabelecer uma classificação das constituições, enquadra a Emenda Constitucional de 1969 como uma espécie de Constituição do tipo outorgado.

¹⁷³ SILVA, José, op. cit., p. 277. A esse respeito, ver também GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: um analisis histórico*. Madrid: Civitas, 1992 e o sugestivo artigo de VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 730-762.

que ela representa o conjunto de todos os bens patrimoniais, de modo que cada modelo proprietário, integrante desta vasta tipologia, poderá estar sujeito a um disciplinamento específico, conforme se pronuncia Tepedino:

De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina, não seria nem oportuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata. Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.¹⁷⁴

Acontece que a atual Constituição garante direito de propriedade (art. 5º, XXII) e consigna que ela atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII), elevando este princípio ao mesmo status da garantia da propriedade, isto é, à condição de direito fundamental.

Assim, a problemática que emerge agora é de analisarmos a incidência do princípio da função social como paradigma conceitual ordenador da propriedade no direito brasileiro. A análise do princípio da função social da propriedade urbana na Constituição de 1988 e de suas repercussões na estrutura conceitual da propriedade constitui um dos objetivos temáticos desta pesquisa, que será desenvolvido no capítulo seguinte.

3.3 A sistemática da propriedade no código civil de 1916

Conforme já afirmamos, ao tratarmos sobre a propriedade no ciclo das grandes codificações do direito, o Código Civil brasileiro de 1916 seguiu a tradição desencadeada pelo Código de Napoleão que entrou em vigor na França em 1804. Esse Código, forjado pelos ideais e pelas forças políticas que interagiram na vitoriosa Revolução Francesa, consagrava as conquistas do Estado Liberal burguês e propugnava romper com todas as amarras do regime absolutista, eliminando qualquer resquício de insegurança ou dispersão do direito medievo.

¹⁷⁴ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: Direito. Carlos A. Menezes (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 320.

Assim, com suas raízes profundamente plantadas no racionalismo-individualista, tônica maior do liberalismo político econômico emergente, o sistema jurídico codificado induz à lógica, à generalização e à abstração, apegando-se a uma orientação filosófica que exalta o papel da razão em detrimento da experiência e emprega o método dedutivo de investigação, com a exclusão de quaisquer outros elementos empíricos que possam ser obtidos por meio de indução.¹⁷⁵

Sem dúvida, o liberalismo da época funda-se na auto-suficiência e no hermetismo sistemático do Direito, apregoando a neutralidade de seus preceitos e consagrando uma igualdade apenas formal, fundada na abstração do conceito de pessoa como sujeito de direito.

Evitando repetições desnecessárias, em virtude de já havermos tratado dessas linhas gerais em outra parte da dissertação, convém apenas reforçar que esse modelo, que forneceu os fundamentos basilares das codificações do século XIX, serviu de inspiração formal e material para o Código Civil de 1916.

Acontece, porém, que o legislador ao elaborar o Código Civil brasileiro de 1916, anacronicamente, tomou como referência o arcabouço político-filosófico do Liberalismo Clássico que já se encontrava sob impacto contraditório de movimentos sociais que clamavam pela ruptura do modelo socioeconômico implantado. Não obstante, laborando na contramão da história, foi instituído o nosso primeiro Código Civil que, entronizando princípios da codificação clássica oitocentista, representava um conjunto de normas unitárias e coerentemente sistematizadas, destinado a regular situações abstrativamente consideradas, sob o pressuposto formal da igualdade de todos perante a lei.¹⁷⁶

Sob o influxo do iluminismo, projeta-se neste sistema jurídico a imagem de que a apropriação dos bens é o sinônimo da própria realização e felicidade do homem enquanto sujeito de direito, assim, a mais alta exteriorização da personalidade do indivíduo haveria de corresponder ao gozo absoluto da

¹⁷⁵ Cf. RAMOS, Carmen Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 12.

¹⁷⁶ Cf. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e codificação: Primórdios do binômio. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60 et seq.

propriedade, denotando o caráter profundamente patrimonialista que marcou o Código Civil de 1916.

Relativamente à propriedade, não se preocupou o legislador civil em prescrever-lhe um conceito legal, adotando a opção de apenas descrever o seu conteúdo, ou seja, determinar a sua estrutura, assegurando ao respectivo titular, consoante predica o art. 524, os poderes de usar, gozar e dispor de seus bens, além da faculdade de reaver a coisa que lhe serve de objeto de quem injustamente o possuía.

A esse respeito, Tepedino se pronunciou aludindo que a propriedade privada apresenta em seus contornos elementares dois aspectos: o estrutural e o funcional. Ressaltou que a dogmática formal do Código Civil brasileiro preocupa-se somente com a questão estrutural do direito subjetivo de propriedade, em definir os poderes do titular do domínio que caracterizam o senhorio que se consubstancia nas faculdades de usar, gozar e dispor do bem (aspecto interno ou econômico) e no poder de exclusão de intervenções indevidas de terceiros sobre a coisa (aspecto jurídico). A propriedade assim disciplinada assume um contorno puramente estático de forma que a caracterização do definido passa a ser identificada com o seu conceito, sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto.¹⁷⁷

Desse modo, o Código Civil brasileiro de 1916 erigiu a propriedade como uma categoria de direito real ilimitado, dentro de um sistema jurídico fechado que fixava em *numerus clausus* o rol dos direitos reais e que excluía da condição de sujeito de direito, todos os indivíduos que não preenchessem os requisitos formais de titularidade exigidos por este Código.¹⁷⁸

Emerge evidente que uma imensa lacuna foi deixada pela ordem civil codificada, vez que a tradicional noção de direito subjetivo de propriedade, não se adequava à configuração pluralista do instituto, decorrente de um longo processo de evolução histórica. Assim, a exemplo do que ocorreu em diversos outros países, a Constituição acabou por incorporar matérias típicas do Direito Civil, que deixaram de

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: DIREITO, Carlos A. Menezes (Org.). *Estudos em homenagem ao Prof. Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 310 et seq.

¹⁷⁸ Cf. SZANIAWSKI, Elimar. Aspectos da propriedade imobiliária contemporânea e sua função social. In: *Revista de Direito Privado*, n. 3, jul./set. 2000, p. 143.

ser reguladas pelo código e passaram a se subordinar à carga normativa principiológica da Constituição, ocorrendo um fenômeno conhecido como *constitucionalização do direito civil*.¹⁷⁹

Seguindo a esteira de um longo processo histórico de construção doutrinária, legislativa e jurisprudencial, a Constituição da República de 1988 realizou uma verdadeira transformação valorativa do direito civil e, em particular, do direito de propriedade, ao eleger a dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico e promover a funcionalização da propriedade.

Evidencia-se com bastante clareza, que a antiga concepção estática, absoluta e abstrata de propriedade, introduzida pelo Código Civil brasileiro de 1916, já não se coadunava com o princípio da função social que, por imperativo constitucional, impõe-se como categoria nuclear na determinação de um novo conteúdo e conceito de propriedade.

Sob tal perspectiva, faz-se mister agora analisarmos os atuais paradigmas conceituais da propriedade, decorrentes dos avanços normativos trazidos pela Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Cidade (Lei n.10.257/2001) e pelo novo Código Civil brasileiro (Lei n. 10.406/2002).

¹⁷⁹ Sobre a questão da constitucionalização do Direito Civil é interessante consultar alguns artigos doutrinários de autores nacionais tais como: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 141, 1999; TEPEDINO, Gustavo. *A constitucionalização do Direito Civil: perspectivas interpretativas diante do novo código*. In: Fiúza, César *et alii* (coord.). *Direito Civil – atualidades*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 115 et seq.

Conclusão

Não é fácil a escolha de uma abordagem teórica que se preste à conclusão de uma dissertação de estrutura radial e sistemática como esta, em que foram realizadas as mais variadas discussões acerca do tema proposto.

Preliminarmente, convém ressaltarmos que, ao longo de cada capítulo da dissertação, foram sendo deixados fragmentos de nossas convicções, cujo conteúdo permite considerá-las como sendo conclusões parciais. Mas pretendemos fazer, ainda, algumas rápidas reflexões que nos permitam formular as conclusões finais.

Sob este aspecto, em um esforço de compreensão da evolução conceitual da propriedade, realizamos um cotejo histórico-filosófico do instituto e extraímos a conclusão de que o conceito de propriedade tem-se revelado polêmico e variável em função das diversas formas de organização social. Nesse sentido, foi utilizada tanto a perspectiva comparativa quanto a histórica, objetivando investigarmos a variação dos contornos elementares da propriedade na sua dimensão espaço-temporal.

Deste modo, através de uma breve incursão histórica, tivemos a oportunidade de demonstrar a veracidade da premissa de que a propriedade tem se revestido de formas diversas, talhadas pelas realidades sociais, políticas e econômicas de cada época, que condicionaram seus diferentes perfis e regimes jurídicos.

Por seu turno, também restou evidenciado o pressuposto teórico inicial de nossas proposições, constante no primeiro capítulo desta dissertação, de que o conceito abstrato e estático de propriedade foi realmente forjado através do ideário do Estado Liberal do século XVII, quando se estabeleceu o binômio de interação propriedade-liberdade, e não no Direito Romano, conforme é habitual encontrarmos no discurso da manualística do direito civil nacional.

Nesse contexto, o modelo proprietário da modernidade foi formatado no esquema abstrato e inorgânico dos grandes Códigos oitocentistas, refletindo uma visão atomizada da sociedade, em que o indivíduo atrelava-se indissociavelmente à noção de sujeito de direito.

Desta forma, emerge, para o mundo ocidental, uma noção de propriedade totalmente desvinculada das qualidades de seu titular e das próprias qualidades do objeto, consubstanciando um direito absoluto, exclusivo e perpétuo.

O agravamento dos problemas sociais, em meados do século XIX, todavia, passou a reclamar o fim do absentismo do Estado Liberal e a intervenção progressiva do Estado para albergar um conteúdo social na ordem jurídica, operando uma transição do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social.

Por conseguinte, como reação aos desvios causados pelo individualismo exacerbado do Estado Liberal, surgiram diversas correntes teóricas cujo pensamento confluiu para a formulação da teoria da função social da propriedade, que somente alcançou sua consagração internacional, quando a Constituição de Weimar de 1919 erigiu a função social à condição de princípio jurídico.

Movidos pelo interesse de examinar a repercussão do princípio da função social da propriedade no direito brasileiro, fizemos uma breve incursão pela chamada “dogmática principialista”, ressaltando a força normativa da Constituição e enfatizando a idéia de que os princípios constitucionais são espécies do gênero norma, não havendo como não compartilhar com elas de sua força normativa essencial e de sua eficácia jurídica.

Todavia, constatamos que, a despeito do princípio da função social da propriedade ter sido absorvido pelo constitucionalismo brasileiro, o tratamento dispensado à propriedade na legislação ordinária em vigor continuava mantendo a postura dogmática de matiz liberal clássica, sobre a qual pairava um direito absoluto do titular de utilizá-la da forma como bem lhe aprouvesse, verificando-se um grande descompasso teleológico entre o art. 524 do Código Civil e o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal.

Finalmente, passamos a analisar os novos paradigmas conceituais da propriedade, vislumbrando uma mudança significativa na legislação infraconstitucional brasileira, que passou a consagrar o princípio da função social da propriedade como vetor axiológico, que relativiza e tempera o individualismo do direito de propriedade.

Assim, ratificando a reflexão propositiva esboçada nesta dissertação, entendemos que o direito brasileiro caminha a passos largos para uma construção conceitual de propriedade, mais dinâmica e democrática, adaptada às variantes circunstanciais de nossa realidade e, sobretudo, consentânea com as pautas axiológicas do Estado Democrático de Direito.

Como conclusão das reflexões que foram inspiradas através da realização desta pesquisa, resta-nos, parafraseando Miaille, reafirmar que: “não há nada a concluir, porque nada está acabado”.¹⁸⁰ Os novos instrumentos normativos que concretizam o direito de propriedade moldam o seu conceito e substancializam o seu conteúdo, a partir da diretriz constitucional do princípio da função social da propriedade, foram vazados em clausuras gerais, conceitos jurídicos indeterminados, propositadamente vagos e cambiantes, necessitando, portanto, serem decifrados pela argúcia hermenêutica dos diversos profissionais do direito, a fim de emprestar-lhes a devida concreção jurídica.

Afinal, ao término dessas reflexões, parece-nos oportuno reiterar que não tivemos a veleidade de pretender esgotar assunto tão complexo, contudo, esperamos sinceramente poder contribuir para a formação de uma nova mentalidade em torno do discurso jurídico da propriedade em nosso País.

¹⁸⁰ MIAILLE, Michel . *Introdução crítica ao direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. p. 325.