

A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE SOB O PRISMA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: DAS LIMITAÇÕES DO ESTADO LIBERAL E INDIVIDUAL À SUA FUNÇÃO SOCIAL

Monique Pereira¹
Caroline Cristiane Werle²

Resumo: Sabendo-se que o direito proprietário guarda em seu bojo inúmeras lutas a fim de adequar-se às necessidades sociais. O Código Civil brasileiro de 1916 é fruto do modelo de sociedade codificada do direito europeu, iniciada pela Revolução Francesa que deu origem ao Código Civil Francês (Código Napoleônico) de 1804 que reconhecia a propriedade como um direito inviolável e absoluto, evidenciando seu viés altamente individualista. A visão sobre o instituto da propriedade no decorrer da história passou por várias mudanças - do período histórico do absolutismo até o advento do Código Civil Francês de Napoleão -, que deu início às importantes codificações do século XIX, perpassando pela Lei de Terras no Brasil e sua evolução no decorrer do surgimento das Constituições. Por fim, a propriedade chegou ao seu ápice de subjetividade, adquirindo uma importância coletiva, ou seja, uma função social. As intersecções existentes entre o direito público e o direito privado permite contextualizar o direito de propriedade à luz das normas constitucionais, sendo que, através desses ensinamentos teóricos, conclui-se que o instituto da propriedade é tratado contemporaneamente como um direito subjetivo, baseado na realização pessoal, cuja utilidade principal é um benefício social, um benefício comum à coletividade.

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa promovida pelo CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço eletrônico: moniquepereira.adv@gmail.com

² Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, com bolsa promovida pela CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogada. Integrante do grupo de pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado” coordenado pelo professor Pós-Doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao programa de Pós Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Endereço eletrônico: ccwerle@yahoo.com.br

Palavras-chave: Constitucionalização do direito privado; Funcionalização; Função Social; Propriedade;

Abstract: Knowing that the owner right guard in its wake countless struggles to adapt to social needs. The Brazilian Civil Code of 1916 is the result of codified social model of European law, initiated by the French Revolution which led to the French Civil Code (Code Napoleon) 1804 which recognized the property as an inviolable and absolute right, demonstrating its highly individualistic bias. The vision of the Property throughout history has undergone several changes - the historical period of absolutism until the advent of the French Civil Code Napoleon - who started the important encodings of the nineteenth century, passing by the Land Law in Brazil and its evolution during the emergence of the Constitutions. Finally, the property has reached its apex of subjectivity, acquiring a collective importance, and a social function. The existing intersections between public law and private law allows contextualize the right to property in the light of constitutional requirements, and through these theoretical teachings, it is concluded that the Property is treated simultaneously as a subjective right, based on the achievement personnel whose main use is a social benefit, a common benefit to the community.

Keywords: Constitutionalization of private law; functionalization; Social function; Property;

1 INTRODUÇÃO

A propriedade é um instituto deveras importante para o sistema jurídico mundial, e, sobremaneira, brasileiro. O direito proprietário guarda em seu bojo inúmeras lutas no decorrer da história, vez que necessitou adequar-se ao momento social vigente à cada época. Nesse sentido, pode-se afirmar que a história do direito e a história do instituto da propriedade se confundem, se conectam, eis que se trata de um dos pilares do sistema jurídico mundial.

O Código Civil brasileiro de 1916 é fruto do modelo de sociedade codificada do direito europeu, que guardava na sua essência a herança da ascensão da burguesia, fruto das revoluções europeias dos séculos XVII e XVIII. Este modelo teve início com a Revolução Francesa que deu origem ao Código Civil Francês

(Código Napoleônico) de 1804 que reconhecia a propriedade como um direito inviolável e absoluto, evidenciando seu viés altamente individualista.

A fim de que se inicie o estudo acerca do instituto da propriedade no Brasil e de sua funcionalização - advinda dos ideais sociais da Constituição Federal de 1988, e do fenômeno da constitucionalização do direito privado -, mister realizar um aprofundamento histórico sobre sua origem e desenvolvimento sofrido ao longo do tempo. Todavia, por opção metodológica, em razão do objetivo do presente artigo, inicia-se a análise do contexto histórico da propriedade a partir do Absolutismo.

Nesse sentido, o primeiro tópico debruça-se sobre o período histórico do absolutismo até o advento do Código Civil Francês de Napoleão, que deu início às importantes codificações do século XIX. Logo após, analisa-se o contexto histórico da propriedade no Brasil – da Lei de Terras, perpassando pela importância dada ao instituto da propriedade nas Constituições do Brasil, chegando-se ao ápice da sua importância coletiva, ou seja, da sua função social.

Por fim, no terceiro e último tópico, analisam-se as mudanças sociais, jurídicas e políticas sobrevindas da nova interpretação concedida ao direito mediante as intersecções existentes entre o direito público e o direito privado. Tal sistemática permite contextualizar o direito de propriedade à luz das normas constitucionais. Através desses ensinamentos teóricos, percebe-se que o instituto da propriedade é tratado contemporaneamente como um direito subjetivo, baseado na realização pessoal, cuja utilidade principal é um benefício social, um benefício comum à coletividade.

Levando-se em conta que o trabalho é de natureza bibliográfica, o método de abordagem será o hipotético-dedutivo.

2 A propriedade privada enquanto direito individual: do absolutismo ao Código Napoleônico

Ausente a pretensão de esgotar no presente artigo a evolução histórica do direito proprietário, utiliza-se como porto de partida para o presente trabalho - a fim de estabelecer o entendimento acerca da evolução do instituto da propriedade -, o marco que compreende o fim do sistema feudal e absolutista com o início da

Revolução Francesa (1789). Tal marco histórico é tradicionalmente utilizado como referência para o início da Era Moderna.

Nesse momento, a nobreza encontrava-se em declínio. O sistema absolutista vigente estava em desprestígio junto à sociedade justamente por não atender aos seus anseios que clamavam por mudanças. Sua perda de valor e capital em função da ascensão da classe burguesa, que neste momento incrementava o comércio e possuía relações mercantis e sistematizava a atividade agrícola, bem como com surgimento das cidades, formaram o cenário perfeito para a ascensão de uma nova era, que nasceu com Revolução Francesa de 1789.

Considerando-se que a Revolução Francesa é o berço do constitucionalismo mundial – isso porque a queda do regime feudal veio junto com o fim da velha forma de pensamento do poder político ser justificado na vontade transcendental caiu por terra, “abrindo-se espaço para a teoria do contrato social, que, partindo do pressuposto de que o indivíduo está no centro da teoria política, coloca o Estado como sendo criado por um pacto firmado entre homens livres e iguais que a ele delegam a função de assegurar as suas liberdades e os seus direitos”. (LEAL, 2007, p. 8)

O que se denota a partir desse momento histórico é a grande dicotomia existente entre o público e o privado. Nesse sentido, a esfera privada é vista através de um sistema mercantil, ou seja, “um espaço politicamente neutro, baseado numa série de relações entre indivíduos livres e independentes e tido como verdadeira sociedade natural, na qual não deve haver interferências externas – diga-se, estatais”. (LEAL, 2007, p. 9) Assim, têm-se que “a formação do Estado moderno, de cor liberal, e a hegemonia das ideias burguesas assentam numa visão individualista da sociedade que marca o tempo e o espaço da construção do discurso proprietário” (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 40)

O Código Civil Francês de 1804, mais conhecido como “Código de Napoleão”, foi o precursor dos importantes códigos surgidos ao longo do século XIX, uma vez que abarcou por completo os anseios sociais para criação de um ordenamento jurídico. As modificações trazidas com o Código eram de notório conteúdo individual e liberal, voltado à esfera patrimonial, onde residia o objetivo da ideia de igualdade (Cortiano Jr., 2002). Referido autor revela também que o Código de Napoleão, foi além da fixação de um marco legal para a propriedade, pois “vai coloca-la como um

modelo extensível a toda a sociedade organizada nas fronteiras da atividade mercantil/capitalista” (2002, p. 99).

Assim, percebe-se que com o fim do sistema feudal e início dessa nova formação e organização social, a propriedade é tida como base da economia, ocupando lugar de destaque na organização da sociedade e fazendo com que a ordem social gire em torno dela. Comparato (2000, p. 134), refere que “na concepção prevalecente em todo o século XIX, a propriedade figurou como o instituto central do Direito privado, em torno do qual gravitariam todos os bens, em contraposição às pessoas”. Nessa lógica, na sociedade capitalista, individualista e patrimonialista que se instalara, o discurso proprietário ganha notoriedade e força, transformado em princípio.

Liberdade, portanto, para os contemporâneos ao Estado Liberal, era concebida como não impedimento pelo Estado do direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade, ou seja, dispor, na forma *lato sensu*, de sua propriedade sem impedimentos e interferências do Estado, salvo os mínimos ditados pela ordem pública e pelos bons costumes. Reis (2015, p. 5)

Nesse espaço de tempo, onde o Estado afirma e garante o direito à propriedade privada, ser proprietário significa ser livre.

3 A herança Napoleônica sobre a propriedade do Brasil: o Código Civil de 1916

Em 1850 surgiu a Lei de Terras no Brasil, um importante passo para o direito proprietário no Brasil. A transformação da estrutura fundiária no Brasil necessitava, naquele tempo, de uma regulação capaz de dar conta das transferências de terra por parte do Estado para particulares.

Anterior à tal lei, o que vingava no Brasil era “o chamado período áureo da posse, no qual a simples ocupação, mesmo descoberto de título, passaria, *de lege ferenda*, a ser pressuposto do reconhecimento da propriedade particular” (MENEZES, 2009, p. 121)

A lei de terras surgiu como forma de vedação da apropriação de terras que não fosse através de outro mecanismo que não a compra e venda, colocando, assim, um “ponto final” na prática de doação de terras por parte do Estado aos

particulares. Esse foi o primeiro grande marco da propriedade no Brasil antes do Código Civil de 1916.

Quando do advento do Código Civil de 1916, o que vigorava no Brasil era a Constituição de 1889 – a da proclamação da República. Por ser essencialmente colonial (fruto da colonização da Europa e da ocupação quando do descobrimento do território do Brasil, a classe dominante era aquela ligada à terra), a formação política do Estado era intimamente atrelada ao ambiente rural. Nesse sentido, Fachini lembra que “financistas, negociantes e latifundiários traduzem para a economia para o Direito a herança do regime colonial. Sob as luzes do positivismo, edificam-se os regimes jurídicos. Lapidam-se aí o Código Civil brasileiro de 1916” (2007, p. 269-270) E assim surge a visão acerca da propriedade no Código, com o predomínio de direitos individuais e patrimoniais, uma vez que “coloca em primeiro lugar os interesses individuais, a natureza abstrata da concepção de sujeito titular de direitos e o aspecto patrimonial da relação jurídica”. (OLIVEIRA, 2006, p. 144)

O artigo 524 do Código Civil, concebia a propriedade como sendo um direito absoluto e tripartite na sua característica: o proprietário tinha o poder de gozar, usar e dispor.³ Referido artigo remete ao formalismo vigente à época, que garantia tão somente a segurança na troca de bens e objetos de domínio (Gonçalves, 2015) Para Hespanha (2005, p. 86-87) esse tratamento ao direito proprietário refletia em “um emblema do conceito moderno (individualista, burguês, capitalista) da propriedade, sobretudo porque nele se costuma destacar o carácter absoluto e pleno dos poderes do proprietário.”

Tendo em vista o carácter ruralista essencialmente enraizado no Código, o legislador sequer mencionou qualquer função coletiva ou social à propriedade. Segundo o professor Ascensão (1993, p. 139), essa tarefa era inconcebível à época, pois “nem teria sentido invocar a função social da propriedade; ou então se quiséssemos, a propriedade atingiria tanto mais certamente a sua função social quanto menos entraves se lhe opusessem”.

Como se sabe, o Código Civil de 1916 vigorou até 2002, quando da promulgação do novo Código Civil Brasileiro - que passou a vigorar a partir de 2003 – vigorando o primeiro por mais de oitenta anos. Em oitenta anos muitas coisas

³ Artigo 524 do Código Civil de 1916: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”

mudaram, a sociedade se transformou por completo, novos anseios foram surgindo no decorrer dos anos, necessitando, assim, de uma resposta do Estado quanto à sua participação, sua intervenção, e, principalmente quanto ao tratamento jurídico dos mais variados assuntos. Com a propriedade não foi diferente.

Com a grande depressão mundial surgida após o final da Primeira Guerra, juntamente com a crise de 1929, surgiu a necessidade de uma mudança na organização dos Estados. As Constituições do Século XX deveriam, então, promulgar uma série de normas que previssem direitos sociais, econômicos e culturais de forma efetiva. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Social Democrata Alemã de 1919 (conhecida como a Constituição de Weimar) foram as precursoras nesse sentido, trazendo novas concepções e interpretações para direitos sociais e obrigando o Estado a intervir nas ações privadas.

4 A constitucionalização do direito privado no Brasil e a mudança de paradigma do direito de propriedade através de sua funcionalização

Atualmente, o que se conhece sobre o direito civil é fruto da sistematização efetivada por Jean Domat, cuja obra foi utilizada para delimitar os conteúdos que deveriam ser inseridos junto ao Código de Napoleão. Assim, através da chamada codificação, houve a separação entre as leis civis e públicas (FINGER, 2000).

No passado, o Código Civil era conhecido como a “constituição privada” e tinha como objetivo regular a vida dos indivíduos desde seu nascimento e até após sua morte. Sob esta perspectiva, fácil perceber que havia uma grande distinção entre direito público e direito privado, sendo que aquele regulava os interesses gerais e este, as relações interprivadas (FINGER, 2000).

Posteriormente, com o declínio da nobreza, o surgimento das cidades e do objetivo de organização civil-jurídica-social, com o combate ao absolutismo dos reis, eclodiu a Revolução Francesa, claramente movida por interesses burgueses. A luta trouxe consigo a inauguração do Estado Liberal, que tinha como principal escopo o individualismo jurídico e a igualdade formal (REIS, 2003).

A partir desse momento, conforme aponta Reis (2003, p. 773), de uma forma geral, as constituições garantiam

[...] os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, atualmente denominados de primeira geração, muito especialmente liberdade e igualdade para exercer os direitos econômicos, concedendo aos indivíduos a autonomia da vontade a fim de poderem regular seus interesses, sem a intervenção estatal.

Devido ao cenário jurídico da época, as constituições tinham ideário liberal determinando uma atuação mínima por parte do Estado, ou seja, uma não intervenção nas relações privadas. Destarte, a codificação civil teve como principal paradigma o indivíduo proprietário, excluindo de sua tutela a grande maioria dos cidadãos, visto que esses não detinham o poder econômico (REIS, 2003).

Nesta senda, com o passar do tempo e em virtude dos aspectos amplamente liberais trazidos pelo Estado Liberal, as desigualdades sociais começaram a atingir níveis extremos, porquanto não havia uma atuação positiva por parte do Estado. Dessa forma, percebeu-se a necessidade de alteração no sistema liberal vigente (REIS, 2003). Nesse âmbito, há uma alteração nos valores da sociedade, de modo que estes não mais se coadunam com os ideais contidos no Código Civil do Estado Liberal. Finger (2000, p. 93) afirma que “ao invés da autonomia da vontade e da igualdade formal, sobrepõem-se os interesses de proteção de uma população que aguarda providências e prestações estatais”. Ainda sob este prisma, Leal (1998, p. 104) destaca que “resta evidente a constatação de que o Estado Liberal já não mais poderá responder às demandas sociais modernas”.

Nesse aspecto, após significativas alterações na sociedade, o individualismo estava sendo superado e, conseqüentemente, o liberalismo político e econômico começou a ruir. Nesse momento, o Estado, visando estabelecer equilíbrio entre os particulares, passa a intervir de forma direta na vida econômica e, dessa forma, surge a idéia de *Welfare State* (Estado do Bem Estar Social), no qual “[...] o Estado deixou sua condição passiva de “não fazer” e passou a ter uma atuação ativa na efetivação de uma justiça social” (REIS, 2003, p. 777).

Imperioso mencionar que, quanto ao Brasil, consoante ensina Reis (2003), não houve diretamente a configuração do *Welfare State*. No entanto, houve o surgimento do chamado Estado Interventor, que foi responsável pela edição de diversos microssistemas jurídicos, porquanto o Código Civil ainda estava fundamentado no sistema liberal e, portanto, não reunia institutos capazes de regular

os interesses sociais eu estavam sendo demandados pela sociedade dita “pós-moderna”.

Com efeito, surge daí uma significativa mudança na atuação do Estado, de modo que a regulamentação da vida privada passa a estar subordinada à Constituição, porquanto diversos aspectos que antes eram regulados pelo Código Civil, passam a ser positivados através de microsistemas jurídicos, que estão embasados nos valores constitucionais. Assim, é evidente que a Constituição, mediante a irradiação de seus princípios a todas as demais leis infraconstitucionais do sistema, se torna o centro do ordenamento jurídico (REIS, 2003).

Percebe-se uma mudança de paradigma no direito privado. Sob esse prisma, se verifica o surgimento dos fenômenos da despatrimonialização e repersonalização do direito privado, os quais estão fundados especialmente no princípio da dignidade da pessoa humana. O indivíduo passa a estar no foco da proteção estatal, de modo que a dignidade humana se sobrepõe às relações patrimoniais (FINGER, 2000).

Sob toda a análise descrita, percebe-se que a constitucionalização do direito civil não ocorre de forma episódica e circunstancial e sim, como consequência inevitável do Estado Social, o qual é consagrado pela Constituição Federal de 1988 e tem como objetivo reduzir a desigualdade social através de uma sociedade livre, justa e solidária (LÔBO, 2000).

Considerando a irradiação de princípios por parte da Constituição Federal e sua força hierárquica e normativa, o direito infraconstitucional passa a estar totalmente constitucionalizado, de modo que a existência de um direito civil autônomo em relação ao direito constitucional não pode mais ser sustentado (FINGER, 2000).

Sob tal perspectiva, Reis (2003) ensina que todos os atos praticados dentro do sistema jurídico devem estar de acordo com o princípio da constitucionalidade, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia. Tal situação constitucionaliza toda a legislação infraconstitucional e extingue a ideia de que o direito civil é autônomo em relação à Constituição Federal.

Contudo, imperioso destacar que a constitucionalização e a consequente aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não ameaçam a autonomia do direito privado, tampouco a autonomia privada, porquanto a produção de efeitos está vinculada ao material normativo do próprio direito privado. Entretanto,

a mudança de paradigma ocorre em virtude de que, atualmente, as normas do Código Civil devem ser interpretadas com base nos princípios de direitos fundamentais (SILVA, 2005).

Verifica-se que o processo de constitucionalização do direito, de uma forma sintética, está vinculado ao abandono do ponto de vista individualista e, especialmente, à observância dos direitos fundamentais nas relações privadas, ou seja, as normas infraconstitucionais devem ser amplamente iluminadas pelos valores maiores que estão dispostos na Constituição Federal (LÔBO, 2000).

Sob tal óptica, Lôbo (1999, p. 108) afirma que a constitucionalização do direito civil é mais do que um simples critério hermenêutico formal, de modo que tal fenômeno “[...] constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social”.

Com o surgimento da teoria da constitucionalização do direito privado, a ideia de que a Constituição Federal está no centro do ordenamento jurídico passa a ser evidente. Assim, em virtude de sua força normativa e superioridade face o ordenamento jurídico, diversos foram os ramos do direito influenciados pela constitucionalização do direito privado, entre eles a propriedade e sua função social (FINGER, 2010).

Nesse sentido, explora Barroso (2013, p. 33, grifo nosso):

A constitucionalização do direito produz impacto relevante sobre todos os ramos jurídicos. No direito civil, exemplificativamente, além da vinda para a constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – e.g., **função social da propriedade**, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas -, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sob esta perspectiva, Ramos (1998, p. 11), ao analisar algumas mudanças advindas da nova tendência de observância do direito privado juntamente com os princípios constitucionais, refere que essa repersonalização acabou provocando “transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico: na propriedade (não mais vista como um direito individual, de característica absoluta, mas pluralizada e vinculada à sua função social)”.

Sobre a definição da expressão “função social”, mister referir os ensinamentos de Moraes (1999, p. 81) ao explicar que “o vocábulo “função” vem do Latim *functio, functionis*, que quer dizer trabalho, exercício, cumprimento, execução. Liga-se ao verbo latino *fungi*, que significa cumprir, executar, desempenhar uma função”.

No âmbito Constitucional brasileiro, a função social da propriedade nem sempre esteve contemplada. Inicialmente, as Constituições de 1824⁴ e 1891⁵ declararam garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude, nada abordando acerca de limites no seu exercício. Já na Constituição de 1934⁶, a primeira a mencionar a função social da propriedade, nota-se referência à atividade do proprietário, afirmando que o direito à propriedade era garantido, mas não poderia ser exercido contra interesse social ou coletivo. (MORAES, 1999). Já na Carta de 1937⁷, verificou-se algumas proibições acerca de seu exercício, mas o direito à propriedade era garantido, incumbindo à lei ordinária de definir o seu conteúdo e seus limites. No que tange à Constituição de 1946⁸, verifica-se que essa trouxe diversos aspectos inovadores, tais como o condicionamento da utilização da propriedade ao bem estar social (MORAES, 1999). A Carta Constitucional de

⁴ Art. 179 da Constituição de 1824: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio [...]”.

⁵ Art. 72 da Constituição de 1891: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade [...]”.

⁶ Art. 113 da Constituição de 1934 dispõe em seu n. 17: “É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

⁷ Art. 122, n. 14 da Constituição de 1937: “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”. Imperioso mencionar que a previsão contida no §2º do art. 166 referia-se à possibilidade de suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade nos casos de declaração de estado de emergência.

⁸ Art. 141, §16º da Constituição de 1946: “É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior”. Ainda, o art. 147 previa que “O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.

1967/1969⁹ reproduziu, com relação ao direito de propriedade, os termos dispostos na Constituição de 1946 e mencionou o princípio da função social da propriedade em seu texto (MORAES, 1999).

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988 inseriu, pela primeira vez no ordenamento jurídico, a função social da propriedade no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, sendo que, consoante destaca Reis (2003, p. 778), “[...] é a partir da Constituição de 1988, que efetivamente se estabelece uma reforma no modo de pensar o direito privado no Brasil”. Conforme destaca Mattos (2003, p. 43),

prevista expressamente pela constituição federal de 1988, em seus artigos 5º, XXIII, 170, III, e 182, a função social da propriedade urbana carrega consigo não somente uma natureza jurídica – de princípio constitucional -, mas também política, ideológica e social [...]. Como princípio constitucional, a função social da propriedade tem natureza de norma, de preceito jurídico, e, portanto, seu papel juspositivo está muito além de um simples comando constitucional generalista [...]. A função social da propriedade é uma espécie de norma jurídica superior e hegemônica em relação às demais regras do ordenamento jurídico que dispõem sobre a propriedade [...].

Posteriormente, contrariando os aspectos individualistas e essencialmente patrimoniais dispostos no Código Civil de 1916, surgiu o Código Civil de 2002, o qual trouxe diversas mudanças ao ramo do Direito Civil, tais como a introdução de princípios sociais. Como exemplo desses princípios temos a função social da propriedade que, atualmente, está expressa no artigo 1228, §1º do referido dispositivo¹⁰ (GAMA, 2008).

De forma clara, a ideia preconizada no Estado Liberal acabou entrando em declínio, concedendo espaço à finalidade coletiva. Através da teoria do direito civil constitucional, é possível reler o código civil à luz da Constituição Federal e dar às normas de direito privado maior eficácia, especialmente no que concerne à propriedade (GAMA, 2008).

Com efeito, mediante esta releitura, a função social, que ganhou maior espaço e efetividade com a combinação realizada entre a Constituição Federal de

⁹ Art. 160, III da Constituição de 1967/1969: “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade”.

¹⁰ Art. 1228 dispõe em seu §1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

1988 e o Código Civil de 2002, é vinculada ao instituto da propriedade, o qual é estabelecido pelo próprio Código Civil de 2002. Tal situação modifica o cenário jurídico, pois lança formas de aplicação e interpretação das normas civis com viés social (GAMA, 2008).

Nesse sentido, Lôbo (1999, p. 106) explica que

a função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Importante compreender que a função social é parte integrante da propriedade e, portanto, quando a função social da propriedade não é cumprida, automaticamente o direito à propriedade se torna vazio (GRAU, 1990). Assim, considerando tal conexão, evidentemente, a propriedade foi o instituto privado mais influenciado pelo princípio da função social, de modo que a partir dessa influência observou-se a concessão de caráter social ao mesmo. Anteriormente, a propriedade estava vinculada ao interesse particular e, com as mudanças sociais, a mesma passou a conter em seu cerne respeito à coletividade e ao bem comum (GAMA, 2008). Nessa linha, Hironaka (2000, p. 102) aduz que “a função social, como qualidade inerente ao conceito de propriedade, visa adaptar este direito aos interesses maiores de toda a coletividade, além da figura singular do proprietário”.

Verifica-se, portanto, que a função social passou a fazer parte do conteúdo da propriedade, determinando o cumprimento das mais variadas condições para que o exercício da mesma esteja em consonância com o interesse coletivo (GAMA, 2008).

Assim, sob a perspectiva de que a propriedade não é mais vista apenas com finalidade individual, alguns autores passaram a afirmar a existência de aspectos operacionais da função social da propriedade e, para que a mesma se efetive, é necessário que o proprietário mantenha condutas tanto negativas, quanto positivas. Dessa maneira, o proprietário estaria cumprindo com a função social de sua propriedade, ou seja, dando a ela o interesse social que dispõe a Constituição Federal.

Pelo exposto, verifica-se que a constitucionalização do direito privado concede a todos os indivíduos a garantia imediata dos direitos fundamentais e, inclusive, efetiva a função social da propriedade, já que a mesma, à luz da constituição federal, não é mais analisada com finalidade individual e sim, coletiva.

6 Conclusão

A partir do presente estudo, verificou-se que no Brasil, tanto o Código Civil de 1916, quanto as Constituições anteriores a 1988, o direito de propriedade era predominado por interesses individuais e patrimonialistas, corroborando a ideia Napoleônica. A Constituição Federal Brasileira de 1988 levou em consideração a moderna teoria constitucional e conteúdos característicos deste movimento, sendo assim, com o advento dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana como pilares Constitucionais no Brasil, a propriedade passou a ser tratada como um direito subjetivo, o qual está concatenado com a realização coletiva, e tendo como utilidade principal um benefício social, ou seja, adquire, a partir daí, uma função social.

Dessa forma, sabendo que a propriedade no Brasil possui uma função social calcada em princípios constitucionais e normas infraconstitucionais, verifica-se que não merece proteção a propriedade desfuncionalizada, uma vez que seu exercício se justifica por sua função. Com efeito, a propriedade protege-se e garante-se, sobretudo e em razão de sua função social, passando a sofrer novas limitações, seja através de intervenção estatal pela via judicial - verificando-se sua tutela -, seja pela via administrativa através da desapropriação.

Contudo, ainda que o instituto em estudo esteja fundado em prol da coletividade, sabe-se que na prática ainda existem diversos casos concretos em que o que se prima são direitos patrimoniais do proprietário. Nesse sentido, a interpretação do direito privado junto à Constituição é essencial para concretização desse direito, ou seja, o ordenamento jurídico somente se efetiva por inteiro quando dessa prática.

7 REFERÊNCIAS

AMARAL JR., Alberto do. Propriedade ou impropriedade? **Revista de Direito Público**, São Paulo v. 16, n. 68, p. 337-344, out./dez. 1983.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Revista de Informação Legislativa. AMORIM PEREIRA, José Edgard Penna. **Perfis constitucionais das terras devolutas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 32/33.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. In: STROZAKE, Juvelino (Org.). **A questão agrária e a justiça**. São Paulo: RT, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. A Constitucionalização do direito privado. **Revista do Instituto de direito Brasileiro**. Nº 1, Ano 1/2012.

_____. O Estatuto Constitucional da proteção possessória. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Civil**: o Direito Civil-Constitucional em concreto. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea**: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

FINGER, Julio César. **Constituição e direito privado**: *algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil. A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

FORTES, Luiz R. Salinas. **O iluminismo e os reis filósofos**. 8.ed. São Paulo: Brasiliense, 1999.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **Função Social no Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2008.

GERVASONI, Tássia Aparecida; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal**; Curitiba: Multideia, 2013.

GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. **A posse como direito autônomo**: teoria e prática no direito civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1990.

HESPANHA, António Manuel. António Manuel. **Direito Luso-Brasileiro no Antigo Régime**. Editora Fundação Boieteux, Florianópolis, 2005, pp. 86-87.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito civil: estudos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

JUNIOR, Eroulths Cortiano. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

LEAL, Mônia Clarrisa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. **A função social da propriedade e da cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do direito civil.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade.** Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2003.

MENEZES, Olindo Herculano de. **Perfil da propriedade contemporânea (destaque da propriedade fundiária).** Brasília, 2009.

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

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do direito privado e o novo código civil. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito.** São Paulo: Malheiros, 2005.

XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

VIII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS



2015