

## Gustavo Tepedino

*Professor de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto de Direito Civil. Doutor em Direito Civil na Università degli studi di Camerino, Itália (1986). Livre-docente (1989) e Professor Titular (1991) na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor do Programa de Doutorado em Direito Privado Comparado na Università degli studi del Molise, Itália. Visiting Professor of Law na Universidade de San Francisco, Califórnia, U.S.A. (2002). Professeur Invitée da Faculdade de Direito da Universidade de Poitiers, França (1999). Professor nos cursos de Mestrado em Direito na Faculdade de Direito de Campos e na Universidade Iguazu. Diretor da Revista Trimestral de Direito Civil. Procurador Regional da República.*

# TEMAS DE DIREITO CIVIL

3ª Edição  
Revista e Atualizada

**PINHEIRO NETO ADVOGADOS  
BIBLIOTECA**

**RENOVAR**

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife

2004



Todos os direitos reservados à  
LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA.  
MATRIZ: Rua da Assembléia, 10/2.421 - Centro - RJ  
CEP: 20011-901 - Tel.: (21) 2531-2205 - Fax: (21) 2531-2135  
LIVRARIA CENTRO: Rua da Assembléia, 10 - Loja E - Centro - RJ  
CEP: 20011-901 - Tels.: (21) 2531-1316 / 2531-1338 - Fax: (21) 2531-1873  
LIVRARIA IPANEMA: Rua Visconde de Pirajá, 273 - Loja A - Ipanema - RJ  
CEP: 22410-001 - Tel.: (21) 2287-4080 - Fax: (21) 2287-4888  
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 - São Cristóvão - RJ - CEP: 20940-010  
Tels.: (21) 2589-1863 / 2580-8596 / 3860-6199 - Fax: (21) 2589-1962  
FILIAL SP: Rua Santo Amaro, 257-A - Bela Vista - SP - CEP: 01315-001  
Tel.: (11) 3104-9951 - Fax: (11) 3105-0359  
FILIAL PE: Rua Gervásio Pires, 545 - Boa Vista - Recife - PE  
Tel.: (81) 3223-4988 - Fax: (81) 3223-1176

www.editorarenovar.com.br      renovar@editorarenovar.com.br

SAC: 0800-221863

© 2004 by Livraria Editora Renovar Ltda.

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Sússekind — Presidente

Carlos Alberto Menezes Direito

Caio Tácito

Luiz Emygdio F. da Rosa Jr.

Celso de Albuquerque Mello

Ricardo Pereira Lira

Ricardo Lobo Torres

Vicente de Paulo Barretto

02623

Revisão Tipográfica

Luiz Fernando Guedes

Renato R. Carvalho

Capa

Simone Villas-Boas

Editoração Eletrônica

TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros. RJ.

T654t      Tepedino, Gustavo  
Temas de direito civil / Gustavo Tepedino. 3ª edição atualizada. —  
Rio de Janeiro: Renovar, 2004.  
590p. : 23cm.  
ISBN 85-7147-427-3  
I. Direito Civil - Brasil. I. Título.

CDD 346.81434

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)  
Impresso no Brasil  
Printed in Brazil

Aos meus Mestres  
Antônio Celso Alves Pereira,  
Darcy Bessone de Oliveira Andrade (*in memoriam*),  
Ricardo César Pereira Lira.

Aos meus alunos  
das turmas que se graduaram em 1991, manhã e noite,  
em julho de 1994, e em dezembro de 2000,  
da Faculdade de Direito da Universidade  
do Estado do Rio de Janeiro.

Para Luciana,  
Elisa, Ana Teresa e Laura.

## Contornos Constitucionais da Propriedade Privada\*

*Sumário: 1. Notas introdutivas. 2. A disciplina da propriedade entre o Código Civil e a Constituição. Multiplicidade de estatutos e programação. 3. Técnica constitucional e tutela da pessoa na disciplina da propriedade. 4. Incerteza da doutrina e eficácia do projeto constitucional. Em busca de uma hermenêutica civil-constitucional em tema de propriedade. 5. Variedade e relatividade da noção de propriedade. O significado constitucional da função social. 6. Função social da propriedade e interesses não proprietários. A propriedade como relação jurídica complexa. A questão do conteúdo mínimo. Os chamados contraditórios ou situações reflexas: crítica. Conclusão.*

### 1. Notas introdutivas

A Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 introduziu profundas transformações na disciplina da propriedade, no âmbito

\* Texto publicado originariamente sob o título "Contorni della proprietà privata nella Costituzione brasiliana del 1988", in *Rassegna del diritto civile*, 1991, n. 1, pp. 96-119, e traduzido para o português com a colaboração do Dr. César Gonçalves da Silva, a quem o autor agradece.

de uma ampla reforma de ordem econômica e social, de tendência nitidamente intervencionista e solidarista.<sup>1</sup>

Os civilistas, à época, não se deram conta de tais modificações em toda a sua amplitude, mantendo-se condicionados à disciplina da propriedade pré-vigente. Uma confirmação dessa constatação obtém-se do exame dos manuais, cujas novas edições, após 1988, não trouxeram alterações substanciais. Os autores limitaram-se a incluir nos antigos textos mudanças pontuais ou supressões de simples preceitos não recebidos pela Constituição.<sup>2</sup> Justifica-se, por isso mesmo, o exame da evolução legislativa brasileira a partir do Código Civil de 1916, de maneira a pôr em evidência a força transformadora do Texto Constitucional, estabelecendo os contornos da propriedade privada no ordenamento jurídico atual.

## 2. A disciplina da propriedade entre o Código Civil e a Constituição. Multiplicidade de estatutos e programação

1 Sobre os princípios e valores adotados na Constituição de 1988, a bibliografia é vastíssima. V., por todos, Luis Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro, 2001, 5ª ed., com atualizada bibliografia. Cf., ainda, os manuais publicados logo após 5 de outubro: José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 5ª ed. rev. ampl.; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989, 17ª ed. rev. e atual.; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989, 5ª ed. AA.VV., *A Constituição Brasileira 1988. Interpretações*, Rio de Janeiro; Pinto Ferreira, *Comentários à Nova Constituição Brasileira*, São Paulo 1989, vol. 1º; Paulo Bonavides, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, 1990, 3ª ed.; Fernando Whitaker da Cunha, *Direito Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, 1990; Walter Ferreira, *Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, 1989; Orlando Soares, *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, 1990; J. Cretella Junior, *Comentários à Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, 1988; Wolgram Junqueira Ferreira, *Comentários à Constituição da República*, Campinas, 1989; Paulo Mercadante (coord.), *Constituição de 1988 — o Avanço do Retrocesso*, Rio de Janeiro, 1990.

2 Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1990, 8ª ed.; Orlando Gomes, *Direitos Reais*, Rio de Janeiro, 1990, 10ª ed.; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 4, São Paulo, 1989, 6ª ed.; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, São Paulo, 1990, 27ª ed.; Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. III, São Paulo, 1989, 18ª ed.; Arnoldo Wald, *Direitos Reais*, São Paulo, 1988, 6ª ed.

O Código Civil Brasileiro de 1916, como se sabe, não definia o direito de propriedade e se limitava a indicar, no *caput* do art. 524, os poderes do proprietário: "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." Tais poderes, expressão do núcleo interno ou econômico do domínio (faculdade de usar, gozar e dispor) e do núcleo externo ou jurídico (as ações de tutela do domínio), compõem o aspecto estrutural do direito de propriedade,<sup>3</sup> sem nenhuma referência ao aspecto funcional do instituto.

A função social da propriedade apresentava-se, portanto, no direito brasileiro, inteiramente estranha ao Código Civil.

O Novo Código Civil, por sua vez, trouxe importantes inovações na disciplina da propriedade, destacando-se:

Art.1228. "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 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".

Como se vê, o *caput* do art.1.228, ao tratar da estrutura dos poderes do proprietário, substitui a locução "a lei assegura ao proprietário", de matriz nitidamente jusnaturalista, em que a norma legal se limita a reconhecer o poder a ela pré-existente, pela expressão "o proprietário tem a faculdade", mais técnica e consentânea com a concepção positivista da propriedade privada.

Por outro lado, o § 1º, ao vincular o exercício do direito de propriedade às suas finalidades econômicas e sociais, visa a perseguir a tutela constitucional da função social, reclamando uma inter-

3 F.C. San Tiago Dantas, *Programa de Direito Civil*, vol. III, Rio de Janeiro, 1979, p. 16. Na Itália, v., por todos, L. Barassi, *La Proprietà*, Milano, 1943, p.1 e ss., o qual refere-se ao elemento estático ("facoltà di utilizzazione diretta della cosa") e elemento dinâmico ("facoltà di utilizzazione indiretta o di disposizioni, nonché azioni miranti alla tutela del diritto").

pretação que, para além da mera admissão de eventuais e contingentes restrições legais ao domínio, possa efetivamente dar um conteúdo jurídico ao aspecto funcional das situações proprietárias.

Para tanto, é de se identificar o significado técnico da função social de que trata a Constituição da República. A rigor, foi a norma constitucional de 1946 que expressou, pela primeira vez, a preocupação com a função social da propriedade,<sup>4</sup> na esteira de copiosa legislação intervencionista que caracterizou os primeiros passos do Estado assistencialista e da socialização do direito civil.<sup>5</sup> Assim como na Europa, o Estado brasileiro do primeiro pós-guerra, sobretudo após os anos 30, adotou uma política nitidamente intervencionista, a refletir um processo, ainda atual, de dirigismo econômico e de sucessivas restrições à propriedade privada, incapaz, todavia, de criar as desejadas bases mínimas de justiça distributiva e do bem-estar social.<sup>6</sup>

4 O art. 147 da Constituição Federal previa: "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." O art. 160, III, da Emenda Constitucional de 1969, dispunha: "Art. 160. 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." Sobre o ponto, v. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV (arts. 145-218), Rio de Janeiro, 1947, p. 22 e ss.; e, do mesmo autor, *Comentários à Constituição de 1967* (com a Emenda nº 1 de 1969), tomo VI (arts. 160-200), Rio de Janeiro, 1987, 3ª ed., p. 27 e ss. Para uma retrospectiva crítica em tema de propriedade, v. Ricardo César Pereira Lira, *Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, Rio de Janeiro, 1991, *passim*.

5 V., para uma resenha das leis intervencionistas no Brasil, A. Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, Rio de Janeiro, 1943, 2ª ed., p. 316 e ss.; e seja consentido remeter também a G. Tepedino, "A Teoria da Imprevisão e os Contratos de Financiamento à Época do Chamado Plano Cruzado", in *Revista Forense*, vol. 301, 1988, p. 6 e ss., para ulteriores referências bibliográficas.

6 Cf., sobre o tema, a coletânea dirigida por Joaquim de Arruda Falcão, *Conflito de Direito de Propriedade (Invasões Urbanas)*, Rio de Janeiro, 1984, *passim*. V., também, Ricardo Cesar Pereira Lira, "A Disciplina do Uso do Solo Urbano. A Propriedade Urbanística", in *Os Temas Fundamentais do Direito Brasileiro nos Anos 30*, publicação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1986, p. 120 e ss. *Id.*, *A Propriedade Urbanística*, in *Revista Forense*, vol. 163, p. 16 e ss.

A tal contexto político é preciso acrescentar o fim do regime autoritário no Brasil dos anos 80, para compreender o significado da Constituição de 1988, resultado do compromisso histórico dos grupos sociais interessados em assegurar suas plataformas reivindicacionistas no novo texto. No que tange à questão da propriedade, o texto constitucional incluiu a propriedade privada entre os alicerces da Ordem Econômica, juntamente com a função social da propriedade, esta também considerada autonomamente (art. 170, II e III).

A Constituição de 1967 também revelava a preocupação do ordenamento brasileiro com a função social, disciplinada no art. 160, III. Mas, o que provavelmente distingue o preceito pré-vigente do atual ditado constitucional é a inserção da matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, nos termos do art. 5º, XXIII, o qual (além da proteção da propriedade privada, a que se refere o art. 5º, XXII) determina que "a propriedade atenderá à sua função social". Na Constituição de 1967, a função social da propriedade foi concebida como princípio de ordem econômica e social. No texto ora em vigor, segundo a técnica empregada pelo constituinte, a função social tornou-se direito fundamental, valendo pôr em realce os diversos preceitos constitucionais atinentes à tutela da propriedade, para melhor compreender o contexto sistemático em que se inserem.

Os arts. 182 e ss. da Constituição disciplinam a utilização da propriedade urbana no âmbito bem mais amplo da política territorial urbana. Na mesma linha, os arts. 184 e ss. regulam a propriedade rural no capítulo dedicado à Política Agrícola e Fundiária e à Reforma Agrária. Pode-se notar a previsão de diversas disciplinas de acordo com a potencialidade econômica da propriedade, levando-se em conta a sua destinação. Na esteira desses princípios, são postos a salvo da desapropriação, para os fins da reforma agrária, a pequena e média propriedades, quando o titular não possuir uma outra (art. 185, I). No mesmo sentido é vedada a penhora da pequena propriedade familiar rural, por débitos derivados da atividade produtiva. A propriedade familiar terá meios específicos de financiamento para o seu desenvolvimento (art. 5º, XXVI).

Ainda em favor da pequena propriedade, a Constituição instituiu o chamado usucapião especial, em virtude da posse continuada por cinco anos de imóvel rural, não superior a 50 hectares, tornado produtivo pelo possuidor, ou, no caso de propriedade ur-

bana destinada à habitação familiar, não superior a 250m<sup>2</sup> (arts. 183 e 191)<sup>7</sup>.

O art. 185, II, estabelece a proibição de desapropriação da propriedade produtiva, para fins de reforma agrária. A aquisição, bem como o aluguel de propriedade rural por parte de estrangeiros, vêm regulamentados através de um procedimento específico, e, em certos casos, dependem de autorização do Congresso Nacional (art. 190). A Constituição estabeleceu, portanto, vários estatutos para as diversas "situações proprietárias", segundo a destinação do bem — rural ou urbano —; a potencialidade econômica — produtiva ou não produtiva —; e a titularidade, isto é, levando em conta se a aquisição se dá por parte de estrangeiro ou de brasileiro.

Objetou-se que o novo texto não enfrentou de forma convincente o capital estrangeiro e o problema da dívida externa, nem se deu conta da hegemonia dos latifundiários e da exploração das reservas minerais por parte das companhias multinacionais, em relação às quais o capítulo disciplinador da ordem econômica representaria um verdadeiro retrocesso, cotejado com as Constituições democráticas anteriores, de 34 e de 46.<sup>8</sup>

De qualquer sorte, a disciplina da propriedade, expressa através de longo elenco de artigos, é concebida no âmbito da mais ampla política fundiária, levando-se em consideração a programação e o planejamento da utilização do solo urbano e rural, razão

7 No Código Civil, a disciplina do usucapião especial está nos artigos 1.239 e 1.240. O Estatuto da Cidade também trata especificamente do usucapião especial urbano, instituindo, inclusive, nova modalidade com o objetivo de suprir as dificuldades processuais encontradas para implementação do usucapião individual. Trata-se do usucapião coletivo para áreas de mais de 250 metros quadrados, não sendo possível identificar a posse de cada possuidor. Nesse caso, a propriedade será adquirida em regime de condomínio.

8 Pinto Ferreira, *Comentários à Nova Constituição Brasileira*, cit., pp. 25-26, o qual fornece dados impressionantes: "As multinacionais controlam 401.752km<sup>2</sup> do solo nacional, numa área equivalente aos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Santa Catarina, que, reunidos, ocupam 386.108 Km<sup>2</sup>. O maior grupo associado é o BP/Brascon, que detém sozinho 192.958km<sup>2</sup>, equivalente a 12 projetos Jari. O segundo maior grupo é sul-africano, o Anglo-American, com 51.067km<sup>2</sup>, controlando 83% da produção de ouro, 72% do níquel, 45% do nióbio e 33% do tungstênio. As reservas do ouro do Brasil, avaliadas em 55 milhões de toneladas, estão sendo violentamente assaltadas, e também as de minérios nucleares, como o urânio".

peia qual parece oportuno identificar os princípios fundamentais que definem os deveres do Estado e dos particulares na ordem econômica, trazendo a lume os valores que informam o direito de propriedade.

### 3. Técnica constitucional e tutela da pessoa na disciplina da propriedade

3. A prescindir das pressões exercidas sobre a Assembléia Constituinte e das possíveis intenções dos grupos sociais correspondentes, o texto inovou de forma provavelmente sem precedentes, quase quinze anos antes do codificador de 2002, no sentido de funcionalizar a propriedade aos valores sociais e existenciais. A análise da técnica adotada pelo constituinte o demonstra, fazendo parecer, por isso, injustificadas muitas das críticas a este respeito dirigidas à nova Constituição.

O art. 186 estabelece os requisitos segundo os quais a propriedade rural atende à sua função social: "I. aproveitamento racional e adequado; II. utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III. observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV. exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores." O preceito, como se vê, condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses não proprietários. A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária.<sup>9</sup>

O art. 182, § 2º, determina que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de

9 No tocante à proteção do ecossistema, também os mais críticos reconhecem a notável tutela constitucional. Ressalta Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, cit., p. 26, que "a nova Constituição fez um bom trabalho para a proteção do ambiente (natural) criando a figura delituosa do crime ecológico e pretendendo defender a floresta amazônica, o pantanal matogrossense e tudo que resta da mata atlântica".

ordenação da cidade, expressas no plano diretor. A regra corrobora os princípios gerais da tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana, demonstrando a preocupação do legislador constituinte com os dramáticos conflitos sociais. A reserva legal, a teor do art. 182, vem informada pelos mesmos princípios solidaristas e humanistas que permeiam o capítulo inteiro dedicado à ordem econômica e social.<sup>10</sup>

Em verdade, a reserva legal incluída nos artigos 186 e 182, § 2º, tem um conteúdo preestabelecido no Título I da Constituição, não sendo possível ao legislador ordinário esquivar-se da proteção da pessoa humana, de acordo com os princípios e objetivos fundamentais da República, fixados nos arts. 1º e 3º. Com efeito, o art. 1º, III, estabelece, entre os princípios fundamentais da República, "a dignidade da pessoa humana". O art. 3º dispõe: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

A tais preceitos, que representam os princípios informadores de todo o tecido constitucional, há que acrescentar os direitos fundamentais já mencionados, estabelecidos no art. 5º, XXII e XXIII, concernentes ao direito de propriedade e à sua função social.

Os requisitos insculpidos no art. 186, informados pelos arts. 1º, 3º e 5º, XXII e XXIII, oferecem ao legislador (em particular no que se refere aos planos diretores das cidades e à reforma agrária) e ao intérprete o conteúdo constitucional da disciplina da propriedade: um estatuto proprietário somente será merecedor de tutela se atender à função social preestabelecida na Constituição, sistematicamente interpretada. Tal conclusão tem grande repercussão prática e as suas conseqüências fazem-se notar, por exemplo, na hipótese de desapropriação por utilidade pública.

De fato, o art. 182, § 4º, no capítulo referente à política urbana, atribui ao Estado poderes para desapropriar a propriedade imobiliária

urbana não edificada, subutilizada ou não utilizada, cujo proprietário, nos termos da lei, não promova o seu adequado aproveitamento. O art. 184, por sua vez, no âmbito do Capítulo III, da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, estabelece que "compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização (...)".

Ambos os preceitos impõem ao Estado deveres precisos, cujo conteúdo não se pode dissociar da efetivação da função social, nos termos anteriormente examinados. De outra parte, a força desses dispositivos não pode ser atenuada em virtude de uma interpretação literal do art. 185, II, segundo o qual a propriedade produtiva não é passível de desapropriação. Afirmou-se que tal dispositivo constituiria um grande obstáculo à reforma agrária, porque autorizaria a invocação, em favor dos proprietários rurais e dos latifundiários, da tutela constitucional contra a desapropriação desde que a propriedade se apresentasse acrescida de qualquer forma de produtividade.

À luz, todavia, dos princípios constitucionais e "dos objetivos da República", a objeção não colhe. A produtividade, para impedir a desapropriação, deve ser associada à realização de sua função social. O conceito de produtividade vem definido pela Constituição de maneira essencialmente solidarista, vinculado aos pressupostos para a tutela da propriedade. Dito diversamente, a propriedade, para ser imune à desapropriação, não basta ser produtiva no sentido econômico do termo, mas deve também realizar sua função social. Utilizada para fins especulativos, mesmo se produtora de alguma riqueza, não atenderá a sua função social se não respeitar as situações jurídicas existenciais e sociais nas quais se insere. Em conseqüência, não será merecedora de tutela jurídica, devendo ser desapropriada, pelo Estado, por se apresentar como um obstáculo ao alcance dos fundamentos e objetivos — constitucionalmente estabelecidos — da República. Em definitivo, a propriedade com finalidade especulativa, que não cumpra a sua função social, ainda que economicamente capaz de produzir riqueza, deverá ser prioritariamente desapropriada, segundo a Constituição, para fins de reforma agrária.

<sup>10</sup> Para regulamentar tal dispositivo constitucional foi editada somente em 2001 o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001).

#### 4. Incerteza da doutrina e eficácia do projeto constitucional. Em busca de uma hermenêutica civil-constitucional em tema de propriedade

Ao observador comparatista poderá parecer estranho — e até certo ponto chocante ou bizarro — a insensibilidade inicial dos civilistas diante de um texto tão inovador, inspirado por ótica solidarista e permeado por valores não patrimoniais, que impõe um feixe de deveres dirigidos ao cumprimento da função social da propriedade. A questão, a rigor, diz com a incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas e, em termos metodológicos, remete ao comportamento da doutrina em face da Constituição.

Por um lado, permanece viva ainda hoje a resistência à excessiva ingerência do Estado na economia. Não se pode deixar de registrar certa dose de temor da doutrina em relação à publicização do direito privado,<sup>11</sup> reproduzindo, em grande parte, o debate ocorrido na Itália após a promulgação da Constituição de 1948, e intensificado nos anos 60.<sup>12</sup> Por outro lado, alguns entrevêm na ordem econômica e social da Constituição um perfil corporativista e conservador<sup>13</sup>. A garantia constitucional da propriedade privada representaria uma ameaça aos projetos de reforma social.

Esses receios revelam, na realidade, o profundo ressentimento derivado dos confrontos ocorridos durante o atormentado período de elaboração constitucional, ainda hoje não inteiramente olvidado, daí derivando uma sobreposição da análise do texto normativo com a avaliação da ideologia que o inspirou. Mas a Constituição representa significativa conquista, que extrapola em muito as previsões dos grupos que a conceberam. Daí porque parecer equivocada desvalorizar o papel do texto constitucional como elemento de efetiva transformação social. De qualquer modo, como é sabido, a

11 V. as diversas contribuições reunidas em *A Constituição Brasileira*, 1988, cit. e esp. Celso Bastos, *Direitos e Garantias Individuais*, p. 21 e ss.; Cassio Mesquita de Barros, *Direitos Sociais*, p. 33; Ives Gandra da Silva Martins, *A Nova Constituição na Ordem Internacional*, p. 1 e ss.; Geraldo de Camargo Vidigal, *A Nova Ordem Econômica*, p. 373 e ss.; e Octávio Bueno Magano, *A Segurança Social*, p. 407 e ss.

12 V., por todos, S. Pugliatti, "Diritto pubblico e diritto privato", in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 696 e ss.

13 Pinto Ferreira, *Comentários à Nova Constituição Brasileira*, cit., p. 24 e ss.

norma jurídica, uma vez promulgada, é avaliada objetivamente, e não se pode identificá-la com a vontade subjetiva do legislador. Com efeito, não é mais consentido ao intérprete confundir a *mens legis* com a *mens legislatoris*.

Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de "despatrimonialização" do direito privado.<sup>14</sup> Tal processo, identificado como paradigma metodológico, "indica, in definitiva, *la consapevolezza che nell'ordinamento si è operata una scelta, che lentamente va attuandosi, tra personalismo (superamento dell'individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa), del produttivismo prima e del consumismo poi come valori*".<sup>15</sup>

Tal perspectiva, todavia, encontrou por muito tempo rígido obstáculo nos profissionais do direito. Grande parte dos civilistas brasileiros, ainda hoje, reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo, tendência que parece se intensificar diante da promulgação de um Novo Código Civil. Todavia, a prioridade e a imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constituição são posições que se revelam mais do que nunca inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, "incorrendo no freqüente erro de ler a Constituição à luz do código, ao invés de ler o código à luz da Constituição";<sup>16</sup> a segunda, "herança

14 A referência, como já se terá percebido, é à aula inaugural napolitana de C. Donisi, "Verso la depatrimonializzazione del diritto privato", in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 657 e ss. Contra, A. De Cupis, "Sulla 'depatrimonializzazione' del diritto privato", in *Riv. dir. civ.*, 1982, II, p. 482 e ss. A polêmica extrapola o âmbito estritamente técnico e assume conotações de caráter metodológico e francamente ideológico, com a réplica de P. Perlingieri, "Depatrimonializzazione e diritto civile", vinda a lume no editorial da *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1 e ss.

15 P. Perlingieri, *o.u.c.*, p. 2.

16 A. Ianelli, "Replica", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, Atti del Convegno, Camerino, 27-28 maggio 1982, Napoli, 1983, p. 199.

da concepção tradicional", não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito.<sup>17</sup>

Assim estando as coisas, parece fundamental uma (ainda que superficial) reflexão de caráter metodológico e dogmático sobre a propriedade constitucional. Para tanto, faz-se imprescindível ter presente a rica contribuição da doutrina estrangeira, em particular a italiana, voltada para questões que se renovam na experiência brasileira.

### 5. Variedade e relatividade da noção de propriedade. O significado constitucional da função social

Com a promulgação da Constituição de 1988, o definitivo ocaso do binômio propriedade-liberdade<sup>18</sup> impõe-se como conclusão

17 P. Perlingieri, "Note sulla crisi dello Stato e sul contenuto minimo della proprietà", in *Legal. e giust.*, 1983, p. 441.

18 Ainda hoje, boa parte da doutrina permanece ancorada, em substância, a tal concepção. V., por todos, Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, São Paulo, 1982, 21ª ed., p. 84: "Com efeito, a exata concepção é a de que a propriedade é inerente à própria natureza humana; ela representa condição de existência e de liberdade de todo o homem"; e, na Itália, A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1985, 27ª ed., p. 406 e ss. Quanto à tríade "propriedade-liberdade-realização da personalidade", v., por todos, a página clássica de F. Santoro Passarelli, "Proprietà e lavoro in agricoltura", in *Justitia*, 1953, p. 7, segundo o qual a propriedade privada "è 'riconosciuta' e 'garantita' per la tutela della personalità umana del soggetto nella sua proiezione nel mondo economico". E ainda: "la terra, in definitiva, unico patrimonio dell'uomo", sobre a qual (invocando G. Capograssi) "l'uomo cammina, su cui poggia le sue case e le sue tombe, su cui poggia, si può dire, la sua storia". V. também, L. Ammannanti, "Proprietà", in *Dizionario critico del diritto*, coord. por C. Donati, Milano, 1980, p. 330 e ss., onde se lamenta a presença do íntimo vínculo entre propriedade e liberdade, de Locke e Kant até Hegel, o qual, como é sabido, "caratterizza la proprietà come la sfera esterna di oggettivazione della libertà del singolo soggetto, per cui la proprietà esiste solo in relazione al potere del libero soggetto". E acrescenta: "In questa caratterizzazione della proprietà privata come oggettivazione del volere personale del singolo, che in essa giuridicamente si riconosce, si manifesta la compiuta accettazione della naturalità della struttura sociale capitalista, del mercato in cui la mediazione resta affidata a puri rapporti di compra-vendita, a relazioni di scambio tra proprietari." Para uma pesquisa crítica aprofundada sobre o conteúdo do esquema proprietário recebi-

necessária para quem se dispõe a "lastrear sua investigação em dados oferecidos pelo ordenamento legislativo", refutando, justamente, "uma metodologia falsamente generalizante."<sup>19</sup>

De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina,<sup>20</sup> não seria nem oportu-

do pela tradição liberal, v. a coletânea de três ensaios de S. Rodotà, "Alle origini della nozione moderna di proprietà", in *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, pp. 61-157. Sobre a influência, em especial, das diversas correntes de pensamento jusnaturalístico católico, do cristianismo a Maritain, v. V. E. Cantelmo, "Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola", in *Russ. dir. civ.*, 1985, p. 330 e ss.

19 S. Rodotà, "Proprietà (diritto vigente)" in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1968, p. 129. V., também, R. Nicolò, "Diritto civile", in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1964, p. 907, o qual revela que "se il diritto è la forma di una realtà sociale, non si può non riconoscere, come del resto riconoscono i romanisti più sensibili alle esigenze del mondo in cui vivono, che sai anacronismo pensare che una realtà sociale, che non há ormai nessun punto di contatto com quella di duemila anni fa, possa tollerare, e addirittura considerare adeguate, forme e strutture che le sono estranee". Percebe-se o quanto são importantes tais advertências quando se examina a lição respeitadíssima (C. Maiorca, "Premesse alla teoria della proprietà", in *Jus*, 1940, p. 536) que proclama "una 'insopprimibile realtà' dell'istituto della proprietà, considerata nei suoi vari atteggiamenti storici ed ambientali. Ciò può significare che la proprietà si mantiene a prescindere dagli ordinamenti giuridici positivi che pongano limiti o addirittura ne neghino la esistenza".

20 Cf., entre outros, P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, e *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, 1980; G. S. Coco, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965; A. De Vita, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit.; M. Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967; P. Rescigno, "Per uno studio sulla proprietà", in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 1 e ss.; P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit.; F. Lucarelli, *La proprietà pianificata*, Napoli, 1974; M. Comperti, *Contributo allo studio del diritto reale*, Milano, 1977; e "Ideologia e norma nel diritto di proprietà", in *Riv. dir. civ.*, 1984, 1, p. 285 e ss. Na doutrina anglo-saxônica, fundamentais apresentam-se as contribuições de M. J. Horwitz, "The Transformation in the Conception of Property in American Law, 1780-1860", in *University of Chicago Law Review*, 1973, p. 248 e ss., e sobre as consequências na estrutura do direito de propriedade por força do *welfare state*, C. A. Reich, "The New Property", in *The Yale Law Journal*, 73 (1974), 5, p. 733 e ss. No Brasil, v., por todos, Orlando Gomes, "Propriedade e Empresa", in

tuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata.<sup>21</sup>

Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto<sup>22</sup>, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.<sup>23</sup>

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas “*una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa*”, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.<sup>24</sup>

*Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, 1986, p. 95 e ss., e, especialmente, o § 4º, “Visão Pluralista da Propriedade”, p. 98 e ss.

21 G. Capograssi, “Agricoltura, diritto, proprietà”, in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 301: “Il problema della proprietà in termini generali e astratti non esiste, benchè non si cessi di trattarlo così fastidiosamente e ostinatamente facendogli perdere le sue originalità. Il problema della proprietà è sempre il problema della proprietà come hic et nunc si pone”.

22 V., por todos, S. Pugliatti, “La proprietà nel nuovo diritto (com riguardo particolarmente alla proprietà terriera)”, in *La proprietà nel nuovo diritto* (1954), Milano, 1964, rist., p. 145 e ss. Para o exame dos precedentes históricos e culturais dessa importantíssima elaboração doutrinária, que remonta a Sclegelberger, Josserand e Vassalli, v. P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., p. 861 ss; e, sobretudo, S. Rodotà, “Scienza giuridica ufficiale e definizione della proprietà”, in *Il terribile diritto*, cit., p. 113 e ss., e, *ivi*, nota 5, com ampla bibliografia. Na manualística, favoráveis à tese, A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1978, 10ª ed., p. 304. A análise, todavia, não deve subestimar ou, pior, desconsiderar as inúmeras vezes contrárias à teoria da pluralidade de estatutos proprietários. Cf., por todos, a específica crítica a Pugliatti conduzida por L. Cariota Ferrara, “Crisi della proprietà privata?”, in *Riv. giur. ed.*, 1961, II, p. 299 e ss.

23 Cf. S. Rodotà, “La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali”, in *Quad. Fiorentini*, 1976-77, p. 893, para o qual “la presenza di riferimenti unitari nel sistema attuale non necessariamente entra in contraddizione com la constatata esistenza di più proprietà: così sarebbe se da quei riferimenti si traesse spunto per tornare ad eludere i problemi posti dai diversi statuti o, addirittura, per ignorare una volta di più l'esistenza”.

24 P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, Napoli, 1970, p. 91. A gradual afirmação dessa corrente de pensamento pode ser

Cuida-se de tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da “*massima signoria sulla cosa*” — formulação incompatível com a idéia de relação intersubjetiva.

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente,<sup>25</sup> ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo,<sup>26</sup> de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

verificada nos anais do congresso de Camerino de 1981, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., *passim*. Significativa mudança de orientação é manifestada por P. Rescigno, *Introduzione* in AA.VV., *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. XIII e XIV (cf. *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., p. 868, e a reedição do mesmo trabalho na *Introduzione* ao *Trattato di diritto privato* dirigido por P. Rescigno, VII, *Proprietà*, I, Torino, 1982, p. XII, onde foi retirado importante parágrafo). No mesmo volume deve se assinalada a contundente imagem literária adotada por M. Costantino (p. 54): “la formula secondo cui la proprietà consiste in un rapporto fra il soggetto e le cose è idonea a dare ragione soltanto di ciò che succede prima che arrivi Venerdì nell'isola abitata da Robinson Crusò, cioè non serve a nulla. Qualunque risposta si voglia dare all'interrogativo sulla proprietà dopo tale evento, sarà sempre e comunque una risposta sui rapporti fra questi due soggetti circa il modo in cui l'uno possa sfruttare le risorse dell'isola e quindi sulla *misura di realizzazione degli interessi di entrambi* che nel loro ordinamento sono meritevoli di tutela” (original não grifado).

25 V., a título de exemplo, a refinada construção de F. Santoro Passarelli, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 8, segundo o qual, “questi doveri [impostos ao proprietário] si possono anche, se si vuole, considerare come sorgenti dallo stesso diritto di proprietà, a patto di mantenerli, come sono, fuori di quel nucleo caratteristico del diritto soggettivo, che è il potere di soddisfare un proprio interesse e soltanto il proprio interesse”. Para uma substancial crítica a tal posição, v. Scalisi, “Proprietà e governo democratico dell'economia”, in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 221 e ss.

26 U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980, 2ª ed. Riv. e ampl. (rist.), pp. 187-202.

Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo "il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione"<sup>27</sup> dos poderes do titular, ou seja, "il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo com la sua appartenenza ad un organismo sociale".<sup>28</sup>

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social,<sup>29</sup> poder-se-ia assinalar, como

27 P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 449.

28 S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 139.

29 Não se poderia, nesta sede, nem ao menos tangenciar os intensos debates interpretativos suscitados pela expressão função social, ora considerada uma "formula ellittica e polisensa" (G. Alpa, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 3), "l'approdo ad un'ultima spiaggia" (P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., p. 877, referindo-se ao "aggancio che cercano la proprietà e le situazioni 'reali' nella tutela della persona") para o direito de propriedade, ou ainda uma espécie de "camícia de força imposta alla proprietà individuale" (como entendia a doutrina tradicional examinada por A. De Vita, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 169); ou ainda, ao reverso, focalizada exclusivamente do ponto de vista econômico. É significativa, a propósito, a mudança de orientação de S. Rodotà, o qual, desenvolvendo fórmula de V. Spagnuolo Vigorita, identificava o adjetivo «social» como «benessere economico e collettivo» [cf. *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 137, e já em *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1275]. Posteriormente (Il terribile diritto, cit., pp. 405-407), todavia, admite que no afã de evidenciar a "rottura ormai consumata con la concessione della proprietà come diritto inviolabile e attributo della personalità", se deixava de lado "l'intreccio tra finalità d'ordine economico e altri obiettivi riscontrabili nella stessa disciplina costituzionale dei rapporti economici", "non tenendo in nessun conto le ulteriori finalità indicate nella parte iniziale della Costituzione". Cf., no entanto, a posição de A. M. Sanduli, "Profili costituzionali della proprietà privata", in

patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio,<sup>30</sup> inserindo-se em seu "profilo interno"<sup>31</sup> e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um "massimo sociale".<sup>32</sup>

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídi-

*Riv. trim.*, 1972, p. 475, para quem a «função social» está a indicar o máximo bem-estar «espiritual» e material da comunidade, considerada no cenário solidarista, em consonância com os arts. 2º e 3º da Constituição italiana. Sobre a evolução do conceito e, em particular, sobre a tormentosa polémica que pretendia definir se "la proprietà ha (o è) una funzione sociale", v., por todos, S. Pugliatti, "La proprietà e le proprietà", in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 274 e ss., e ainda S. Rodotà, em suas *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1.287 ss. Para um amplo confronto que expressa substancialmente o debate sobre o argumento levado a cabo na Itália por mais de 10 anos, cf. os anais de três importantes congressos, reunidos, respectivamente, em *Proprietà privata e funzione sociale* (Seminário coordenado pelo Prof. F. Santoro Passarelli), Padova, 1976; *La proprietà privata immobiliare* (Atti del Convegno di studi — Urbino, 1-3 ottobre 1979), Milano, 1981; *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit.

30 Sobre o ponto, S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 281, o qual observa (releve-se que a 1ª ed. da obra é de 1954), que "il nucleo interno del diritto di proprietà è ormai aperto alle influenze trasformatrici. La struttura stessa del diritto viene ad essere intaccata e muta la natura di esso". Contra, explicitamente, L. Cariota Ferrara, *Crisi della proprietà privata?*, cit., p. 227, segundo o qual "la funzione sociale si 'aggiunge' ao direito subjetivo, não transformando, "il nucleo vitale della proprietà privata, in quanto questa, se proprietà privata, è, e non potrà non essere, diritto soggettivo privato e, in particolare, signoria su di un bene" (p. 226); F. Santoro Passarelli, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 9.

31 P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit., p. 121 e ss.

32 A eloquente expressão é repetidas vezes utilizada por S. Rodotà: *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 137; e anteriormente em *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1.270; e ainda, com significativa ampliação do conceito, em "Il sistema costituzionale della proprietà", in *Il terribile diritto*, cit., p. 405. Sobre as conseqüências da função social no âmbito interno do direito de propriedade, parece indispensável transcrever o trecho fundamental de S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 278: "Si può dire che la proprietà (se già non è tuttavia) si avvia ad essere (strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica) funzione sociale, e che l'impulso a tale radicale trasformazione della sua struttura e della sua natura opera già nel cuore del nostro ordinamento e come forza in atto".

co.<sup>33</sup> Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo — modos de aquisição e de utilização.<sup>34</sup> Mais ainda: até mesmo um “cono gelato”, no dizer de autorizada doutrina, não pode deixar de cumprir uma precisa função social.<sup>35</sup>

#### 6. Função social da propriedade e interesses não proprietários. A propriedade como relação jurídica complexa. A questão do conteúdo mínimo. Os chamados contradireitos ou situações reflexas: crítica. Conclusão

Não basta, porém, a referência à função social, ainda que considerada como elemento de qualificação jurídica, para a definição dos contornos da propriedade constitucional. Antes, poder-se-ia legitimar ulteriormente o núcleo proprietário tradicional se, inobstante as considerações até aqui desenvolvidas, se continuasse a configurar a relação de propriedade como uma disputa entre o interesse egoístico, tendencialmente pleno (previsto no Código Civil, nos termos do caput do art. 1.228) e o interesse social (mesmo se em vantagem deste último, de acordo com intervenções legislativas autorizadas pelo § 1º do art. 1.228, Código Civil).

O temperamento de tais posições, assim contrapostas, encontraria justificativa axiológica, provavelmente, no ordenamento pré-

constitucional, quando os movimentos sociais e o desenvolvimento industrial deram lugar a um conflito praticamente insanável entre o instituto construído e tipificado pela tradição liberal e a realidade fática — o contexto político — que reclamava um Estado intervencionista. A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil de 1916, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura (*linea di frattura*).<sup>36</sup>

Entra em crise, com efeito, um conceito que, cristalizado pelas conhecidas fórmulas dos códigos do século XIX (dos quais o Código Civil Brasileiro de 1916 não era mais que um reflexo), identificava-se com o aproveitamento e a disposição da coisa “da maneira mais absoluta”, “desde que não se fizesse um uso vedado pela lei. Assim é que a existência de uma legislação intervencionista, mesmo na época do *laissez-faire*, não é suficiente para desfazer a imagem de uma legislação em matéria de propriedade voltada fundamentalmente para tutelar a substância individualista daquele direito”.<sup>37</sup>

Compreende-se, desse modo, a crise de tal direito (*rectius*, conceito) de propriedade, quando, graças a um Estado intervencionista, multiplicavam-se as disciplinas concernentes ao domínio<sup>38</sup> e, principalmente, impunha-se a necessidade de mitigar o egoísmo

33 P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, cit., pp. 449-450.

34 V., entre outros, U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1980, 2ª ed., p. 200, segundo o qual “sarebbe certamente erroneo ritenere che la funzione sociale sia inerente solo a certe situazioni e non ad altre, a seconda, appunto, della maggiore o minore rilevanza economico-sociale del relativo oggetto”. Contra, L. Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 273 e ss., e também S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 139 e ss., para quem somente o direito de propriedade que tenha por objeto os bens produtivos é “gravado” com a função social.

35 M. Costantino, *Intervento in Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 55 e ss.; e, mais aprofundadamente, do mesmo autor, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 27, onde observa que “ogni istituto giuridico è diretto per la sua natura ad assolvere una funzione sociale e concorre a realizzare lo stabilirsi di più equi rapporti sociali”.

36 S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1.266, invocando Iemolo. Para L. Ammannati, *Proprietà*, cit., p. 332, “La nozione di proprietà elaborata dalla scienza ufficiale del 1800 entra lentamente in crisi, nel momento in cui si comincia a verificare uno spostamento degli interessi dei valori della proprietà fondiaria a quelli dell’impresa industriale, e si comincia a manifestare un conflitto fra proprietà statica e proprietà dinamica”.

37 L. Ammannati, *o.c.*, p. 331.

38 O aparecimento, na literatura jurídica, sob diversos matizes, da proposta de uma pluralidade de figuras proprietárias remonta, em verdade, ao século XIX. V., por todos, F. Vassalli, “Per una definizione legislativa del diritto di proprietà”, in *Studi giuridici*, II, Roma, Soc. ed. Foro it., 1939, p. 365 e ss. e espec., na p. 368, o famoso passo: “Sembra corrispondente allo stato attuale delle leggi, le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscere che non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l’interesse pubblico è che l’appropriazione dei beni comporti statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti, i quali variano assai.” *Id.*, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 459 e ss., e espec. p. 486.

(inteiramente legítimo) do proprietário com os limites (previstos, por exemplo, no art. 832 do Código Civil Italiano ou no art. 147 da Constituição Brasileira de 1946) do interesse social.<sup>39</sup> Em definitivo, a propriedade deveria ser capaz de se coadunar com a implementação de um "programa social", bem ou mal posto em prática.

Com a Constituição de 1988, ao revés, da mesma forma como aconteceu na Itália de 1948, nasce legitimamente a suspeita que de crise não se possa mais falar porque o legislador não pretendeu conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da "Política Urbanística" e da "Política Agrária" (arts. 182 e 184, CF),<sup>40</sup> mas submeteu os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento (arts. 1º e 5º, CF). De modo que a crise, se de crise se desejasse mesmo falar, desloca-se do âmbito normativo para o âmbito intelectual, quando não se consegue abrir mão de conceitos secularmente radicados na cultura jurídica.

Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contacto com a chamada norma viva.<sup>41</sup>

39 Segundo S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 279, "la tradizione conosceva e tramandava un problema di 'limiti' della proprietà terriera, che poneva il dualismo tra un contenuto dato a priori nella sua organica compattezza e particolari riduzioni di codesto contenuto".

40 Mostra-se eloquente o relevo dado por A. Torrente e P. Schelesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 303, à profunda modificação introduzida pela Constituição italiana em relação ao Código, passando de uma situação onde aparecia como regra o caráter absoluto do direito do proprietário e como exceção a imposição de limites, à previsão normativa de "che la legge debba provvedere ad una disciplina della proprietà tale da 'assicurarne la funzione sociale'".

41 Sobre a imprescindibilidade de ambas as referências leciona P. Rescigno, "Disciplina dei beni e situazioni della persona", in *Quad. fiorentini*, 1976-77, II, p. 862: "Accanto alla 'rivolta dei fatti' vi è dunque il sistema positivo considerato nella sua interezza, anche nell'emergere di figure che nascono con carattere temporaneo od eccezionale, e nell'avvertita sopravvivenza di fenomeni che sembrano ridotti in esili margini."

Disso deriva, consequentemente, a necessidade de abandonar a ideia de uma propriedade que, falsamente reconstruída, sofreria um tipo de "corrosão", provocada pelos princípios constitucionais, de sorte que se poderia conferir uma espécie de salvo-conduto (*ius plenum domini*) ao proprietário no interior do território (*meum esse*) que lhe restou, ainda não corroído.

A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma "mini-propriedade", como alguém, com fina ironia, a cunhou,<sup>42</sup> mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa,<sup>43</sup> na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) mercedores de tutela, não pode ser examinada "se non costruendo in una endiadi le situazioni del proprietario e dei terzi".<sup>44</sup> Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional.

Se tais observações são verdadeiras, como parecem, redimensiona-se também o discurso sobre o "conteúdo mínimo da propriedade", às vezes considerado como núcleo inatacável de poderes remanescentes, um verdadeiro confim além do qual o direito não poderia mais ser "violado", ou "reduzido" pelo legislador ordinário. A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precisamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta.<sup>45</sup>

42 A. Tizzano, in *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 132.

43 Sobre o tema, v. a aprofundada pesquisa levada a cabo por A. Iannelli, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, *passim*, e espec. p. 237 e ss. V., ainda, V. Scialisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, cit., p. 228 ss.

44 V. E. Cantelmo "Proprietà e crisi dello Stato sociale", in *Dem. dir.*, 1983, p. 119.

45 São riquíssimas as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Cf. A. De Vita, "Intervento", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 169, onde justamente se suspeita que possa persistir um resíduo da chamada concepção teológica da propriedade, da "propriedade-liberdade", na medida em que se fala de "conteúdo mínimo" da propriedade. No mes-

Resta esclarecer, enfim, se o interesse não patrimonial, na hipótese de conflito com o interesse do proprietário, apresenta-se como "situação de vantagem", direito subjetivo autonomamente considerado e, como tal, tutelado pelo ordenamento.

Ao propósito, afirmou-se que os interesses conflitantes com a propriedade apresentam-se como posições antagônicas aos direitos subjetivos existentes e reconhecidos, uma espécie de "contradireitos" que, por sua vez, prescindem de "vestirsi del semblante dei diritti per essere fatti valere".<sup>46</sup> Tais posições jurídicas, segundo a mesma doutrina, seriam de qualquer forma merecedoras de tutela, embora somente pudessem ser identificadas no momento da lesão, não sendo dotadas de uma específica qualificação.

A construção suscita necessário exame crítico. O implícito propósito de afastar-se da ótica individualista — que a categoria dos direitos subjetivos por longo tempo representou —, assim como

mo volume, F. Lucarelli, "Intervento", p. 116, afirma ser "difficile poter estrapolare dalla proprietà un contenuto minimo, nel momento in cui questo contenuto minimo viene sempre condizionato [ ] dall'esistenza di situazioni che, anziché stabilizzarsi all'esterno quali limiti, si pongono in concorrenza od alternanza al godimento", e A. Iannelli, "Replica", p. 198, sustenta que "non esiste il contenuto minimo essenziale, ma esiste la proprietà costituzionale". Na Itália a discussão remonta à polêmica decisão da Corte Constitucional de 29 de maio 1968, n° 55, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838 e ss., que definiu a amplitude da reserva legal e a inconstitucionalidade da incidência de limites sobre os bens "oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale nell'attuale momento storico". Cf., para uma valoração crítica da orientação seguida pela Corte Constitucional italiana em matéria de propriedade, S. Rodotà, "Giurisprudenza sull'affitto e nozione della proprietà: la posizione della Corte costituzionale", in *Nuovo dir. agr.*, 1978, p. 142 e ss.; V. Scalisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, cit., p. 223 e ss., segundo o qual, no tocante ao ordenamento italiano, "non vi è nell'art. 42 garanzia costituzionale di alcun 'contenuto minimo'. Vi è — questo sì — il riconoscimento e la garanzia (di esistenza) della 'proprietà privata', ma è lo stesso art. 42, nel suo primo comma, a indicare il tipo di proprietà privata riconosciuta e garantita [ ] il godimento, e cioè le varie possibilità di utilizzazione dei beni, restano invece indeterminate e quindi a dipendere di volta in volta dalla legge, alla quale la Costituzione riserva di stabilire 'fin dove, fin quando e in quali limiti vi debba essere, e in che modo debba esistere, la proprietà'" (pp. 232-233); M. S. Giannini, "Basi costituzionali della proprietà privata", in *Pol. dir.*, 1971, p. 444 e ss. e espec. p. 470.

<sup>46</sup> A. Lener, "Intervento" in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 106. V., também, no mesmo volume, a sua "Replica", p. 202.

uma quase desesperada "recherche du temps perdu" por parte dos civilistas, refratários ao instrumental teórico e processual disponível, insuficiente para as novas demandas, revelam uma atitude positiva, no sentido de assegurar tutela às situações existenciais. Basta pensar nos interesses difusos, em particular em matéria de meio ambiente, onde, desde os anos 70, se percebeu "un risveglio complessivo della magistratura", coligado a uma "reazione al particolarismo e al corporativismo" e à tentativa "di recupero di interessi generali". Sustentou-se, a propósito, "una particolare rilevanza di quei 'contro-interessi' (anche di classe) a cui attribuiscono cittadinanza giuridica le parti dialettiche, e non soltanto compromissorie, della Costituzione".<sup>47</sup>

Contudo, a despeito da importância histórica dessas considerações, ao intérprete apresenta-se indispensável propor soluções correspondentes ao dado normativo e ao momento atual. E a tal construção teórica pode-se responder, no ordenamento brasileiro, pon-do em realce a inegável dignidade constitucional dos direitos da pessoa humana, os quais reclamam, para uma efetiva atuação, a coexistência, às vezes indispensável, com os direitos subjetivos, sendo estes então capazes de condicionar, internamente, o conteúdo da relação de propriedade, de maneira bem mais intensa do que o princípio geral do *neminem laedere*.<sup>48</sup>

Sublinhe-se, ainda, a observação efetuada por um festejado jurista da escola crítica francesa, no sentido de que os contradireitos, identificados a partir das lutas sociais na França, traduzem reivindicações conquistadas em nome dos próprios direitos subjetivos: "Todas as lutas políticas e sociais dos séculos XIX e XX desenvolveram-se sob esta palavra de ordem: todas as leis que foram arrancadas na ordem burguesa se justificam nos direitos subjetivos; do direito à instrução ao de defesa, passando pelo direito de associação. Neste sentido, como toda ideologia de combate, a afirmação dos direitos subjetivos faz parte de uma luta viva, ainda eficaz nos nossos dias [...]. C'est le 'contre droit'".<sup>49</sup>

<sup>47</sup> S. Rodotà, "Le azioni civilistiche", in *Le azioni a tutela degli interessi diffusi, Atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, p. 90.

<sup>48</sup> Cf. V. Cantelmo, *Le forme attuali di proprietà privata*, cit., p. 355 e ss.

<sup>49</sup> M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1982, 2ª ed., p. 172 e nota 106.

De mais a mais, a diversidade de valor cognitivo que assumem as categorias jurídicas parece indiscutível, tendo sido relevado, em fundamental contribuição sobre o tema, que "também em relação ao direito subjetivo a atitude deve ser crítica, tendo-se consciência da 'historicidade' do conceito e portanto da sua 'relatividade', de acordo com os diversos contextos político-ideológicos nos quais ele é historicamente vivido".<sup>50</sup>

50 A. Di Majo, "Il diritto soggettivo nell'ideologia dello Stato sociale", in *Anuario bibliografico del diritto*, 1967, p. 262 e ss. O autor, demonstrando a diversidade de significados que assume o conceito, desde a sociedade individualista ao Estado Social, põe em evidência a consolidação, nos dias de hoje, daquela que define "l'ideologia tecnocratica", que seria o "pensiero cosciente" das novas relações de produção, caracterizadas pelo aparecimento de "centri di potere economico" (A. Di Majo, *o.u.c.*, pp. 302-305). Esclarece depois (p. 303), "che il potere della grande impresa oramai si manifesta a diversi livelli, non più al livello tradizionale della proprietà dei mezzi di produzione e della disponibilità della forza-lavoro, ma a livello dell'organizzazione e direzione del processo produttivo, dando corpo in tal modo a quell'idea della scissione tra proprietà e controllo". Em tal quadro econômico, mesmo criticando a verdadeira "inflação" de posições definidas como de direito subjetivo absoluto (A. Di Majo, *o.u.c.*, p. 299, o qual quer se referir às figuras de direito subjetivo em hipóteses diversas, como por exemplo em tema de concorrência desleal), observa-se que "le posizioni soggettive private, del tipo dei diritti soggettivi del singolo", servem de fato "a contrastare o quanto meno, a disturbare le finalità dell'impresa, la quale dovrebbe continuamente commisurare la propria strategia di condotta rispetto ai diritti di coloro con i quali essa viene in contatto" (A. Di Majo, *o.u.c.*, p. 305). Assim é que o autor conclui, revelando uma dúplici tendência: "da una parte, l'emergere di diritti soggettivi nei rapporti interni e esterni all'impresa, contrastando in tal modo l'egemonia e la logica produttivistica — e sublinha "il riconoscimento di un diritto all'equo salario (art. 36 Cost. italiana) o dei diritti delle minoranze azionarie a non essere 'emarginate", assim como os direitos dos consumidores etc. —, dall'altra, la consapevolezza dell'inidoneità del tradizionale strumento di difesa del singolo, rappresentato dal diritto soggettivo, ad appagare nuove istanze di tutela collettiva, esemplificate nel diritto delle comunità in difesa dell'ambiente, dell'equilibrio ecologico, contro la speculazione edilizia" (A. Di Majo, *o.u.c.*, p. 306).

Relativamente a este último aspecto, foi evidenciada (S. Rodotà, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 93) a insuficiência dos mecanismos processuais, rigidamente identificados "dall'ambito fisico a cui è immediatamente riferibile l'attività del privato", augurando "di recuperare il piano reale dei conflitti e di renderne possibile la gestione in senso collettivo", assim como a elaboração técnica dos instrumentos de tutela (S. Rodotà, *o.u.c.*, p. 94 e p. 95). O autor adverte para o perigo

Pode-se, pois, afirmar, na esteira de tais considerações, que provavelmente aquilo que na ordem liberal do Código Civil foi designado com a fórmula "*contradireito*", para expressar as situações dirigidas à realização da pessoa humana nos conflitos com o direito subjetivo, então símbolo do poder absoluto do proprietário, hoje, ao reverso, é de se considerar como situação jurídica constitucionalmente protegida (e neste sentido verdadeira e própria "situação de vantagem"), entre os novos direitos da sociedade contemporânea.<sup>51</sup> Representam, em uma palavra, não já uma reedição

de que a proteção dos interesses que dizem respeito a toda a comunidade viesse novamente inserido no molde individualista, sugerindo a "integrazione degli strumenti individualistici con quelli nuovi, a disposizione della comunità o di gruppi" (S. Rodotà, *o.u.c.*, p. 98, propõe uma distinção entre "interessi istituzionali", alusivos aos grupos legitimados para agir em nome da coletividade e "interessi occasionali", atinentes à legitimação dos indivíduos, "tutte le volte che gli interventi sul territorio incontrano la loro personalità". Segundo P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 1.034, é imprescindível "che le due logiche, quella [della legittimazione] individuale e quella collettiva [della legittimazione 'per categorie'] coesistano, ai pari della giurisdizionalità ordinaria ed amministrativa e, combinate tra loro, costituiscano un sistema complesso e articolato in funzione di valori individuali e comuni ad una pluralità di soggetti").

51 Sobre o surgimento dos novos direitos fundamentais, v. M. Luciani, "Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 61 e ss., e B. Caravita, "La tutela giurisprudenziale degli interessi diffusi e collettivi", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 31 e ss., com ampla bibliografia. Cf., ainda, A. Di Majo, *Il diritto soggettivo nella ideologia dello stato sociale*, cit., p. 262, o qual, citando Orestano, propõe "di svuotare di ogni presupposto ontologico" o direito subjetivo, "negando ogni valore di definizione reale ai concetti con cui, volta a volta, si è cercato di esprimere la sua essenza, natura e contenuto". O problema diz respeito à evolução de outros institutos jurídicos diante de uma dogmática incapaz de estar no mesmo passo da realidade normativa. V., por exemplo, no tocante à evolução do conceito de propriedade, S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 132, segundo o qual "gli istituti giuridici non vivono una vita avulsa dalla vicenda storica, ma di questa sono parte, portandone i segni: si che appare ovvio che ciascun istituto o concetto giuridico sia eminentemente relativo, nel senso che ogni epoca o società tende a leggere quell'istituto o concetto secondo le esigenze che in essa si manifestano e gli ideali che la muovono". Relativamente aos contratos, basta pensar na polémica instaurada por G. Gilmore, *The death of contract*, Ohio, 1974, *passim* finalizado por G. Alpa, "La morte del contratto. Dal principio dello scambio equivo al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del

da exaltação do individualismo possessivo e da autonomia privada, mas um instrumento de promoção dos princípios do ordenamento.

Eis porque a expressão *contradireito* assume, para alguns autores, significado completamente diverso, identificada com os "direitos dos sujeitos menos favorecidos ou de toda a coletividade", como o direito à saúde, o direito ao meio ambiente, etc.: não se trata de situação de mero reflexo, portanto, protegida somente no momento patológico da violação. Justifica-se, assim, a afirmação segundo a qual foi precisamente "a relevância, o emergir dos direitos dos *omnes* que colocou em crise a perspectiva proprietária clássica, acentuando o aspecto da inserção do sujeito proprietário na sociedade".<sup>52</sup>

À luz de tais considerações pode-se aceitar como verdadeira, também no ordenamento positivo brasileiro, a conclusão de "que é constitucionalmente ilegítimo não apenas o estatuto proprietário que concede ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em face do interesse (constitucionalmente) perseguido, como também o estatuto que deixa de conceder ao proprietário os poderes necessários para a persecução do mesmo interesse".<sup>53</sup>

Se a este resultado era consentido chegar sob a égide do Código Civil de 1916, que desconhecia o aspecto funcional do domínio, maiores possibilidades hermenêuticas abrem-se para o intérprete diante da codificação de 2002, sendo forçoso transportar o dispositivo do § 1º do art. 1.228 do papel para a vida. O risco iminente de se transformar a previsão legal em letra morta (considerada como mera dicção política, fruto da retórica do codificador) debela-se pela identificação, que se procurou até aqui estabelecer, dos contornos constitucionais do direito de propriedade no ordenamento brasileiro.

'common law"', in *Pol. dir.*, 1976, p. 726 e ss.); e a pronta resposta de F. Kessler, in *Il futuro del contratto: intervista con F. Kessler*, coordenado por G. Alpa, in *Pol. dir.*, 1980, p. 44: "Il contratto è morto, vive le contrat".

<sup>52</sup> A. De Vita, "Intervento", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., pp. 170-171.

<sup>53</sup> A. Iannelli, *Sul terribile diritto*, cit., p. 85. "Id., Intervento", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 99. V., ainda, do mesmo autor, *La proprietà costituzionale*, cit., p. 237 e ss.

Recupera-se, assim, o percurso anteriormente traçado, com o intuito de estabelecer o desenho da propriedade como direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas. A tarefa não parece fácil; as precedentes experiências constitucionais italiana, espanhola e portuguesa bem o demonstram. O caminho a percorrer é tormentoso e longo, mas o intérprete não pode declarar *forfait*, sucumbindo em direção à estrada mais cômoda da consolidada dogmática pré-constitucional, a menos que queira interromper o curso da história, ignorando o texto constitucional e colocando sobre o leito de Procusto os novos fatos sociais e o direito nascente.