

A PROPRIEDADE COMO
RELAÇÃO JURÍDICA
COMPLEXA

Capítulo 9

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Como expõe Eros Roberto Grau, a evolução da propriedade *plena in re potestas* para a idéia de propriedade-de-função consubstancia a “revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função”.¹⁹⁸

Estudamos, em capítulo anterior, a evolução histórica do conceito e do conteúdo da propriedade. O liberalismo do século XIX consagrou a idéia da coincidência

¹⁹⁸ Eros Roberto Grau, “Função social da propriedade (Direito econômico)”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39, p. 17.

dos interesses individual e coletivo. O direito subjetivo, segundo tal doutrina, atingiria tão melhor sua finalidade quanto menores fossem as limitações impostas. Vimos, porém, que propriedade individual não significa necessariamente *laissez-faire*, mas sim intervenções legislativas com o propósito de favorecer o esquema liberal.

O século XX assistiu, por força de acontecimentos sociais e históricos, a intervenção estatal nas atividades sociais e econômicas, agora sob nova ótica. Houve, por conseqüência, redução da liberdade e da autonomia privada, limitadas por normas de ordem pública.

Lembra Antônio Gambaro que o trajeto da propriedade acompanha, de perto, a passagem de uma democracia censitária para uma democracia universal. Na democracia do mundo antigo — ou nem tanto — a cidadania era substancialmente restrita àqueles titulares de bens patrimoniais. Na moderna democracia, a cidadania é a todos assegurada e, mais, passou o Estado a ter função promocional de garantir as bases materiais necessárias do desenvolvimento da personalidade da pessoa, dispondo diretamente das riquezas privadas, mediante mecanismos de política fiscal e monetária¹⁹⁹. Aliás, Fábio Konder Comparato cita expressiva lição de Benjamin Constant acerca dos requisitos para o exercício da cidadania na democracia antiga, que bem dá a dimensão da importância da propriedade no sistema político/social: “é preciso uma outra condição, além do nascimento e da idade prescrita em lei. Essa condição é o lazer indispensável à

199. Antonio Gambaro, “La proprietà”, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 88.

aquisição das luzes, da retidão do julgamento. Só a propriedade assegura esse lazer: só a propriedade torna os homens capazes de exercer os direitos políticos”.²⁰⁰

A par disso, houve a necessidade, ditada por imperativos econômicos e éticos, de adequação do conteúdo da propriedade às novas relações sociais. Teve a Igreja Católica significativo papel nessa evolução conceitual. As idéias tomistas do *bem fecundo* e do *bem comum* converteram-se, no direito moderno, nas noções de produtividade e de uso condicionado ao bem-estar social. Para a Igreja, “a propriedade não é uma função social a serviço do Estado, pois que assenta sobre um direito pessoal que o próprio Estado deve respeitar e proteger. Mas tem uma função social: está subordinada ao bem comum. É um direito que comporta obrigações sociais”²⁰¹. Esse pensamento está expresso em diversas encíclicas cujos fragmentos, já parcialmente mencionados, não se faz necessário reproduzir.²⁰²

Em 1912, León Duguit já negava à propriedade a qualidade de direito subjetivo. Desfez a idéia absoluta e individualista da propriedade, destacando no instituto uma missão social que deveria ser cumprida pelo seu titular. Partiu do raciocínio de que a propriedade não

200. Fábio Konder Comparato, “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 95.

201. Telga de Araújo, “Função social da propriedade”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1977, v. 39, pp. 7-8.

202. Encíclicas *Rerum Novarum*, de Leão XIII; *Quadragesimo Anno*, de Pio XI; *Mater et Magistra*, de João XXIII; na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, do Concílio Vaticano II; na *Populorum Progressio*, de Paulo VI.

é um direito, mas uma coisa, uma utilidade, uma riqueza, protegida pelo direito objetivo, quando o proprietário encontra resistência de terceiros. Logo, o proprietário não tem um direito subjetivo de usar a coisa, mas o dever de empregá-la de acordo com a finalidade assinalada pela norma de direito objetivo. Com base no positivismo de Augusto Comte, concluiu Duguit, em uma das seis conferências que proferiu na Faculdade de Direito de Buenos Aires²⁰³, que todo indivíduo tem o dever, a obrigação de empregar a riqueza que possui em manter e aumentar a interdependência social, em razão direta do lugar que nela ocupa. Afirmou, em passagem clássica, que a propriedade não é o direito subjetivo do proprietário, mas é sim a função social do detentor da riqueza. Cumpre notar, porém, que Duguit teve a cautela de restringir a noção de propriedade/função aos chamados bens de produção, deixando de lado os bens de consumo.²⁰⁴

Embora sujeita a diversas críticas, especialmente por definir a propriedade como objeto de direito, e não como direito subjetivo, o certo é que a doutrina de Duguit inaugurou uma corrente do pensamento jurídico e contribuiu decisivamente para a elaboração de textos constitucionais que enfatizaram a função social da propriedade, como as Constituições do México e de Wei-

203. As seis conferências foram reunidas na obra *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, 2ª ed., Madri: Francesco Beltran, 1920.

204. Ver, também, Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris: Fontemoing, 1927, v. I.

mar, que acabaram por inspirar outras Cartas ocidentais.²⁰⁵

O conceito de *função social* não pode ser entendido como expressão nômade, que varia segundo o sabor de quem a interpreta. Por isso, seguindo a trilha de Stefano Rodotà²⁰⁶, indispensável a análise sucessiva dos termos que a compõem.²⁰⁷

Começemos por *função*. A funcionalização dos institutos do direito privado revela a íntima relação existente entre a abordagem técnico-jurídica, preocupada com o estudo da estrutura, e a abordagem sociológica, preocupada com o estudo da teoria funcional, ambas relativas a um mesmo fenômeno. Não basta ao jurista saber como o direito é feito, mas também para que serve, ou seja, sua causa final. Seria a função, então, o papel que um princípio, norma ou instituto desempenha no interior de um sistema ou estrutura²⁰⁸. Chega-se a afirmar, assim, que o termo função social seria pleonástico, porque todo o direito tem o papel de promover a segurança e o bem-estar social.²⁰⁹

Dizendo de outro modo, o termo função, contraposto ao termo estrutura, serve, de fato, para definir o con-

205. Moacir Lobo da Costa, "A propriedade na doutrina de Duguit", *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 153, pp. 31-39, maio/jun. 1954.

206. Stefano Rodotà, "Proprietà (Diritto vigente)", cit., p. 138.

207. Igual caminho seguiu Orlando Gomes, *Direitos reais*, cit., p. 107.

208. Francisco Amaral, *Direito civil*: introdução, cit., p. 345.

209. Giovanni Tarello, *La disciplina costituzionale della proprietà privata*: lezione introdutiva, Gênova, 1973, pp. 26-32; ver também Stefano Rodotà, *El terrible derecho*, cit., pp. 220-221.

creto modo de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e manifestas.²¹⁰

Explica o autorizado Stefano Rodotà, porém, que o termo *função social*, na acepção constitucional, não constitui simples convite a um mais atento exame da concreta experiência jurídica, mas sim representa a individualização de um elemento que acompanha a situação proprietária todas as vezes que existe uma utilidade social definida pelo legislador. Por isso — insiste o autor — não há o clássico confronto dialético entre estrutura e função. A *função social*, no caso, é descoberta no aspecto interno da propriedade, ou, dizendo de outro modo, coloca-se, em última análise, como um componente de sua estrutura.²¹¹

Na expressão de José Diniz de Moraes, “função é a satisfação de uma necessidade”, que pressupõe, sempre, uma relação com um bem apto a satisfazê-la (*interesse*), na esfera jurídica de um sujeito (*pertinência*)²¹². As qualificações pública, social ou individual dependerão da natureza das necessidades a serem satisfeitas.

Passemos ao termo *social*. Diversas idéias podem decorrer do termo, de conteúdo aberto a uma primeira leitura. Fala-se em função social como sinônimo de expressões diversas, como *bem-estar social*, *utilidade so-*

210. Stefano Rodotà, “Proprietà (Diritto vigente)”, cit., p. 139.

211. Stefano Rodotà, “Proprietà (Diritto vigente)”, cit., p. 139; ver, também, do mesmo autor, *El terrible derecho*, cit., p. 220.

212. José Diniz de Moraes, *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89.

cial, interesse social, fim social. Como sintetiza Stefano Rodotà, todas as expressões reconduzem a um *máximo social*.²¹³

A primeira que vem à mente é a da proteção da propriedade em razão da utilização produtiva dos bens, ligada ao incremento da produção e aumento da riqueza, numa forma de bem-estar econômico e coletivo²¹⁴. Nos denominados “Estados fortes” dos anos 30, a função social estava ligada essencialmente ao gozo dos chamados bens de produção, com o propósito de desenvolver as economias nacionais²¹⁵. Há ainda autores que sublimam a exploração econômica do bem como expressão de seu aproveitamento racional e, portanto, como desaguadouro dos demais valores constitucionais.²¹⁶

Não basta, todavia, pensar em exploração econômica, sem preocupação com a distribuição da riqueza criada. Não custa lembrar, ainda, que outros bens, como, por exemplo, culturais, ou imóveis urbanos, têm nítida função social, embora não se encaixem na categoria “bens de produção”. Ademais, em outros institutos jurídicos, como a responsabilidade civil, o registro, o usucapão, a relação de trabalho e o contrato, a função social opera de modos diversos, especificando a cada caso o seu

213. Stefano Rodotà, “Proprietà (Diritto vigente)”, cit., p. 137.

214. *Ibidem*, mesma página.

215. Michele Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, Nápoles: Jovene, 1967, pp. 25-29.

216. Melhim Nemem Chalhub, *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*, cit., p. 21.

significado²¹⁷. Não teria sentido, portanto, limitar a operatividade do conceito, ao tratar da propriedade, a um único e reduzido prisma.

A segunda idéia ligada ao termo *social* o coloca como meio de alcançar o estabelecimento de relações sociais mais justas, de promover a igualdade real. Há, assim, um objetivo de aumento da produção material, mas subordinado à sua distribuição em termos mais eqüitativos²¹⁸. Em termos diversos, não basta a simples destinação à produção, ou a só utilização de um bem, para dar por adimplida a função social. Busca-se, mais, uma coordenação entre a atividade do particular e os interesses coletivos, com o objetivo de dar melhor utilização aos recursos. O incremento produtivo deve estar acompanhado do estabelecimento de justas relações sociais²¹⁹. Lembre-se, porém, que a igualdade que se prega é a substancial, uma vez que tradicional corrente defende o ponto de vista de que a igualdade limita-se a permitir que todos tenham acesso à propriedade. Confere tal papel à livre iniciativa econômica, sempre tendo em mira que a propriedade privada, como direito subjetivo, destina-se a satisfazer aos interesses particulares, apenas limitada, de modo extrínseco, pela função social.²²⁰

217. Michele Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 25-29.

218. Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 174.

219. Stefano Rodotà, "Proprietà (Diritto vigente)", cit., p. 138.

220. F. Santoro-Passarelli, *Presentazione a Proprietà privata e funzione sociale*, Padova: Cedam, 1976, p. III e ss.

Na verdade, ao se tratar da locução *social* indaga-se, sempre, de uma determinada necessidade social, ou, em outras palavras, de um interesse social carente de satisfação²²¹. Quais seriam, então, os interesses sociais dignos de atendimento? Todos aqueles verificados em um certo momento e em um certo lugar, identificados como valores dignos de tutela pela Constituição Federal. No dizer de Gustavo Tepedino, terá necessariamente configuração flexível, refutando apriorismos ideológicos e amoldando-se a cada estatuto, em conformidade com os princípios constitucionais e a concreta regulamentação dos interesses em jogo²²². Em termos diversos, a função social há de ser encontrada naquelas posições jurídicas merecedoras de tutela pela Constituição, embora muitas vezes só possam ser identificadas no momento da lesão. São o que Tepedino denomina de *contradireitos*, em aparente antinomia com a propriedade, mas que, na verdade, constituem sua conformação a outros centros de interesses (ou seja, sua função social)²²³. Tomem-se como exemplo o meio ambiente, a defesa do consumidor, a proteção da família e do idoso, a saúde, a segurança, o lazer, as relações de trabalho, a produção e distribuição de riquezas, entre outros.

221. José Diniz de Moraes, *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, cit., p. 100.

222. Gustavo Tepedino, "Contornos constitucionais da propriedade privada", in *Temas de direito civil*, cit., p. 280.

223. *Ibidem*, pp. 286-287.

No que toca ao modo de operacionalizar o conceito de função social da propriedade, tal como posto em nosso direito objetivo, duas são as orientações vigentes.

A primeira delas concebe a função social como uma *cláusula geral* do direito privado, funcionando como norte para a aferição dos comportamentos proprietários. Na lição de Stefano Rodotà, é um princípio positivado e operativo em via geral, não apenas uma fórmula verbal indicativa de um complexo de obrigações a serem definidos em lei²²⁴. Como se reflete na própria estrutura da relação jurídica, está apta a operar em qualquer situação de propriedade, independentemente de um explícito reclamo legislativo inferior.

Pode-se, aqui, indagar o seguinte: a Constituição Federal, ao dispor que “a propriedade atenderá a sua função social”, consagra um princípio ou uma cláusula geral? Como explica Judith Martins-Costa, em lição que se amolda à perfeição ao tema em estudo, a proposição normativa consubstancia cláusula geral que, porém, contém um princípio — função social — que reenvia ao valor que este exprime²²⁵. Ou, na lição de Suzana de Toledo Barros, “os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem jurídico que visam proteger”²²⁶.

224. Stefano Rodotà, “Proprietà (Diritto Vigente)”, cit., p. 240.

225. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, cit., pp. 323-324.

226. Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, 2ª ed., Brasília: Brasília-Jurídica, 2000, p. 156.

Mantém-se propositadamente indeterminado o conceito de função social, que deve ser valorado a cada caso concreto pelo juiz, sopesando a atividade do proprietário em relação a determinado bem jurídico, sempre com o papel de estabelecer as mais justas relações sociais. Sob o ponto de vista de técnica legislativa, a cláusula geral consiste numa disposição normativa que utiliza, em seu enunciado, “uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida, ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio cuja concretização pode estar fora do sistema”²²⁷.

No dizer de Cláudia Lima Marques, haveria uma tendência de adoção de conceitos e princípios mais abertos, com a finalidade de armar um estilo de pensamento cada vez mais tópico, que só assume seu significado diante do problema concreto a resolver²²⁸. No tema em exame, tal tendência revela-se na rejeição da propriedade como noção abstrata, em vista do conceito pluralista do instituto, com múltipla disciplina jurídica no ordenamento positivo, relativa a cada estatuto proprietário²²⁹. Chega-se a afirmar que, como cláusula geral, cabe a aplicação analógica de eventuais normas inferiores, ainda

227. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 303.

228. Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 78.

229. Gustavo Tepedino, “Contornos constitucionais da propriedade privada”, in *Temas de direito civil*, cit., p. 278.

que excepcionais, que representem a realização do princípio da função social. A analogia dar-se-ia em atenção não às normas excepcionais, mas à cláusula geral que elas representam.²³⁰

Como cláusula geral, a função social tem ampla gama de destinatários: o titular da relação jurídica de propriedade, os terceiros não-proprietários, titulares de *contra-direitos*, o legislador e o juiz. Serve como parâmetro de comportamentos do proprietário, indicando-lhe o rumo de proceder de acordo com os valores fundamentais da Constituição; serve de norte ao legislador, para que não conceda ao proprietário poderes supérfluos ou contraproducentes ao interesse social; serve ao juiz, como critério de interpretação da disciplina proprietária.²³¹

A crítica a tal posição funda-se no fato de que se conferiria ao Poder Judiciário uma margem muito larga de decisão e de intervenção na vida econômica. Em última análise, o juiz teria atribuição para apreciações de política econômica, sem investidura por representação popular. Além disso, uma interpretação conservadora poderia levar ao esvaziamento da função social, em seu conteúdo e finalidade.

A segunda posição defende a tese de que a função social é um conceito cujo conteúdo é fornecido pela lei.

230. Michele Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., pp. 25-29; cf. também Stefano Rodotà, "Proprietà (Diritto vigente)", cit., p. 141.

231. André Osório Gondinho, "Função social da propriedade", in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, cit., p. 421.

Sem definição e especificação legal, a função social torna-se conceito vago e sem auto-aplicação. A atuação dos tribunais se dá em respeito à figura já determinada pelo legislador ordinário. Em outras palavras, haveria mera norma programática que deveria merecer, necessariamente, legislação específica para poder ser aplicada a casos concretos. Tal corrente vai mais longe, entendendo que, se a legislação inferior disciplinar a função social em contraste com preceitos constitucionais, deve prevalecer o critério da especialidade. Sustenta-se, ainda, que a amplitude da função social deverá ser interpretada restritivamente, apenas de molde a vincular o bem à sua utilização normal, sem descaracterizar a propriedade privada ou reduzindo-a a concepção meramente instrumental.²³²

Na lição de Jose Luis De Los Mozos — encampando posição conservadora —, há que se recobrar a confiança estabelecida pelo Código Civil nas instituições, de tal modo que a propriedade se concebe como um direito de *atribuição* dos bens, sem mais limitações do que as estabelecidas nas leis. Para o autor, a função social não é apta nem capaz de criar novos conceitos de propriedade, nem sequer novos tipos de propriedade, mas tão-somente matizar suas limitações, até porque não incide diretamente sobre o direito, mas apenas sobre o destino que se dá aos bens sobre os quais recai o direito. Reflete, ainda, sobre o desmesurado alcance que ganhou na cul-

232. José Acir Lessa Giordani, "Propriedade imóvel: seu conceito, sua garantia e sua função social na nova ordem constitucional", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n° 669, p. 50, jul. 1991.

tura jurídica a idéia de função social, com êxito no terreno ideológico e fracasso do ponto de vista de técnica legislativa. Conclui que a função social não é um conceito jurídico em sentido próprio, razão pela qual não pode estar no mesmo plano do conceito de propriedade. Em outros termos, para De Los Mozos, a função social não é condição ou requisito do reconhecimento da propriedade — como sucede com a causa em relação ao contrato — porque está fora do sistema, constitui noção heterogênea e não se encontra num mesmo plano.²³³

Como bem pondera Pietro Perlingieri, porém, noções socialmente indeterminadas — mas fundamentais — como *solidariedade, função social, dignidade social e justiça social* indubitavelmente têm relevância, a fim de qualificar ou definir um interesse como merecedor ou não de tutela da parte do ordenamento jurídico. Diga-se, mais, que a vagueza é intencional ou programática, para perseguir certas finalidades, não se confundindo, pois, com obscuridade. A necessidade tanto da precisão como da imprecisão constituem vetores opostos. A imprecisão tem a vantagem de possibilitar o amoldamento da *fattispecie* normativa às situações novas, mantendo-a atualizada, arejada por valores contemporâneos, e permitindo, por sua vaga moldura, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta. Na lição de Popper, citado por Judith Martins-Costa, “é necessário jamais tentar ser mais preciso do que exige a solução do problema”.²³⁴

233. Jose Luis De Los Mozos, *El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, Madri: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, pp. 199-203.

234. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 311.

Parece ser excessiva a preocupação de que o juiz possa interferir na esfera da autonomia privada, ou em situações de política econômica, ao aplicar a cláusula geral da função social da propriedade. Isso porque as fontes heterônimas de direitos e de obrigações são conhecidas do operador e aplicadas com freqüência nas relações contratuais, ou mesmo em situações reais, sem que tal incidência cause espécie (por exemplo, venda de ascendente a descendente, cláusulas puramente potestativas, vedação de pacto comissório ou usufruto perpétuo, boa fé objetiva, eqüidade etc.).

Também não calha o receio de que possa o juiz aplicar o princípio de modos diversos, de acordo com convicções políticas particulares, dada a fungibilidade ideológica da noção. Algum perigo realmente existe, mas, segundo Pietro Perlingieri, o jurista não é completamente livre para atribuir um conteúdo ao princípio, que deverá, sempre, estar conectado às demais normas do ordenamento jurídico — reenvio a parâmetros — que disciplinam as relações econômicas e sociais previstas na Constituição²³⁵. Não há falar, portanto, em um conteúdo político abstrato, mas sim num conteúdo político-jurídico que se deve deussumir do sistema jurí-

235. Segundo Franz Blydinski, há necessidade de inclusão dos princípios ético-jurídicos preexistentes em um conceito jurídico mais amplo e mais adaptado à satisfação das exigências de orientação da sociedade, ou, em outros termos, uma combinação entre os elementos positivistas e ético-jurídicos, em um conceito jurídico de nova criação. “Diritto: metodo e giurisprudenza”, *Vita Notariale*, Palermo, Giuridiche Butitta, n° 1, pp. 17-18, jan./abr. 1994.)

dico por inteiro. Claro que se trata de conceito genérico, que pode evoluir e assumir feições diversas com o tempo, mas hoje, no atual momento histórico, no atual contexto jurídico, esse conceito assume significado razoavelmente preciso, ajustado às demais normas do sistema. No âmbito de uma situação específica, a noção de função social desenvolve um papel mais jurídico e menos político: a atividade proprietária vai valorada em concreto e não em abstrato, relacionada a outras justas relações sociais.²³⁶

Em última análise, o que está em jogo é a sempre viva contradição entre os sistemas aberto e fechado, entre a jurisprudência de conceitos e de interesses. Causa ainda certa dificuldade que conceitos abertos — como o de função social — não se prestem a um raciocínio de encaixe da lógica pura e a uma concepção mecânica da função judicial. Para tal, pressupõem-se somente a existência de conceitos institucionais, dos quais se saquem conclusões ilimitadas, com base no silogismo. Uma das funções das cláusulas gerais, porém, é exatamente permitir a abertura e a mobilidade do sistema jurídico²³⁷. Parece claro, como explica Recasens Siches, que pode e deve o juiz empregar critérios de valoração com precisa pauta axiológica consagrada na ordem jurídica, pondo-as em relação com situações concretas de fato que se apresentam. Isso não significa faça o juiz julgamentos com

236. Pietro Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit., pp. 76-77.

237. Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, cit., p. 341.

base em seu próprio critério axiológico, ou de seu individual juízo valorativo, conduzindo a situações de incerteza.²³⁸

Mais ainda. A função social se apresenta como causa de justificação das intervenções legislativas. Não é, portanto, uma *norma em branco*, com a qual o constituinte delegou ao legislador um poder amplo de determinação de conteúdo. Em termos diversos, a lei ordinária deve se conformar à função social, que vale como princípio hábil ao seu controle de constitucionalidade. Como salienta Pietro Perlingieri, o princípio tem finalidade assecuratória, impondo ao legislador ordinário “não apenas a predisposição de um estatuto que não conceda poderes supérfluos ou contraproducentes em relação ao interesse positivamente tutelado, mas também um estatuto que, em positivo, conceda ao titular aqueles poderes necessários para perseguir o interesse — determinável a cada vez — constitucionalmente relevante”.²³⁹

Merece cuidado a dissociação das idéias de direito subjetivo e função social, como valores antagônicos a serem hierarquizados. Como alerta Stefano Rodotà, tal raciocínio cria o risco de fazer prevalecer o direito subjetivo, com raízes mais profundas na tradição jurídica e

238. Luis Recasens Siches, “Unicidad en el metodo de interpretacion del derecho”, in *Estudios juridicos-sociales en homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 221.

239. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 227; também, Stefano Rodotà, “Proprietà (Diritto vigente)”, cit., p. 138.

expresso de modo mais claro em nosso direito positivo. Restaria à função social o papel de mera indicação pragmática, um resumo de outras disposições, sem valor autônomo normativo.²⁴⁰

Parece claro que se a propriedade é um direito — ou uma situação jurídica complexa — atribuído pela ordem jurídica a um titular, nada mais natural que essa mesma ordem jurídica estipule determinada conduta a ser seguida, ou fixe um objetivo social que, de um ponto de vista passivo, é cometido ao proprietário. Pode o ordenamento determinar comportamento específico do proprietário, sob pena de deixar ele de ser merecedor da tutela da propriedade.²⁴¹

O que é e qual é, efetivamente, a função social da propriedade? Não há resposta genérica e abstrata, uma vez que depende de cada ordem jurídica, em determinado momento histórico.

Em termos diversos, a função social seria um poder-dever do proprietário de dar ao objeto da propriedade determinado destino, de vinculá-lo a certo objetivo de interesse coletivo²⁴². Na definição de José Diniz de Moraes, a função social da propriedade “não é senão o con-

240. Stefano Rodotà, “Poteri dei privati e disciplina della proprietà”, in *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonha: Il Mulino, 1991, p. 397.

241. Ana Prata, *A tutela constitucional da autonomia privada*, cit., p. 164. A delicada questão da falta de tutela da propriedade que não cumpre sua função social comporta observações mais detidas, desenvolvidas no item 9.3.

242. Fábio Konder Comparato, “Função social da propriedade dos bens de produção”, cit., p. 75.

creto modo de funcionar a propriedade, seja como exercício do direito de propriedade ou não, exigido pelo ordenamento jurídico, direta ou indiretamente, por meio de imposição de obrigações, encargos, limitações, restrições, estímulos ou ameaças, para satisfação de uma necessidade social, temporal e especialmente considerada”.²⁴³

Disso decorre que a função social não pode ser encarada como algo exterior à propriedade, mas sim como elemento integrante de sua própria estrutura. Os limites legais são intrínsecos à propriedade. Fala-se não mais em atividade limitativa, mas sim *conformativa* do legislador²⁴⁴. São, em última análise, características do próprio direito e de seu exercício, que, de tão realçadas, compõem o próprio conteúdo da relação²⁴⁵. Como resume Pietro Perlingieri, a função social não deve ser entendida em oposição, ou ódio, à propriedade, mas “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”.²⁴⁶

Ressalte-se, aqui, que discussão sobre a natureza da função social — interna ou externa à relação jurídica —

243. José Diniz de Moraes, *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988*, cit., p. 111. z

244. Stefano Rodotà, “Intorno alla proprietà: ricerche, ipotesi, problemi dal dopoguerra ad oggi”, in *La civilista italiana dagli anni '50 ad oggi*, diversos autores, Pádua: Cedam, 1991, p. 456.

245. Luiz Roldão de Freitas Gomes, “O estatuto da propriedade perante o novo ordenamento constitucional brasileiro”, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 309, p. 30, jan./mar. 1990.

246. Pietro Perlingieri, *Perfil do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 226.

não é neutra e produz efeitos relevantes. Para aqueles que vêem a propriedade ainda como direito subjetivo e a função social como uma limitação externa, aplica-se o princípio da legalidade. As restrições e limitações devem sempre ser impostas por lei²⁴⁷. Ao invés, para aqueles que enxergam a propriedade como relação jurídica complexa, carregada de direitos e deveres, as chamadas restrições e especialmente a função social constituem o próprio conteúdo do instituto, podendo, pois, derivar da natureza das coisas ou de ato administrativo.²⁴⁸

Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1967, já traçava a nítida distinção entre os conceitos de limitação ao uso da propriedade, elaborado sob a inspiração de regras entre vizinhos, e o de bem-estar social, mais vasto que o de vizinhança ou de proximidade. Frisava, mais, que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social, sob pena de ser desaprovado.²⁴⁹

Note-se inexistir antinomia entre a função social da propriedade — entendida como o dever de proprietário de atender à sua natural finalidade promocional de bem-estar coletivo, conectada a outros valores constitucionais

247. Aldo Maria Sandulli, "Profili costituzionali della proprietà", cit., pp. 473-479.

248. Como alerta André Ricardo Cruz Fontes, a própria Constituição Federal, em diversos dispositivos, constitui importante fonte normativa primária de limitações à propriedade. ("Limitações constitucionais ao direito de propriedade", in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 451.)

249. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, cit., v. 6, p. 47.

— e o direito de usar, gozar e dispor dos bens. Apenas o exercício dos direitos tradicionais do domínio está condicionado à função social que lhe é intrínseca e subordinante.²⁵⁰

Indaga-se, ainda, se todas as categorias de bens — anteriormente vistas — sobre as quais incide a relação jurídica de propriedade estão subordinadas à função social. Parece claro que determinadas categorias estão mais estreitamente vinculadas ao princípio e não podem sequer ser cogitadas dele apartadas, até por expressa referência constitucional. Pense-se, por exemplo, nos bens de produção e nos imóveis rurais, afeitos, por natureza, a proporcionar bem-estar social.

No que se refere aos chamados bens de consumo, ou *propriedade pessoal*, a questão não é tranqüila. Parte da doutrina, entende que somente os bens produtivos — isto é, aqueles tendencialmente idôneos à produção de outros bens — podem atender interesses coletivos, que constituem o pressuposto de fato da função social²⁵¹. Não custa lembrar, porém, que a doutrina estrangeira — especialmente a italiana — que defende tal posição leva em conta que o artigo 42 da Constituição italiana fala expressamente em "bens econômicos".

A melhor posição, porém, é aquela que confere função social aos bens de consumo, especialmente os essenciais ao desenvolvimento da personalidade, conceito li-

250. Telga de Araújo, "Função social da propriedade", in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, cit., v. 39, p. 7.

251. Orlando Gomes, *Direitos reais*, cit., p. 108; ver também Stefano Rodotà, "Proprietà (Diritto vigente)", cit., p. 139.

gado, aqui, à igualdade. Cuida-se de garantir o acesso incondicionado de todos ao mínimo dos aludidos bens indispensáveis — por exemplo, alimentos básicos e medicamentos. Estabelece-se direta relação entre propriedade e personalidade, como um retorno à visão jusnaturalística de direito natural do homem e de garantia à sua liberdade.²⁵²

Como expõe André Osório Gondinho, não há qualquer contradição entre um bem ser utilizado para subsistência individual ou familiar e a incidência da função social. O bem consumível em tal caso atende sua natureza e função e não representa um “desperdício de potencialidade para a sociedade”. Contribui, de algum modo, ao atendimento das necessidades da pessoa e torna, ainda que em pequena medida, a sociedade mais rica.²⁵³

Ressalte-se, ademais, que a própria Constituição Federal não prevê qualquer exceção à regra da função social da propriedade privada, razão pela qual não há como restringir sua incidência aos bens produtivos. Isso porque, como explica Pietro Perlingieri, todos os bens, com uma intensidade diversa, têm utilidade geral e individual, pela singela razão que “em todas as hipóteses de propriedades ditas pessoais, ao satisfazer exigências me-

252. Angelo Lener, “Problemi generali della proprietà”, in F. Santoro-Passarelli (coord.), *Proprietà privata e funzione sociale*, Pádua: Cedam, 1976, pp. 16-19.

253. André Osório Gondinho, “Função social da propriedade”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, cit., p. 427.

recedoras de tutela, não necessariamente e exclusivamente do mercado de produção, mas também somente pessoais e existenciais, individuais ou comunitárias”²⁵⁴, realiza-se a função social.

Há sério desvio de perspectiva daqueles que confundem função social da propriedade com simples limitações ou restrições. Basta lembrar que a mesma figura da função social serve para proteger com incentivos a pequena e média empresas. Serve para subsidiar a instalação de indústrias em determinadas regiões do país. Serve para isentar do pagamento de tributos propriedades de valor histórico, preservadas ou tombadas. Serve para a concessão de crédito em condições privilegiadas para a aquisição da casa própria, ou para a instalação de indústrias geradoras de empregos. Serve para impedir a penhora sobre imóveis residenciais e suas pertencas. Em suma, fácil perceber que a função social pode servir de incremento e de incentivo a diversas formas proprietárias, ou de estímulo a determinadas condutas proprietárias socialmente relevantes. Em outras palavras, a função social, como fator determinante do comportamento proprietário, é fonte de estímulos e sanções de determinadas condutas. Na expressão de José de Oliveira Ascensão, a função social traz consigo obrigações positivas e negativas, limitadoras e impulsionadoras.²⁵⁵

254. Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, cit., p. 230.

255. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil — Reais*, 5ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 192.

9.1. A função social da propriedade e a política urbana

O artigo 182 da Constituição Federal reza que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Claro que a função social não se esgota no simples atendimento a determinado plano, mas sim busca tornar a cidade um lugar mais adequado para a convivência das pessoas. Por isso é que também as cidades de pequeno porte, que não tenham o plano diretor, sujeitam a propriedade urbana à funcionalização, mediante regras limitadoras e impulsionadoras legais e administrativas.²⁵⁶

As sanções à violação dos deveres proprietários previstos na Carta Política vão, em caráter sucessivo, desde o *parcelamento ou edificação compulsórios*, passando pela *imposição de imposto progressivo no tempo*, sobre a propriedade urbana e, por último, a *desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública*, resgatáveis em 10 anos, em parcelas anuais e sucessivas, assegurados, porém, o valor real da indenização e os juros legais.

Não custa ressaltar que a reserva legal incluída no artigo 182, parágrafo 2º — e a observação vale para a propriedade do artigo 186, que disciplina a propriedade rural —, tem necessária conexão e conteúdo preestabelecido no Título I da Constituição. Não pode o legislador

256. Marcos Alcino de Azevedo Torres, "Instrumentos urbanísticos e a propriedade urbana imóvel", in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 469.