

ORLANDO GOMES

BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

COIMBRA, 1985

ESTUDOS EM HOMENAGEM

AO

PROF. DR. A. FERREIR-COMBIA

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

SUMÁRIO: 1. Limitações, vínculos e ónus impostos à propriedade. 2. A função social. 3. Fonte da concepção. 4. Determinantes ideológicas. 5. A propriedade é uma função social? 6. Função social e limitações. 7. Sentido da expressão. 8. Conclusão.

1. Limitações, vínculos e ónus impostos à propriedade

O ponto de partida para uma análise da *função social da propriedade* no sistema económico, no regime político e no contexto *histórico* do tempo presente é o reconhecimento do significado que o respectivo *direito* vem assumindo nos países ocidentais.

Salta aos olhos que o *direito de propriedade* despiu-se das suas vestes romanas, que deixou de ser um atributo da personalidade do indivíduo, identificado, como direito natural, à sua *liberdade*.

As transformações por que está passando atingem-lhe a *estrutura* e a *função*, concorrendo para a *desagregação* do *poder* do proprietário, que definia outrora a essência da *propriedade capitalista*¹. O confronto entre os dois *significados* da propriedade no *plano histórico* denota que os modelos jurídicos são tão diferentes que o observador percebe sem esforço a crise do instituto através da notória inadequação das suas formas antigas às novas condições materiais de existência e às racionalizações

¹ HENRI LE PAGE, *Pourquoi la propriété*, Paris, Hachette, 1985, pág. 126.

ideológicas que o justificam nos dias de hoje. O descompasso é tão notório que dispensa uma sinopse de suas causas e fatores, muito embora o *sentido* que adquiriu na realidade contemporânea tenha de ser extraído dos «reflexos das estruturas sociais do momento histórico e do seu clima cultural», tanto na sua *forma* como no seu *sistema*.

Uma observação superficial do instituto da propriedade na sua configuração e articulações hodiernas revela, à primeira vista, que as transformações ocorrem precipuamente no *conteúdo* do *diricío* — *uti, frui, abuti*. Aos limites tradicionais do direito de propriedade que tinham maior repercussão social acrescentaram-se progressivamente novas limitações mais incisivas. Não só a lei, mas o juiz por via de interpretação, e a autoridade administrativa por meio de decretos, restringem crescentemente a autonomia do proprietário, até mesmo dos *bens de uso*². Mas não é apenas o esvaziamento dos poderes do proprietário ou a redução do volume do direito de propriedade que traduzem sua transformação. Se fosse, a sua substância não teria sido afectada, por isso que o fenómeno consistiria em nada mais do que um simples aumento da quantidade de *limitações*. A modificação sob o impulso de fatores conhecidos integrou-se a um contexto no qual as estruturas mentais estavam adquirindo nova inspiração. Por efeito imediato da *mudança de mentalidade*, o respeito à propriedade privada como direito intocável enfraqueceu, favorecendo: a) a multiplicação das transferências coativas, b) a defesa de interesses difusos, c) a limitação do seu uso. Avultaram os motivos que

² Como sucede, por exemplo, com a lei municipal que proíbe a erradicação de uma árvore do seu quintal, sem licença do alcaide, ou com as medidas da mesma autoridade que, para defender o ambiente, operam a *socialização da natureza*. Limitações também severas, impõem-se, principalmente, à *propriedade das empresas*, já se tendo chegado ao extremo, na França, de se legitimar a ocupação de uma fábrica com episódios de pilhagem, que implicavam o reconhecimento do direito dos trabalhadores sobre a empresa.

justificam a *desapropriação*; na área empresarial, amiudaram-se as *estatizações*; a proteção do *ambiente* passou a ser um interesse geral da sociedade e o exercício do direito deixou de ser absoluto, limitada que foi a sua extensão objetiva pelo obstáculo do *abuso do direito*. Essas variações não mudaram, contudo, o *espírito* do direito de propriedade como poder do sujeito de direito sobre uma coisa, seu objeto.

As *limitações*, os *vínculos*, os *ônus* e a própria *relativização* do direito de propriedade constituem dados autónomos que atestam suas transformações no direito contemporâneo, mas que não consubstanciam um *princípio geral* que domine a nova *função do direito* com reflexos na sua estrutura e no seu significado e que seja a razão pela qual se assegura ao proprietário a titularidade do *domínio*.

2. Função Social

Esse *princípio geral* é o da *função social*.

Com essa expressão de conceituação vaga o direito de propriedade — o direito subjetivo por excelência, na ordem patrimonial — passa a ser encarado como uma complexa *situação jurídica subjetiva*, activa e passiva³. Deixaria de ser um direito subjetivo sem se converter, entretanto, em simples *interesse legítimo*.

A qualificação da propriedade como *situação jurídica* abrangente de direitos, obrigações e *ônus* não é suficiente, contudo, para a definição do princípio consubstanciado no conceito de

³ PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, Jovene, pág. 70. Para o conceito de situação jurídica em KOHLER, DUGUIT, CARNELUTTI e BETTI, cons. TORQUATO CASTRO, *Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional*, São Paulo, Saraiva, 1985, págs. 54 a 66.

função social, necessário, que é, para possibilitar a sistematização de suas virtualidades. Importa, para mais, encontrar o seu significado, como se propôs ROĐOTÁ⁴, através da análise separada e sucessiva dos termos da expressão — *função e social*.

Vamos segui-lo.

A começar pelo vocábulo *função*. Esclarece o citado professor que o termo *função* contrapõe-se a *estrutura* e que serve para definir a maneira concreta de operar de um instituto ou de um direito de características morfológicas particulares e notórias. A partir do momento em que o ordenamento jurídico reconheceu que o exercício dos poderes do proprietário não deveria ser protegido tão somente para satisfação do seu interesse, a *função* da propriedade tornou-se *social*. O novo esquema manifestou-se pela consistência da *função*, sob tríplice aspecto: 1.º — a privação de determinadas *faculdades*; 2.º — a criação de um complexo de condições para que o proprietário possa exercer seus poderes; 3.º — a obrigação de exercer certos direitos elementares do domínio. A *funcionalização* da propriedade se resolveria na distinção entre espécies particulares de *bens*, classificados mediante critério *economico*, e pela modificação das normas que disciplinam a actividade do proprietário. Quanto aos bens, é relevante a classificação entre *bens de produção*, *bens de uso* e *bens de consumo*, por isso que «só os *bens produtivos* são idóneos à satisfação de interesses económicos e coletivos que constituem o pressuposto de fato da *função social*». Só apedeutas estendem aos *bens de uso* o princípio da *função social*, falando em função social da propriedade edilícia ou, até mesmo, na dos *bens duráveis*. Quanto à mudança do regime legal, as novas disposições normativas voltam-se para um momento da *actividade* do proprietário, que é o da *empresa*, ou, segundo outros autores, «a propriedade chamada a absorver a função social não é a propriedade direito-subjetivo, mas a

⁴ Proprieta, verb. in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV.

propriedade *instituto-jurídico*», indicativa de que «a *funcionalização* não toca o conteúdo do direito, ficando de fora, muito ao contrário».

Já o adjetivo que qualifica a *função* tem significado mais ambíguo. Desaprovando a fórmula negativa de que *social* é equivalente a *não-individualístico*, aplaude o emprego, para defini-lo, como critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas actividades económicas», para maior integração do indivíduo na colectividade. Em substância: como um «*parâmetro elástico*» por meio do qual se transfere para o âmbito legislativo ou para a consciência do juiz certas exigências do momento histórico, nascidas como *antítese* no movimento dialectico da aventura da humanidade.

Apesar da imprecisão da expressão *função social* e, sobretudo, da dificuldade de convertê-la num *conceito jurídico*, tornou-se corrente o seu uso na lei, preferencialmente nas Constituições, sem univocidade mas com expressiva carga psicológica, recebida, sem precauções, pelos juristas em geral.

3. Fonte da concepção

Essa receptividade conduz o jurista de hoje aos planaltos onde se movimentam as idéias, movido por dois propósitos:

- 1 — identificar a fonte da qual jorrou a ideação;
- 2 — indicar as determinantes ideológicas da concepção.

Pela influência que a sua obra do começo do século exerceu nos autores latinos, LEON DUGUIT pode ser considerado o pai da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social para a qual devem contribuir e, portanto, que o proprietário se deve comportar e ser considerado, quanto à gestão dos seus bens, como

um *funcionário* ⁵. Tornou-se clássico o seu texto explicativo da *função social* da propriedade. Vale a pena transcrevê-lo:

«A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a *função social* do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum, um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder» ⁶ — (*minha tradução*).

Ressaltando os discípulos a visão profética do mestre, iveram, no entanto, o desencanto de ver a doutrina da funcionalização da propriedade incorporada ao ideário político de Estados totalitários, à frente dos quais se colocou a Itália fascista.

À margem da consolidação da idéia nesses regimes políticos, teve o respaldo da doutrina da Igreja no pensamento de *Jacques Maritain*, na doutrina personalista de *Emmanuel Mounier* e em encíclicas que precederam à *Mater et Magistra*. Qualquer que tenha sido, no campo dessas influências, o impulso para a cristalização jurídica da ideia de *função social*, sua sobrevivência e difusão nos regimes pluralistas do após-guerra explicam a sua força e a sua «*finalidade racional*». Essa energia moral da concepção de que a propriedade é uma *função social* não tem, entretanto, inspiração socialista, como se supõe, por desinformação, particularmente os *socialistoides* levianos ou contrabandistas de idéias.

⁵ Jacques de LANVERVIN, *La Propriété, une nouvelle règle du jeu?*, Paris, Presses Universitaires, 1975, pág. 44.

⁶ *Traité de Droit Constitutionnel*, t. 3.

Muito pelo contrário. Se não chega a ser uma *mentira convencional*, é um conceito ancilar do regime capitalista, por isso que, para os socialistas autênticos, a fórmula *função social*, sobre ser uma concepção sociológica e não um conceito técnico-jurídico, revela profunda hipocrisia pois «mais não serve do que para embelezar e esconder a substância da propriedade capitalística». É que *legítima o lucro*, ao configurar a actividade do produtor de riqueza, do empresário, do capitalista, como exercício de uma profissão no interesse geral. Seu conteúdo essencial permanece intangível, assim como seus componentes estruturais. A propriedade continua *privada*, isto é, exclusiva e transmissível livremente. Do facto de poder ser *desapropriada* com maior facilidade e de poder ser *nacionalizada* com maior desenvoltura não resulta que a sua substância se estaria deteriorando.

4. Determinantes ideológicas

A mudança de significado é que adelgaça as colunas do direito de propriedade no próprio sistema que o abriga, acoberta e defende. Outra não é a razão por que funciona mal ou simplesmente não funciona a aplicação do *princípio* nos países *neoliberais*. Somente no quadro ideológico dos regimes fascistas é possível construir a figura do proprietário funcionalizado como a de um *concessionário* de serviço público, — sentenciou RODOTÀ, recordando a experiência do seu país. No seu livro de pesquisa sobre as origens do totalitarismo, PEKOFF transcreve a opinião de um dos responsáveis pela propaganda nazista, segundo a qual o direito de propriedade somente se justifica quando o proprietário respeita e cumpre suas obrigações relativamente à colectividade. Explicando-a HENRI LEPAGE, esclarece que, para o nacional-socialismo alemão, o que contava não era o aspecto legal do poder

do proprietário de usar, gozar e dispor dos seus bens, pouco importando que os particulares continuassem titulares do direito de propriedade, contanto que o Estado controlasse seu uso efectivo ⁷.

Nos regimes anti-totalitários, o proprietário não é *funcionário*, nem *concessionário*.

Todavia, o controle estatal da propriedade não conduz nenhum país ao socialismo, mas, sim, ao *corporativismo*.

Nem por isso, a limitação moderada do exercício do *direito* pela *cláusula geral* da chamada *função social* se reduz a uma simples «indicação programática». Se bem que se trate de uma fórmula que adquiriu dignidade constitucional, a garantia que as Constituições oferecem ao direito de propriedade contrabalançam a sua erosão. Desse equilíbrio, nascem problemas para a definição da fórmula fora do *corporativismo* ou do *neo-corporativismo*. Dentre esses problemas, dois deles despertam, no meu entender, maior interesse:

- 1.º — a propriedade é uma função social ou *tem* função social?
- 2.º — a função social confunde-se com as limitações e vínculos legalmente impostos ao direito de propriedade ou é o substracto de um princípio geral a ser observado na interpretação e na aplicação das normas constitutivas do respectivo *instituto*?

5. A propriedade é uma função social?

Ao que me consta, o primeiro problema foi levantado por PERLINGIERI na sua obra *Introdução à Problemática da Propriedade*, publicada em 1971 pela Escola de aperfeiçoamento em

⁷ *Pourquoi la propriété*, cit., pág. 23.

direito civil da Universidade de Camerino. Registrando a evidente diferença estrutural e política existente entre a propriedade que *tem* função social e propriedade que *é* função social, esclarece que, na primeira colocação, a propriedade permanece como uma situação subjectiva no interesse do titular, e que só *ocasionalmente* este é investido na função social, enquanto na outra perspectiva a propriedade é atribuída ao proprietário, não no interesse preponderante deste, mas no interesse público ou colectivo. Pondera, em seguida, que não é nítida a linha de demarcação entre a propriedade como direito subjectivo, isto é, como propriedade que *tem* função social, e a propriedade como *potestas* que *é* função social, mas que, no direito actual os titulares de situações jurídicas subjectivas são, ao mesmo tempo, titulares de *situações activas* e de *situações passivas*. A propriedade seria uma situação jurídica subjectiva com a natureza de um poder (*potestá*) que encerra deveres, obrigações e ónus⁸. Nesse sentido, a propriedade seria hoje uma função social quando exercida para certos fins.

6. Função social e limitações

O segundo problema consiste em saber «se a função social da propriedade se identifica com as limitações, os vínculos e os ónus ou se guarda, ao contrário, uma autonomia que prescinde da existência das mencionadas restrições, das quais constitui a justificação».

A resposta segundo a qual a função social da propriedade se identifica com o conjunto de limitações impostas pelo ordenamento jurídico confunde a *ratio* das leis restritivas com o seu texto. É verdade que se essas leis fossem a expressão resumida da função

⁸ *Op. cit.*, pág. 75.

social da propriedade, a sua garantia constitucional teria maior segurança e certeza, muito embora a exequibilidade do controle exclusivamente legislativo esteja condicionada a uma espécie de delegação que o transfere para o Executivo, a pretexto de que a lei não deve descer ao nível de regulamento. Dessa estratégia resulta insegurança e incerteza. Não é contudo sob esses aspectos que o problema deve ser abordado para a conceituação da função social da propriedade. Sua solução exige a determinação do alvo do conceito. A diferença está em que as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, e em que só se justificam, se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita.

A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autónoma e incidência directa no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do direito civil, como o princípio da boa fé nos contratos. É verdade que, assim considerada, se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da actividade do proprietário. Nessa optica, a acção do juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular, «uma acção de invenção e de adaptação», como se exprime LANVERSIN definindo a acção pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito⁹. É verdade que, nessa colocação se corre o risco de um *uso alternativo do direito* ou de uma resistência empedernida. Como quer que seja, o preceito constitucional que atribui função social à propriedade não tem valor normativo, porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua *ratio*.

⁹ *Op. cit.*, pág. 67.

7. Sentido da expressão

Estabelecidas essas premissas, pode-se concluir pela necessidade de abandonar a concepção romana da propriedade para compatibilizá-la com as finalidades sociais da sociedade contemporânea, adoptando-se, como preconiza ANDRÉ PIETTRE¹⁰, uma *concepção finalista*, a cuja luz se definam as *funções sociais* desse direito. No mundo moderno, o direito individual sobre as *coisas* impõe deveres em proveito da sociedade e até mesmo no interesse dos *não-proprietários*¹¹. Quando tem por objecto *bens de produção*, sua *finalidade social* determina a modificação *conceitual* do próprio direito, que não se confunde com a política das limitações específicas ao seu uso. A despeito, porém, de ser um *conceito geral*, sua utilização varia conforme a *vocação social* do bem no qual recai o direito — conforme a intensidade do *interesse geral* que o delimita, e conforme a sua natureza na principal *rerum divisio* tradicional. A propriedade deve ser entendida como *função social*, tanto em relação aos *bens imóveis* como em relação aos *bens móveis*. A *concepção finalista* apanha a *propriedade rural*, em primeiro lugar, porque a terra era até poucos tempos atrás o bem de produção por excelência, e a *empresa*, que é o seu objecto na *propriedade produtiva* da sociedade industrial, bem como, embora sem a mesma eficácia, os *valores mobiliários*. Não se trata de uma *posição apriorística*, mas sim de uma posição de rigor lógico com «o conceito de função social que polariza a propriedade para a realização de finalidades ou objectivos sociais». Não me parece, com efeito, como entende BARCELONA¹², que a função social da propriedade se resolva em

¹⁰ Apud LANVERSIN, *Op. cit.*, pág. 133.

¹¹ *Op. cit.*, pág. 133.

¹² *Gli istituti fondamentali del Diritto Privato*, Napoles, Jovene, 1970, pág. 148.

uma atribuição de competência ao legislador para intervir na relação entre o sujeito e o objeto do direito real e na qualificação das causas que justificam a intervenção. Essa política intervencionista compreende *técnicas* que encontram apoio na necessidade de defender os chamados *interesses difusos*, como é o caso da protecção do *ambiente*, ou de restringir certas faculdades do domínio até ao ponto de desagregá-lo, como já aconteceu em algumas legislações com o *direito de construir*. Essas *técnicas* também são aspectos da *modernização do direito de propriedade*, mas aspectos distintos de sua concepção finalística. Limitações, vínculos, ônus comprimem a propriedade, porque outros interesses mais altos se alevantam, jamais porque o proprietário tenha deveres em situação passiva característica.

8. Conclusão

Concluída esta análise teórica, o estudo estaria incompleto se não se fizesse um *flash* da recepção do conceito de função social no direito positivo. Nas Constituições das democracias ocidentais, o melhor texto, a meu aviso, é o artigo 14, alínea 2, da Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, que transcrevo:

«A propriedade obriga». O uso da propriedade deve concorrer também para o bem da coletividade»¹³.

Entre nós, a inserção de um dispositivo na Constituição, declaratório de que a propriedade tem uma função social e não pode ser exercida contra o interesse colectivo, se deu, declaradamente, na última. É verdade que a Constituição de 1946 prescreveu que o uso da propriedade deveria ser condicionado ao

¹³ Traduzido da edição em francês.

bem estar social — art. 147 — e que já em 1933 João MANGABEIRA, relator geral do ante-projecto governamental da Constituição de 1934, defendera o novo conceito em páginas brilhantes¹⁴. A Constituição teoricamente em vigor, de 1967 revisada em 1969, inclui a *função social* da propriedade no título dedicado à *ordem economica e social* como um dos seus *princípios fundamentais* — art. 160, III, e no parágrafo 22 do art. 153 assegura o direito de propriedade como um dos *direitos individuais invioláveis* (textual). Até por uma razão topográfica, como se vê, o efeito compressor do princípio da função social só se faz sentir quando a propriedade consiste numa *atividade económica*, tanto assim que, no mesmo título é que tem sede o artigo — art. 163 — que autoriza a intervenção do Estado no *domínio economico*.

Foi, porém, no Estatuto da Terra que a *função social* da propriedade ingressou em nosso direito positivo, através de um preceito no qual declara o modo como a desempenha integralmente.

A propriedade da terra cumpre a sua *função social* quando

- a) favorece, ao mesmo tempo, o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores e suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam — art. 2.º parágrafo 1.º — do *Estatuto da Terra*, lei n.º 4504, de 30-11-64.

Não define propriamente a locução *função social*, nem estabelece *limitações* ao direito do proprietário, que o comprimam.

¹⁴ Em torno da Constituição, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1934, págs. 216 a 224.

Traça o comportamento *regular* do proprietário, exigindo que exerça o seu direito numa dimensão na qual realize interesses sociais sem a eliminação do domínio privado do bem que lhe assegura as faculdades de uso, gozo e disposição. Esse comportamento não implica o cumprimento de *obrigações positivas*, nem determina *limitações* ao direito sob forma negativa, devendo tê-lo também os possuidores que não sejam proprietários. São exigências que traduzem a *mudança qualitativa* no tratamento legislativo da propriedade agrária, que «operam como critério formal de legitimação de certas intervenções do legislador ou que servem, na observação lição de RODOTÀ¹⁵, como critério, necessário de interpretação do material legislativo». É, em síntese, um *parâmetro* do exercício do direito de propriedade.

Em data mais recente, a *Lei das Sociedades Anónimas* — lei n.º 6.404, de 15-12-76 — alude duas vezes à *função social*: no art. 116 prescreve que accionista controlador deve usar seu *poder* de controle com o fim, dentre outros, de fazer a *sociedade* cumprir a sua *função social* e, no art. 154, preceitua que o administrador deve exercer as suas atribuições, satisfeita a exigência da *função social* da empresa, sem definir o que seja. Em nenhuma dessas hipóteses está em causa propriamente a *função social da propriedade*. A lei cogita do comportamento do *empresário*, não do proprietário, embora os equipare, filiando-se, ao que parece, à tese de que a empresa é um modo de exercício da propriedade. Como quer que seja, o comportamento exigido do controlador e do administrador na condução da empresa não tem na lei índices que facilitem a conceituação da *função social* da companhia ou da empresa.

Continua, pois, a ser um conceito indeterminado, mas como contraste da propriedade privada contemporânea dos bens de produção.

¹⁵ F. GALGANO e S. RODOTÀ, *Rapporti Economici*, t. II, Bolonha, Zanichelli, 1982, pág. 117.

Arrematando:

Nesses traços confusos de um instituto em crise, que revelam a inadequação das suas formas tradicionais, todavia não deve o jurista desesperar; mas lhe cumpre «divisar uma evolução lógica e transparente» e, como falou LUCKACS, procurar compreender e aliviar as dores do parto de um mundo novo que está para nascer.

ORLANOD GOMES