

4.

Jurisprudência Comentada

PERECIMENTO DO DIREITO DE DOMÍNIO E IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO REINVIDICATÓRIA. FAVELA CONSOLIDADA SOBRE TERRENO URBANO LOTEADO. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. PREVALÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL SOBRE O DIREITO COMUM.

Poder Judiciário — Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível 212.726-1/8, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes e reciprocamente apelados A. B. e Outros, O. P. de P. e Outros e R. B. S. e Outros:

Acordam, em 8.^a Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento ao recurso dos réus, prejudicado o recurso adesivo, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Des. Osvaldo Caron (Pres.) e Walter Theodósio, com votos vencedores.

São Paulo, 16 de dezembro de 1994 — JOSÉ OSÓRIO, Relator.

1. Ação reivindicatória referente a lotes de terreno ocupados por favela foi julgada procedente pela r. sentença de fls., cujo relatório é adotado, repelida a alegação de usucapião e condenados os réus na desocupação da área, sem direito a retenção por benfeitorias e devendo pagar indenização pela ocupação desde o ajuizamento da demanda. As verbas da sucumbência ficaram subordinadas à condição de beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Apelam os sucumbentes pretendendo caracterizar a existência do usucapião urbano, pois incontestavelmente todos se encontram no local há mais de 5 (cinco) anos, e ocupam áreas inferiores a 200 (duzentos) metros quadrados, sendo que não têm outra propriedade imóvel. Subsidiariamente, pretendem o reconhecimento da boa-fé e conseqüentemente direito de retenção por benfeitorias e, alternativamente, ainda, o deslocamento do *dies a quo* de sua condenação da data da propositura da demanda para a data em que se efetivou a citação.

Os autores contra-arrazoam, levantando preliminar de intempestividade do recurso e, no mérito, pugnando pela manutenção da sentença; e interpõem recurso adesivo, pretendendo a execução imediata das verbas de sucumbência em que foram condenados os réus.

O recurso adesivo também foi respondido.

O relator determinou diligência a respeito da publicação da sentença.

É o relatório.

2. O recurso é tempestivo. Conforme se vê de cópia do D.O. de 30.11.92 (fls. dos autos), constaram da publicação da sentença apenas os nomes dos advogados dos autores. O Dr. Procurador da Assistência Judiciária, que defende os réus, tomou ciência da decisão somente em 20.1.93 (fls.). Apresentado o recurso em 26.1, é ele tempestivo.

3. A alegação da defesa de já haver ocorrido o usucapião social urbano, criado pelo art. 183 da CF/88, não procede, porquanto, quando se instaurou a nova ordem constitucional, a ação estava proposta havia três anos.

Ainda assim, o recurso dos réus tem provimento.

4. Os autores são proprietários de nove lotes de terreno no Loteamento Vila Andrade, subdistrito de Santo Amaro, adquiridos em 1978 e 1979. O loteamento foi inscrito em 1955. A ação reivindicatória foi proposta em 1985.

Segundo se vê do laudo e das fotografias de fls. e s., os nove lotes estão inseridos em uma grande favela, a "Favela do Pullman", perto do Shopping Sul, Av. Giovanni Gronchi.

Trata-se de favela consolidada, com ocupação iniciada há cerca de 20 anos. Está dotada, pelo Poder Público, de pelo menos três equipamentos urbanos: água, iluminação pública e luz domiciliar. As fotos de fls. mostram algumas obras de alvenaria, os postes de iluminação, um pobre ateliê de costureira, etc., tudo a revelar uma vida urbana estável, no seu desconforto.

5. O objeto da ação reivindicatória é, como se sabe, uma coisa corpórea, existente e bem definida. Veja-se, por todos, Lacerda de Almeida:

"Coisas corpóreas em sua individualidade, móveis ou imóveis, no todo ou em uma quota-parte, constituem o objeto mais freqüente do domínio, e é no caráter que apresentam de concretas que podem ser reivindicadas (...)" ("Direito das Coisas", Rio de Janeiro, 1908, p. 308).

No caso dos autos, a coisa reivindicada não é concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.

Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. A favela já tem vida

própria, está, repita-se, dotada de equipamentos urbanos. Lá vivem muitas centenas, ou milhares, de pessoas. Só nos locais onde existiam os nove lotes reivindicados residem 30 famílias. Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.

A diligente perita, em hercúleo trabalho, levou cerca de quatro anos para conseguir localizar as duas ruas em que estiveram os lotes, Ruas Alexandre Archipenko e Canto Bonito. Segundo a perita:

“A Planta Oficial do Município confronta com a inexistência da implantação da Rua Canto Bonito, a qual foi indicada em tracejado” (fls.).

Na verdade, o loteamento, no local, não chegou a ser efetivamente implantado e ocupado. Ele data de 1955. Onze anos depois, a planta aerofotogramétrica da EMPLASA mostra que os nove lotes estavam cobertos por “vegetação arbustiva”, a qual também obstruía a Rua Alexandre Archipenko (fls.). Inexistia qualquer equipamento urbano.

Mais seis anos e a planta seguinte (1973) indica a existência de muitas árvores, duas das quais no leito da rua. Seis barracos já estão presentes.

Essa prova casa-se com o depoimento sereno do Padre Mauro Baptista:

“Foi pároco no local até 1973, quando já havia o início da favela do “Pullman”. Ausentou-se do local até 1979. Quando para lá retornou, encontrou a favela consolidada” (fls.).

Por aí se vê que, quando da aquisição, em 1978/79, os lotes já compunham a favela.

6. Loteamento e lotes urbanos são fatos e realidades urbanísticas. Só existem, efetivamente, dentro do contexto urbanístico. Se são tragados por uma favela consolidada, por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes.

A realidade concreta prepondera sobre a “pseudo-realidade jurídico-cartorária”. Esta não pode subsistir, em razão da perda do objeto do direito de propriedade. Se um cataclisma, se uma erosão física, provocada pela natureza, pelo homem ou por ambos, faz perecer o imóvel, perde-se o direito de propriedade.

É o que se vê do art. 589 do CC, com remissão aos arts. 77 e 78.

Segundo o art. 77, perece o direito perecendo o seu objeto. E nos termos do art. 78, I e III, entende-se que pereceu o objeto do direito quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico; e quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

No caso dos autos, os lotes já não apresentam suas qualidades essenciais, pouco ou nada valem no comércio; e não podem ser recuperados, como adiante se verá.

7. É verdade que a coisa, o terreno, ainda existe fisicamente.

Para o direito, contudo, a existência física da coisa não é o valor decisivo, consoante se verifica dos mencionados incs. I e III do art. 78 do CC. O fundamental é que “a coisa” seja funcionalmente dirigida a uma finalidade viável, jurídica e economicamente.

Pense-se no que ocorre com a denominada desapropriação indireta. Se o imóvel, rural ou urbano, foi ocupado ilicitamente pela Administração Pública, pode o particular defender-se logo com ações possessórias ou dominiais. Se tarda e ali é construída uma estrada, uma rua, um edifício público, o esbulhado não conseguirá reaver o terreno, o qual, entretanto, continua a ter existência física. Ao particular, só cabe ação indenizatória.

Isto acontece porque o objeto do direito transmutou-se. Já não existe mais, jurídica, econômica e socialmente, aquele fragmento de terra do fundo rústico ou urbano. Existe uma outra coisa, ou seja, uma estrada ou uma rua, etc. Razões econômicas e sociais impedem a recuperação física do antigo imóvel.

Por outras palavras, o *jus reivindicandi* (art. 524, parte final, do CC) foi suprimido pelas circunstâncias acima apontadas.

Essa é a Doutrina e a Jurisprudência consagradas há meio século no direito brasileiro.

8. No caso dos autos, a retomada física é também inviável.

O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito.

É uma operação socialmente impossível.

E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.

Ensina L. Recaséns Siches, com apoio explícito em Miguel Reale, que o Direito, como obra humana que é, apresenta sempre três dimensões, a saber:

"A) Dimension de hecho, la cual comprende los hechos humanos sociales en los que el Derecho se gesta y se produce; así como las conductas humanas reales en las cuales el Derecho se cumple y lleva a cabo.

B) Dimensión normativa (...).

C) Dimensión de valor, estimativa, o axiológica, consistente en que sus normas, mediante las cuales se trata de satisfacer una série de necesidades humanas, esto intentan hacerlo con las exigencias de unos valores, de la justicia y de los demas valores que esta implica, entre los que figuran la autonomía de la persona, la seguridad, el bien común y otros.

(...) pero debemos precarnos de que las tres (dimensiones) se hallan reciprocamente unidas de un modo inescindible, vinculadas por triples nexos de esencial implicación mutua". ("Introducción al Estudio Del Derecho", México, 1970, p. 45).

Por aí se vê que a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico.

9. O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar atribuído ao proprietário pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só pode se fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, o CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5.º, XXII e XXIII; 170. II e III; 182, 2.º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como, por exemplo, as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração.

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os

interesses do proprietário. Veja-se, a esse propósito, José Afonso da Silva, "Direito Constitucional Positivo", 5.ª ed., p. 249/0, com apoio em autores europeus).

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos.

10. No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social. O loteamento — pelo menos no que diz respeito aos nove lotes reivindicados e suas imediações — ficou praticamente abandonado por mais de 20 (vinte) anos; não foram implantados equipamentos urbanos; em 1973, havia árvores até nas ruas; quando da aquisição dos lotes, em 1978/9, a favela já estava consolidada. Em cidade de franca expansão populacional, com problemas gravíssimos de habitação, não se pode prestigiar tal comportamento de proprietários.

O *jus reivindicandi* fica neutralizado pelo princípio constitucional da função social da propriedade. Permanece a eventual pretensão indenizatória em favor dos proprietários, contra quem de direito.

Diante do exposto, é dado provimento ao recurso dos réus para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, e prejudicado o recurso dos autores.

JOSÉ OSÓRIO

COMENTÁRIO

ALCIDES TOMASETTI JR.

Professor na Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO: 1. Importância do julgado e omissão provável quanto à situação de seus resultados. — 2. Enunciação antecipada das conclusões do comentário. Plano da análise. — 3. Precisão dos conceitos pressupostos ao comentário. — 4. Direito (em sentido) objetivo e direito (em sentido) subjetivo. Inculcência e concretização do ordenamento. Posições jurídicas subjetivas e direito de domínio. — 5. Discriminação dos significados e sentidos de "propriedade" na Constituição Federal; revogação do direito comum. — 6. A estratégia da decisão jurisdicional comentada. — 7. As "relações jurídicas proprietárias". — 8. Função social e "propriedades".

1. A IMPORTÂNCIA DO JULGADO E A OMISSÃO PROVÁVEL QUANTO À SITUAÇÃO DE SEUS RESULTADOS

§ 1.

O acórdão que está na mira dessas anotações é daqueles casos em que corajosamente se questionam algumas das estruturas fundamentais do ordenamento jurídico, e, por consequência, o sistema como um todo.

Pesquisas desenvolvidas a respeito do *thema decidendum* não resgistraram precedentes. Os meios de comunicação em massa deram notícia do julgamento da Oitava Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferido a 16.12.1994, por unanimidade de votos, nos autos da apelação cível n. 212.726-1/8 - comarca da capital. As reações tendencialmente simpatizaram com o pronunciamento do Tribunal, mas, como é de se esperar e compreender, a projeção do alcance (e, muito menos, do alcance máximo do aresto) não foi investigada. O que também não surpreende: muitos livros que versam o direito civil — da parte geral ao direito das coisas, especialmente — teriam de ser repensados e refeitos. E, a final de contas, por que não aguardar, comodamente, a coisa julgada, para, depois, caso vier a se formar, fingir esquecê-la?

2. ENUNCIÇÃO ANTECIPADA DAS CONCLUSÕES DO COMENTÁRIO. PLANO DA ANÁLISE

§ 2.

A motivação do julgamento é concludente e incisiva, quer que se queira, ou não, aceitar as razões do decidir. Estas razões talvez possam ser concentradas, por antecipação, no seguinte modo: a ação (em sentido material) para que o titular de direito de domínio, sobre lotes residenciais urbanos, possa haver (não se tratava de reaver) a posse da coisa, tem de ser julgada em adequação ao modelo constitucional de propriedade, desacolhendo-se a pretensão real à imissão quando não seja justamente deduzida, conforme o princípio da função social.

Mais analiticamente, o acórdão refere a composição da *ratio decidendi* — ora resumida de acordo com o desenvolver da análise subsequente — sob os respectivos itens 09 e 10 (*ultra*, § 16).

§ 3.

Nestes comentários, algumas questões de direito atacadas resolutamente pelo julgamento serão abordadas. O fito principal das anotações vai ser direcionado a explorar a decisão considerando-se, sobretudo, aqueles aspectos sistêmicos de direito positivo e de dogmática jurídica implicados, pressupostos ou de qualquer modo concorrentes à fundamentação, constitucional *et infra*, do aresto.

3. PRECISÃO DOS CONCEITOS PRESSUPOSTOS AO COMENTÁRIO

§ 4.

Certas precisões conceituais carecem, antes de mais nada, de ficar assentadas o mais claramente possível, para ordenar as idéias.

A começar pela definição estipulativa do que possa ser o conceito jurídico-dogmático de "propriedade". Em seu mais amplo significado, a palavra "propriedade", em atenção à dogmática tradicional, equivale a direito subjetivo patrimonial. Desta acepção, no Brasil, muitíssimo se usa, e quase nunca conscientemente. Os textos escolares nada advertem a respeito, e quase nunca se aprende algo a respeito na modorra

das faculdades. Mas o ponto está correlacionado a questões práticas — surpreendentes, até certo grau — como adiante será mostrado.

§ 5.

Por enquanto, convém entender e apreender o seguinte: "Propriedade é tudo que se tem como próprio.[...] É próprio nosso tudo que é parte do nosso patrimônio, que é o nome que se emprega para designar o todo composto dos bens reunidos sob a pessoa a que pertence. [...] Se disséssemos 'minha propriedade' não aludiríamos a esse todo. O patrimônio é coextensivo às propriedades de alguém, quer se trate de direitos reais, quer de direitos pessoais. O domínio, não. Não há domínio de direitos pessoais. Já aí intervém o conceito de *corporiedade*; não se fala do domínio dos direitos oriundos de contrato de locação de serviços ou de empréstimo. A *dominica potestas* é o poder sobre as coisas corpóreas [...]"

Num segundo significado, bem menos lato, o termo "propriedade" designa todos os direitos subjetivos reais (e, pois, *in patrimonio*); isto é, o domínio e a totalidade dos direitos reais limitados. Eis o que ressalta do art. 647, CC, *caput*, no qual o vocábulo "propriedade" emprega-se para indicar "domínio". Neste âmbito, "propriedade" é todo "direito irradiado em virtude de ter incidido regra de direito das coisas (cp. arts. 485, 524 e 862)".

§ 6.

De acordo com uma terceira estipulação, ainda mais reduzida, "propriedade" denota o direito subjetivo patrimonial que tem por objeto bem incorpóreo. "Coisa" é palavra que, por antonomásia, convém particularmente reservar-se para referir apenas os "bens corpóreos", sobre os quais incidem os direitos subjetivos reais consoante a tradição romano-germânico-canônica, pois outra é a construção jurídica nos países de *common law*.

§ 7.

Em quarto e último significado — "estritíssimo" — o termo "propriedade" designa somente o "domínio".

O direito subjetivo real chamado domínio diferencia-se, enquanto direito subjetivo real pleno, dos direitos subjetivos reais limitados (por exemplo, o usufruto, as servidões, o penhor, a hipoteca etc). *Dominium est plena in re potestas*. "O domínio e os direitos reais limitados distinguem-se pelo conteúdo: esses são direitos de abrangência parcial, ao passo que aquele é de abrangência total. Por isso mesmo a técnica jurídica procura determinar, claramente, os contornos ou limites dos direitos reais limitados: quem só tem servidão de passar somente pode passar, e não usar ou fruir; quem tem direito de habitação somente pode habitar".

Ainda assim, as leis, que se expressam na linguagem natural, caso não interpretadas em conformidade ao significado jurídico das palavras que usam, podem causar embaraços gravíssimos. A título de exemplo recorde-se que, no art. 1.572, CC, a palavra "domínio" está em lugar de "propriedade", consoante a área coberta pelo sentido mais amplo da palavra; ou seja, equivale, basicamente, a "direitos subjetivos patrimoniais".

4. DIREITO (EM SENTIDO) OBJETIVO E DIREITO (EM SENTIDO) SUBJETIVO. INCIDÊNCIA E CONCRETIZAÇÃO DO ORDENAMENTO. POSIÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS E DIREITO DE DOMÍNIO

§ 8.

Vale deter-se um pouco sobre uma elaboração teórica da categoria, talvez ainda imprescindível ao pensamento jurídico, denominada direito subjetivo. A propósito desse conceito, a parte maior dos textos escolares é pouco prestável; as mais das vezes reportam-se a polémicas completamente superadas, cujo contexto se perdeu, havendo entrado, em substituição a antigas circunstâncias e injunções datadas, novas e muito mais complexas proposições teóricas, por igual jungidas à própria circunstância.

Uma dessas novas construções teóricas que tematizam o chamado direito (em sentido) subjetivo procura descrevê-lo como posição jurídica subjetiva ativa complexa. Diz-se "direito subjetivo" ou "posição subjetiva ativa" para realçar o fenómeno da concretização das normas jurídicas mediante a respectiva incidência, e conseguinte individuação dos enunciados constitutivos das regras jurídicas (= direito em sentido objetivo), a saber, a hipótese ou previsão, e a correspondente consequência ou efeito.

§ 9.

Para ilustrar a teoria, recorde-se o art. 159, CC. "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano". Desmembrando-se essa norma nas duas partes que a estruturam, têm-se: a) previsão ou hipótese: "Se alguém violar direito de outrem, ou causar prejuízo a outrem, por causa de ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência"; b) consequência ou efeito: "ficará obrigado a reparar o dano".

O art. 159, CC, integra o direito objetivo, expressão em sinonímia costumeira para com o "ordenamento jurídico". Essa regra, contida no art. 159, CC, é direito (em sentido) objetivo na exata medida em que compõe a macroestrutura (= sistema jurídico), objetivamente — quer dizer — considerada em si mesma, sem particulares referenciamentos a situações (= casos concretos) ou pessoas (= sujeitos) individualizáveis desde logo. O art. 159, CC, não remete a nenhuma situação concreta nem determina os sujeitos correspondentes.

Tão logo, porém, no plano concreto, factual, vier a acontecer uma situação em que — dolosa ou culposamente, uma pessoa violar direito de outra pessoa, ou causar-lhe prejuízo — a previsão normativa, incidindo, irá subjetivar-se (normalmente serão conhecidas ou descobertas as circunstâncias do caso e também as identidades do sujeito-causador da infração e do sujeito-vítima), ficando o autor dos prejuízos obrigado a indenizar aquele que sofreu os danos. Vê-se, pois, que a norma do art. 159, CC, atribui ao sujeito-vítima uma posição jurídica ativa, consistente em poder-exigir, poder-agir e obter, do sujeito causador da violação, ou do prejuízo, o ressarcimento integral dos danos experimentados, patrimoniais ou extrapatrimoniais que sejam (CC, arts. 75 e 1.518).

Dá dizer-se que a vítima seja titular de um direito em sentido subjetivo (ou seja, que é pertinente ao sujeito-enquanto-vítima) à total indenização dos prejuízos sofridos.

A macroestrutura (= sistema) pela qual se integra o ordenamento jurídico, muito mais se complexifica e se enriquece a cada incidência, pois essas repercutem sistemicamente, em todas as subestruturas do direito objetivo. Este, no entanto, tende à permanência dinâmica mediante auto-regulação e autotransformação, de modo que pode sustentar-se que as expressões "direito objetivo" e "direito subjetivo" apontam para o mesmo objeto lógico (isto é, ao direito-ordenamento), privilegiando-se, ora a só perspectivação lógico-objectual, ora o mesmo objeto depois da incidência das normas que o constituem, de sorte a já poder saber-se a que situação, concretamente, aquelas normas colheram, e a quais pessoas, subjetivamente, atribuíram posições jurídicas ativas (em especial "direitos subjetivos"), e impuseram posições jurídicas passivas (ditas, sem técnica alguma, "obrigações").

A dogmática tradicional terá sempre ao seu lado — a reforçar-lhe uma parcial e inafastável permanência — a descrição do fenómeno de concretização e subjetivação das normas jurídicas mediante a metáfora da incidência, dela decorrendo a distinção entre posições jurídicas subjetivas conflitantes, vistas de maneira abstrata e genérica, antes da incidência, e a visão dessas mesmas posições conflitantes depois da incidência, quando elas se consideram verificadas *in concreto*, individualizando-se os seus sujeitos. O conflito interposicional resolveu-se, no exemplo, reconhecendo-se, no contexto conflituoso, à vítima, a posição de sujeito do interesse subordinante, impondo-se, ao autor do dano a posição de sujeito do interesse subordinado à finalidade da reparação (CC, 159, 1518).

Chama-se — classicamente — relação jurídica (*rapporto giuridico; Rechtsverhältnis*), essa ligação, contraposta e conflitual, que nasce, depois da incidência do direito objetivo, entre os sujeitos daqueles interesses (subordinante e subordinado), na medida em que o ordenamento atribui, ao lesado, uma posição jurídica subjetiva ativa ("direito subjetivo"), apta a lhe proporcionar o ressarcimento, ficando o causador da lesão na posição jurídica passiva ("obrigação") consistente em ter de indenizar.

A análise idêntica agora aplicada ao art. 159, CC, não pode submeter-se, todavia, o igualmente célebre art. 524 do mesmo Código. Nele se apóia o direito subjetivo *real* de domínio.

Para fins operacionais — de maneira que ficam, entre parênteses provisórios, as explosões polémicas e justificadas —, pode assim definir-se o direito (em sentido) subjetivo: trata-se de uma posição jurídica subjetiva ativa complexa, unitária e unificante de posições jurídicas subjetivas ativas elementares, ou seja, implica um conjunto de faculdades, pretensões, poderes formativos e imunidades, os quais se acham em estado de coligação normal e constante, sob a titularidade de um sujeito determinado, relativamente a determinado objeto.

O direito subjetivo de domínio, aliás, ministra o paradigma escolar para, superficialmente embora, aceder ao entendimento desse conceito.

§ 10.

Realmente, o *dominus* de um imóvel urbano está legitimado para exercer, em face da coisa, incontáveis faculdades (pode ele próprio usar o imóvel para fim residencial, comercial, empresarial, ou para temporada de férias; pode ajardiná-lo; derrubar-lhe paredes, ou mesmo não o usar, apenas mantendo-o de acordo, e.g., com as posturas municipais). O titular do direito de domínio, que é direito absoluto, direcionado, isto é, a sujeito passivo universal, tem pretensão (real) a excluir da posse da coisa todos

os outros consociados. Caso o direito real sofra negação, sem esbulho, tem **pretensão (real) confessória**; se algum direito real limitado for afirmado, contra a plenitude do domínio, tem **pretensão (real) negatória**; se a coisa lhe for esbulhada tem **pretensão (real) reivindicatória** para reavê-la de quem injustamente a detenha; se adquiriu o domínio do imóvel urbano, sem que tenha sido investido na posse correspondente, nasce-lhe **pretensão (real) para havê-la ou imitar-se nela**.

§ 11.

No conteúdo do domínio inserem-se, também, vários **poderes formativos**, cujo exercício vai percutir efeitos na esfera jurídica do titular, ou na esfera dele e de terceiros, sem que seja alterada, imediata ou necessariamente, a situação de fato. O exercício do poder de disposição da titularidade dominial extingue a relação jurídica de direito das coisas, em cujo pólo ativo, figurava, até então, como sujeito ativo, o disponente. Cuida-se, aqui, de um **poder formativo extintivo**. A situação de fato poderia entretanto permanecer inalterada uma vez posto em prática o constituto possessório (arts. 620, 675, CC). Haverá exercício do **poder formativo modificativo** quando, por exemplo, o *dominus* entregar o imóvel em locação — modificação de esferas jurídicas do locador e do locatário regulada pelo direito das obrigações —; constituir usufruto em favor de terceiro; ou doar o imóvel urbano, reservando-se o usufruto, ou, ainda, hipotecar a coisa (modificações disciplinadas pelo direito das coisas). São também expressivos os casos em que o titular do domínio exerce **poderes formativos constitutivos**, como se dá no estabelecimento de passagem forçada, ou na constituição de servidão de águas em prédio próprio, com intenção de, no futuro, desdobrá-lo em áreas distintas, e ficar como proprietário pleno do prédio dominante.

§ 12.

Finalmente, está o *dominus*, no exemplo dado, sob poderosa **imunidade**. Em princípio, tudo o que se passar com a coisa, sem que ele consinta ou assinta, é absolutamente ineficaz. Há **imunidade eficaz absoluta** em relação a todos os atos e negócios jurídicos inoperáveis *a non domino*. A desapropriação mesma terá de ser mediante prévia e justa indenização em dinheiro: aqui, a imunidade é relativa, e apesar dessa relatividade, inegavelmente forte.

"... *il diritto di proprietà (terribile, e forse non necessario diritto)*...". A Constituição da República, porém, deu-lhe foro de direito fundamental, regulação, esta, que permanece bem longe da imprescindível compreensão. É mister enfrentar também esta barreira.

5. DISCRIMINAÇÃO DOS SIGNIFICADOS E SENTIDOS DE "PROPRIEDADE" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; REVOGAÇÃO DO DIREITO COMUM.

§ 13.

A *summa divisio* imperante entre os bens jurídicos, desde o advento da sociedade industrial, diferencia os bens de consumo dos bens de produção. Os textos escolares remontam à sociedade agrária, pré-industrial, e calcam na distinção magna, que o Código Civil espelha, entre bens móveis e bens imóveis, como se nada novo sob o sol houvesse.

A disciplina da propriedade imóvel urbana, inclusive sob o aspecto dos compromissos de venda e compra cujos instrumentos estejam ou não estejam registrados, e igualmente no que concerne à ordenação jurídica do parcelamento do solo, quer, mesmo, no que tange ao condomínio em edifícios por apartamentos —, tratam-na os civilistas como “exceções” ao regime originário do direito romano, da revolução francesa, e da dogmática pandectística alemã (pouco estudada no País, acrescente-se).

A Constituição Federal de 1988 liqüidou com esses pruridos de reacionarismo doutrinário, não raro levado aos pretórios por magistrados (exemplares), que se educaram, de ordinário sem percebê-lo, sob a ótica tacanha desse imobilismo, dessa preguiça dogmática, dessa insensibilidade social, e da desconsideração dos princípios e normas de direito constitucionalizados para extirpar esses arcaísmos nas concepções jurídicas de vida.

Nessa demolição progressiva do *status quo*, registra-se, sem dúvida, um ímpeto inovador do acórdão cujo comentário está a ser, paulatinamente, preparado *ad fulcrum*.

Esse caminhar tem de fazer parada no texto constitucional.

Neste, precisam de identificação clara, conquanto por estipulação lógica, os diferentes sentidos da palavra “propriedade”, adiantando-se que, na base dessas diferenciações, encontram-se, de entre outros, dois binômios: propriedade sobre bem de consumo/propriedade sobre bem de produção; propriedade sobre bem imóvel urbano/propriedade sobre bem imóvel rural.

§ 14.

O termo “propriedade” — no art. 5.º, *caput*, bem como nos seus incisos XXII e XXIII, e assim também nos incisos II e III, ao art. 170, da Carta Federal — está empregado no significado amplíssimo de direito subjetivo patrimonial.

A importância dessa abrangência, paradoxalmente, precisa ser posta em realce. Pois ao ativo patrimonial — a todas as posições jurídicas subjetivas ativas, dotadas de valor econômico e expressão pecuniária, é que se reconduz a garantia constitucional da propriedade.

No *caput* ao art. 5º da Constituição Federal, o direito à propriedade garante-se, no mais elevado plano, juntamente com o direito à vida, à liberdade e à segurança. Parece que o direito à propriedade, neste contexto, tem um sentido axiologicamente personalístico, coextensivo à “dignidade da pessoa humana”, ou seja, a um dos fundamentos da ordenação constitucional do Estado Democrático de Direito (CF, 1.º, inciso III). Cuida-se da propriedade (em senso larguíssimo) no grau ético máximo, em que se hajam de estadear tanto a instituição social (fenômeno pré-positivo) como o reconhecimento e a tutela a ela predispostos pelo ordenamento jurídico (institutos jurídicos).

É este o sentido da inserção do direito à propriedade no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988. Trata-se de uma reação, incorporada ao direito positivo em vigor, contra o pensamento da propriedade (*latissimo sensu*) como categoria jurídica conceitual-formal, o que equivale a circunscrevê-la ao esquema do direito subjetivo e à sua predominante lógica de exclusão, em que preponderam pretensões direcionadas a sujeito passivo universal (eficácia pretensional *erga omnes*).

Imantado àquela significação existencial ínsita à dignidade da pessoa, o sentido primeiro e originário da propriedade — enquanto instituição e instituto jurídico — certamente não está em legitimar alguém para repelir todos os que se intrometam ou interfiram na posição jurídica da qual é o exclusivo titular, relativamente a um

determinado bem. O **personalismo ético** enxerga na propriedade o primado da possibilidade de que o ser humano — com os bens ou graças aos bens a ele atribuídos como próprios — tenha a oportunidade de criar, expandir e consolidar a sua personalidade, na medida em que se lhe assegure, juridicamente, o desfrute de um espaço vital, individualizado ao ponto de favorecer o surgimento de **uma pessoa, em sentido ético-jurídico**, de um ente dotado de liberdade e dignidade (o que significa ser um fim em si mesmo; único, e irredutível a fins alheios). Em suma: o **fundamento ético da propriedade pessoal** dessume-se da circunstância de que o indivíduo, pelo intermédio dela, cria um “ambiente vital”, ou uma “esfera personalíssima de influência”, de que é titular em situação de **influxos relacionais recíprocos**, tanto que, àquele “ambiente”, imprime o próprio caráter, o qual, nesse mesmo ambiente se reflete, se revela, se constrói e se reconstrói. **interativamente.**

§ 15.

Por outro lado, o “direito à propriedade”, a que alude o *caput* do art. 5.º, CF, implica, desenganadamente, a pertinência de bens de consumo em sentido estrito — destinados, isto é, ao desfrutamento pessoal no círculo individualizado em que figura o titular deles (“propriedade personalíssima”) —, sem prejuízo dos chamados bens sociais correlacionados à seguridade, à educação e à cultura, ao meio-ambiente, à proteção da maternidade, da infância e da senectude (CF, 6.º, 196-197; 201-204; 205-217; 225; 201, III, 203, I-II, 227; 230).

Os bens de produção, à evidência, não se podem conter num espaço vital individualizado.

A propriedade privada de bens de produção redonda em poder sobre os bens que se também se projeta e se exercita sobre homens. Não é por outra razão que a propriedade privada sobre os bens de produção — a qual dá suporte decisivo à livre **iniciativa empresarial**, configuradora, por excelência, da atividade econômica, consoante o modelo constitucional (art. 1.º, III; 170, II, e 173, *caput*) — **está funcionalizada à meta de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”** (art. 170, *caput*), e não, meramente, à acumulação da riqueza, e à apropriação individual do lucro, pelo empresário. A “função social da propriedade”, no que diz respeito aos bens produtivos, ressalta.

Insista-se, todavia, que não é somente com os bens de produção que tem a ver a “função social da propriedade” (CF, art. 5, XXIII). O acórdão sob análise — “serenamente”, como afirma — aplicou o princípio a bens imóveis urbanos loteados para fim residencial, e que, também por isso, não poderiam entrar na classe dos bens produtivos.

Por outro lado, o assentamento do “direito à propriedade”, na CF, art. 5.º, *caput*, não permite ressuscitar a ideologia envolvida pela asserção de que “a propriedade é projeção da personalidade”. A afirmativa é originária do período da Revolução Francesa, quando se perceberam, com senso gálico peculiar, as concretas possibilidades da propriedade privada (sobre os bens de consumo e sobre os bens de produção) para a gestação e a atuação da liberdade. Já se viu como o “direito à propriedade”, no *caput* do art. 5.º, CF, corresponde à exigência ética material de uma esfera personalíssima individualizada, em cuja dimensão têm de participar bens de consumo em sentido estrito, suscetíveis de titularidade e desfrute **funcionalizados** à criação, ao desenvolvimento e à consolidação do ser chamado pessoa, no sentido axiológico-normativo do termo.

Sustentar, simplesmente, que "a propriedade é projeção da personalidade", importa em postular que a propriedade de bens produtivos e de bens de consumo é sempre e exclusivamente projeção, integração e proteção do respectivo titular jurídico-formal, e exaurir a problemática do ordenamento jurídico da propriedade nessa perspectiva ideológica.

§ 16.

O fio do discurso até agora expresso induz à percepção de que "propriedade" não traduz noção unitária (*supra*, §§ 5, 6, 7, 13, 14 e 15). Propriedade sobre bens de consumo; propriedade sobre bens de produção; propriedade personalíssima; propriedade privada; propriedade pública; propriedade industrial etc., são expressões que denotam a existência de específicos regramentos de direito. Não sobreviveu, no direito positivo, a antiga pretensão, que a dogmática tradicional ainda sustenta, a uma noção de cerne fixo, definitivo, de "propriedade".

Isto quer dizer da dificuldade de se apoiar, sem constrangimentos de ordem prática positivada, a unidade do conceito de domínio, por exemplo, enquanto síntese das posições jurídicas elementares correspondentes ao uso (faculdade), ao desfrute imediato (faculdade), no desfrute mediato (poder formativo modificativo), à disposição (poder formativo extintivo), à petição da coisa (pretensão) etc.

Nos dias correntes, tornou-se tênue, muito tênue, o mínimo denominador comum entre as figuras de propriedade, que se diversificaram a tal ponto que, para fins práticos e teóricos, releva cada vez mais o estabelecimento das diferenciações entre os regimes de espécie, do que a descoberta dos pontos de coincidência.

Uma das maiores dificuldades dogmáticas em matéria de "propriedade" encontra-se, agora, em saber se há, mesmo, um instituto jurídico da propriedade, ou se, em realidade, sob uma ilusória tematização, unificante no plano formal, não se movimentam e se entrecruzam "institutos proprietários diversos", que multiplicaram, com suas estruturas e funções jurídicas singularizadas, a noção, o conceito e o instituto unitariamente postulados.

Fala-se numa teoria das propriedades diferenciadas, e bastante já foi escrito a respeito. No Brasil, muito pouco. Está em crise global gravíssima a ideiação unitária do instituto jurídico "propriedade", e quase ninguém se preocupa com as conseqüências práticas e dogmáticas dessa crise. Os maus resultados dessa endemia da indiferença estão por toda a parte. O malfadado enunciado sumular n. 167, STF, foi um dos mais dolorosos exemplos disso ("Não se aplica o regime do Dec.-lei 58, de 10.12.37, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou a efetuar o registro"). O desprezo para com a justiça apoiada no sistema haveria de se repetir na norma sumulada sob o n. 621 ("Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis"). Tudo isso por causa de um pretensão instituto jurídico unitário da propriedade.

Há, para ser dogmaticamente instaurados, o (re)conhecimento e a individuação dos "institutos proprietários", ao lado da pesquisa acerca da atual dimensão do mínimo denominador comum das propriedades, encolhido que restou nalgumas pouquíssimas normas, aplicáveis, em tese, a todas as figuras de propriedade que se conhecem. No percurso da fabricação dessa teoria geral, contudo, aparecerá a necessidade de análise minuciosa, paciente, para separar da velha teia conceitual tudo aquilo que, seja em conseqüência da tipificação legal, seja em decorrência da tipificação social (o que agride

o princípio do número clauso no direito das coisas), conquistou fisionomia, independência e autonomia normativas, tal como se constitui um instituto jurídico singularizado (estrutura) que se ampara e se alimenta da própria utilidade social (função).

6. A ESTRATÉGIA DA DECISÃO JURISDICIONAL COMENTADA

§ 17.

"A propriedade atenderá a sua função social" (CF, art. 5.º, XXIII). Mais uma vez: "propriedade", aqui, significa tudo aquilo que é próprio de alguém; portanto, todas as posições jurídicas subjetivas ativas, elementares ou complexas, dotadas de patrimonialidade, que a tanto vai a garantia constitucional da "propriedade", inclusive para cobrir a hipótese do *caput* ao art. 5.º, CF, que o aresto sequer aponta, compreensivelmente (*supra*, §§ 5, 14, 15).

O acórdão em análise serviu-se — num modo marcadamente adaptativo para pronunciar a extinção do direito de domínio acionado pelos autores no pleito "reivindicatório" (*recte*, petitório; ou vindicatório, ou, *rectius*, imissório) — do princípio da função social da propriedade. Uma só leitura atenta da decisão capta de que maneira o princípio vai sendo concretizado perante as circunstâncias fáticas do caso litigioso, perspectivadas para sustentar juízos redutivos e expansivos do alcance de artigos de lei cuja antinomia é eliminada pelo decreto jurisdicional de predominância do princípio, genericamente evocado, no caso, quase só mediante referências constitucionais *obiter dicta*, embora, ao mesmo tempo, surja — cortante, e, contudo, justificavelmente crítico, na sua enunciação — o epítome da *decidendi ratio*.

"O atual direito positivo brasileiro não comporta o pretendido alcance do poder de reivindicar [*recte*: vindicar] atribuído ao proprietário [*rectius*: titular do domínio] pelo art. 524 do CC.

A leitura de todos os textos do CC só se pode fazer à luz dos preceitos constitucionais vigentes. Não se concebe um direito de propriedade que tenha vida em confronto com a Constituição Federal, ou que se desenvolva paralelamente a ela.

As regras legais, como se sabe, se arrumam de forma piramidal.

Ao mesmo tempo em que manteve a propriedade privada, a CF a submeteu ao princípio da função social (arts. 5.º, XXII e XXIII; 170, II e III; 182, 2.º; 184; 186; etc.).

Esse princípio não significa uma limitação a mais ao direito de propriedade [...].

O princípio da função social atua no conteúdo do direito. Entre os poderes inerentes ao domínio, previstos no art. 524 do CC (usar, fruir, dispor e reivindicar), o princípio da função social introduz um outro interesse (social) que pode não coincidir com os interesses do proprietário.

Assim, o referido princípio torna o direito de propriedade, de certa forma, conflitivo consigo próprio, cabendo ao Judiciário dar-lhe a necessária e serena eficácia nos litígios graves que lhe são submetidos".

§ 18.

A estratégia jurisdicional, delineada para dar provimento ao recurso de apelação e julgar o mérito da causa em favor dos apelantes — réus na ação vindicatória — não é tecnicamente incomum, porquanto a intuição pretoriana bem sabe que a desmultiplicação no encadeamento motivacional aprestado para o *decisum* pode abrir

fendas argumentativas que não se desvelam facilmente no corpo de um acórdão monolítico.

É nessa intuição que se estrema, no caso, a prestação jurisdicional derivada daquela estratégia.

Quem desconhece ou só tem notícia do diabólico cerne problemático e intrinsecamente controversial do princípio da função social da propriedade — à vista da inteligência na lapidação das questões de fato e da conjugação destas ao direito, dado como aplicável por decorrência infalível da estrutura piramidal do ordenamento jurídico (o clássico *Stufenbau* que Kelsen recebeu de Merkl), aspecto sobre o qual o acórdão, sempre conscientemente, não se alonga — aceita a lógica da decisão, e de regra não se dá conta do vasto espectro sistêmico que ela simultaneamente revela e (re)cobre.

Sendo oportuno, poderiam acrescentar os magistrados oficiais — com toda a razão — que não compete à jurisprudência definir (método lógico-conceptual) nem descrever (método tipológico) o significado do princípio “função social da propriedade”, devendo restringir-se a concretizá-lo, nos casos litigiosos, aplicando-o e administrando-lhe o sentido, consoante a economia interior das decisões.

Aos juristas teóricos, dogmáticos e não dogmáticos, é que cabe desempenhar essas tarefas metodológicas e perquirir as conseqüências sociais da decisão, o que, conquanto mediocrementemente, trata-se de esboçar nesse comentário. Veja-se a tentativa.

7. AS “RELAÇÕES JURÍDICAS PROPRIETÁRIAS”

§ 19.

Falar em “relações jurídicas proprietárias”, em vez de relações jurídicas de direito das coisas, ou de relações de direito (subjeto) de propriedade, dá ensejo a um neologismo técnico na terminologia jurídica nacional. É preciso explicar e justificar essa escolha, efetuada momentaneamente sob uma perspectiva de renovação dogmática, em correspondência ao recente material normativo em vigor, sobremaneira depois da Constituição Federal de 1988. Para tanto, convém aproveitar experiências que floresceram no chamado primeiro mundo, há mais de cinquenta anos, isto é, desde logo após a Segunda Grande Guerra (1939-1945).

Já no final dos anos cinquenta, no decurso dos sessenta, e no início dos anos oitenta — definitivamente —, discorrer sobre “relações jurídicas proprietárias” evidencia concepções dogmáticas que percorrem, em mão dupla, as vias de investigação estrutural e funcional da “propriedade” *latissimo sensu* (retro, §§ 5, 6, 7 e 16).

Nos quadros e práticas constitucionais do oeste europeu ganhou consistência dogmática a análise funcional dos “institutos reguladores das propriedades” (note-se o número gramatical das expressões), na medida em que cede passo a visão ideológica e indiferenciada da “propriedade privada” — dos meios de produção, especialmente — como desvalor (*Unwert*).

Recupera-se a idéia da propriedade privada dos bens de produção enquanto instrumento de garantia de pluralismo e de defesa contra o estatalismo bem assim quanto à descompressão da autonomia privada, negocial ou empresarial, todos os quais estão nos alicerces da institucionalização dos mais diversificados e conflitantes interesses grupais, coletivos ou difusos. Uma característica bastante notável dessa tendência vitoriosa ficou estabelecida na Constituição brasileira de 1988, a qual, na esteira da redemocratização do mundo pela técnica da constitucionalidade, reconheceu

aos partidos políticos e aos sindicatos a natureza de pessoas coletivas de direito privado (arts. 8.º e 17).

Faltante o "associacionismo", falha o "pluralismo"; com ele, caem os pressupostos para a organização do social em moldes conflituivos e contestatórios — ou seja, institucionalizados — e, por consequência, democratizantes, na medida em que atuam no papel de agentes de transformação do *establishment*, dentro num Estado (exatamente por isso chamado) Democrático de Direito (CF, art. 1.º, *caput*).

Muda, coetaneamente, o sentido da "propriedade privada", injunção, essa, que estimula a reelaboração do ideamento dogmático, em coerência com a sociedade pluralisticamente institucionalizada. A relação jurídica em que se fundava o provento direito subjetivo patrimonial real já não se concebe, outrossim, como relação de exclusão, obrigação e sujeição dos terceiros aos interesses do "proprietário" ou do sujeito ativo relacional.

A relação, assim, passa a ser reconfigurada, ainda sob o prisma estrutural. É pensada como nexo que se afirma entre a posição jurídica subjetiva de que é titular o "proprietário" e as posições jurídicas subjetivas outras — em conflito inerradicável, atual ou potencial, das quais são titulares sujeitos individuais e coletivos de interesses opostos — cuja existência supõe, naturalmente, a posição jurídica do "proprietário", por isso que redundante, esta, na irradiação de deveres jurídicos de comportamento positivo ou negativo, e, muitas vezes, também de deveres de cooperação e de colaboração por parte dos outros sujeitos.

O aspecto funcional entra de predominar, na "propriedade" entendida enquanto relação, ou, melhor, enquanto feixe de relações. Entre o "proprietário" e os terceiros; entre o "proprietário" e seus vizinhos; entre o "proprietário" e os poderes estatais; entre o "proprietário" e os grupos mais ou menos organizados, a relação deve ser de colaboração (= laborar ou trabalhar com) e de cooperação (= operar com). O valor "solidariedade" se torna prevalecte sobre o "individualismo proprietário" (*possessive individualism*).

Na Constituição de 1988 essa prevalência está explicitada: "São objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária". Nessa persecução axiológica da dignidade social, ora os indivíduos, ora os grupos, ou os poderes estatais, têm o dever de não interferir e de respeitar os interesses do "proprietário"; ora impende a este sotopor os próprios interesses a adequações relacionais coordenativas, fundadas em deveres recíprocos.

É óbvio, nada obstante, que os conflitos institucionalizados — e não institucionalizados — desequilibram essas situações que só para propósitos analíticos apresentam-se homeostáticas, assim como o modelo da concorrência econômica perfeita é trabalhado pelos adeptos neoclássicos da ciência da economia.

§ 20.

Observe-se que essas reformulações assinalaram a passagem da atenção da dogmática jurídica à montante da "propriedade/relação jurídica" e a um certo afastamento positivo, que não equivale a abandono, da "propriedade/direito subjetivo", funcionalizando-se não apenas as posições jurídicas ativas dos "proprietários", mas também as relações que as pressupõem, sem nunca descurar das circunstâncias, atuações colaborativas e conflitos em que estejam imersas.

Note-se, além disso, que esse trânsito no refazimento dogmático, assestado aos rumos da funcionalização das "relações proprietárias", descola o jurista da concepção

privatística tradicional — e bastante obsoleta, que se concentra no individualismo, hoje mitigado e todavia compenetrado ao direito (em sentido) subjetivo —, dirigindo-o para uma concepção solidarística (CF, 3.º, I), a qual investe no intersubjetivismo e na interdependência funcionais — hiperpotenciados nas atuais sociedades de massa — que entrelaçam, no ritmo de uma visceral dinâmica pluralista, as referidas "relações proprietárias", isto é, centros de interesses diversos, atual ou potencialmente conflitivos, quer relativamente a bens de consumo (CF, 5.º, XXXII, e 170, V), quer em atinência a bens produtivos (CF, 1.º, II, e 170, *caput*; v. acima, §§ 13, 14 e 15).

8. FUNÇÃO SOCIAL E "PROPRIEDADES".

§ 21.

Do que ficou escrito a propósito do direito subjetivo de domínio (*retro*, §§ 9, 10 e 11), não há dúvidas da complexidade na composição da "propriedade" enquanto conceito não redutível a mero agregado de posições jurídicas subjetivas ativas elementares, ou a alguma, ou algumas delas.

Vê-se, de outra parte, como a pertinência subjetiva da posição jurídica, ou titularidade, não está no conteúdo mesmo daquela posição; o sujeito é um elemento externo a ela. A problemática da "propriedade", sob a ótica relacional de correspondência, colaboração e cooperação, em regime de pluralismo institucional, desliga a chave do positivismo individualístico, e estabelece uma contactação movente com a organização conflituosa e colaborativa do social.

Tal constatação leva ao rompimento com a doutrina dominante que vislumbra, tão somente, no princípio da função social, uma limitação extrínseca ao conteúdo do "direito (subjetivo) de propriedade" (*latissimo sensu*).

As limitações aos "direitos subjetivos de propriedade", devam-se ou não à funcionalização social, que a Constituição estabelece como princípio geral que atinge todo o regime jurídico das "propriedades" (*supra*, §§ 5, 6, 7 e 16), penetram o âmago do conteúdo da posição jurídica e o condicionam de dentro para fora e de fora para dentro. O que significa afirmar que a função social das estruturas jurídicas passa a integrar o respectivo conteúdo, sem deixar, ao mesmo tempo, de condicioná-las no momento do correspondente exercício.

A teoria das limitações da "propriedade" há de atentar para essa projeção dupla do princípio "função social": projeção estrutural e projeção funcional, contemporaneamente.

O acórdão em comentário respondeu a essa exigência, explicitamente (*verbis* "O princípio da função social atua no conteúdo do direito"), e implicitamente (*verbis* "No caso dos autos, o direito de propriedade foi exercitado, pelos autores e por seus antecessores, de forma anti-social"). Mas essa acuidade remanesceu sábia e modestamente crítica, como se disse (acima, § 18).

§ 22.

A função social penetra a estrutura da posição jurídica "direito de propriedade" e não por causa disso deixa de transcender a essa projeção interna e a incidir sobre a dimensão externa (ou exercício) do "direito".

A função social não implica apenas uma expressão sintética sob a qual estejam reunidas as limitações tradicionalmente características à moderna disciplina da "propriedade". O que lhe dá substancialidade autônoma, normativamente, é que funciona como princípio dotado de eficiência constitutiva no reposicionamento das linhas de força do sistema jurídico, e, por consequência, da dogmática do direito objetivo patrimonial e não-patrimonial.

Tratando-se de eficiência que implementa a função social para a individuação mesma do conteúdo e do exercício da posição jurídica, esse objetivo funcional é materialmente inafastável para a interpretação e a aplicação da macroestrutura pela qual se articula a dinâmica do ordenamento jurídico. Dentre as consequências dessa percussão sistêmica contemperam-se os interesses tutelados pelas normas setoriais e os valores da dignidade pessoal (CF, 1.º, II) e da dignidade social (CF, 3.º), inclusive para realçar a interpenetração acentuada dos termos da velha dicotomia direito patrimonial/direito não-patrimonial.

A função social, em verdade, é expressão sintetizante de valores, econômicos e não-econômicos, assimilados pelo ordenamento jurídico. Assevera-se, sob este ponto de vista, que a função social, na ordenação das "propriedades", serve, exatamente, para justificar a atribuição, ou o reconhecimento, das posições jurídicas correlativas. De modo que, por exemplo, a atividade empresarial está funcionalizada à eficiência econômica, sim; porém, a apropriação privada dos bens produtivos deixa de ser legítima, assim também quanto a seus resultados, quando se desenvolve em contraste com o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade de outrem (CF, 5.º, *caput*), ou como óbice à solidariedade e à diminuição das desigualdades (CF, 3.º), ou à justiça social (CF, 170, *caput*). O mesmo se passará nas oportunidades em que a liberdade de iniciativa econômica vulnerar a dignidade social (CF, 3.º), ao dificultar ou impedir a quem quer que seja a acessibilidade aos bens gerados.

Entende-se que a garantia constitucional da "propriedade" tem o sentido preciso de servir à realização dos direitos fundamentais, o que importa em desmistificar a empresa, na medida em que vem sempre sobreposta à "propriedade", mesmo nos casos em que esta última é ativa e produtiva.

As "propriedades", pela mediação do trâmite destes parâmetros funcionais, passam a ter regimentos específicos, condicionados, desde a base, pelo princípio da função social. A presença deste princípio na Constituição Federal tem o sentido de, para logo, ab-rogar ou derogar, implicitamente e explicitamente, normas jurídicas inspiradas por dominações, cuja permanência não seja legítima, ou por interesses individualísticos.

Está permitida, demais disso, ao intérprete e ao aplicador daquelas regras, a possibilidade de configurar, por individuação, regimes normativos funcionalmente adaptados à estrutura e ao exercício das "propriedades". Parece ser esta a prestabilidade decisiva e mais alta da função social constitucionalizada em 1988.

§ 23.

A função social opera sem precisar da existência atual de algum completante ou complementante dado normativo em que haja de se corporificar juridicamente. A dogmática tradicional sustenta o contrário.

Simplificando-se, no entanto, as principais possibilidades aplicativas, nesse contexto, parecem ser as seguintes:

— já existe um dado normativo ordinário que atende à função social; será, então, aplicado no seu círculo setorial, em absoluta coerência para com a âmbito sistêmico (veja-se, por exemplo, o parágrafo único, ao art. 116, do diploma regedor das sociedades por ações — Lei n. 6.404, de 15.12.1976 —, no qual se aponta para a função social das companhias).

— O dado normativo infraconstitucional contrasta com a função social constitucionalmente impostergável; põe-se, então, o problema da conformidade hierárquica, e da questão da legitimidade do regramento contrastante, que é quase sempre impossível de ser resolvido, no mérito, mediante o uso de esquemas da lógica jurídica formal. Em casos como esses o resultado de política jurídica, oriundo da concretização/aplicação do princípio é óbvio, mas o estilo jurisprudencial mostra-se historicamente habilitado para contorná-lo, pela utilização de expedientes argumentativos *obiter dicta*. Em boa verdade, põe-se um problema de interpretação e/ou aplicação revogantes do elemento normativo ordinário (*retro*, § anterior).

— Não existe dado normativo infraconstitucional, que possibilite a individuação especificada de uma regulação jurídica da "propriedade", de maneira que o operador vai ter de elaborar a engenharia da espécie, para depois transportá-la ao caso, dentro no espectro sistêmico da função social. Eis a possibilidade mais crítica. É neste ponto que se costuma sacar o argumento da excessiva "indeterminação" do princípio "função social" e a improbabilidade de concretizá-lo, a não ser com dose de arbítrio incompatível com o valor jurídico segurança. Essa discussão, todavia, extravaza destes comentários, direcionados desde o início a um determinado acórdão, em que foi aplicada uma interpretação revogadora do dado normativo ordinário contrastante com a função social constitucionalizada. Pode-se, entretanto, avançar na advertência de que existem muitíssimos conceitos e princípios "indeterminados" (*Generalklauseln*) no ordenamento jurídico, e a *praxis* histórica tem demonstrado que, nos períodos de transformação, como o atual, são aquelas mesmas fórmulas plásticas que acabam por delinear a fisionomia, provisória ao menos, de largos espaços do ordenamento jurídico, ensejando, aliás, a verificação do poder de auto-correção, auto-constituição, e conseqüente estabilidade do sistema, em níveis suportáveis.

§ 24.

A incidência da função social sobre o todo do sistema jurídico, e, em particular, sobre a regulação das "propriedades", permite confrontá-las com outras áreas em que o princípio igualmente atua, mas com diferente sentido político-jurídico, de maneira que os institutos jurídicos das "propriedades", considerados expressão de um inafastável individualismo, descortinam-se sob um direito positivo referido a valores superiores (dignidade, interdependência, solidariedade, redução das desigualdades). Sublinha-se, portanto, a especialíssima importância da "função social da propriedade", tanto no desempenho da assimilação jurídica da sociedade conflitualmente institucionalizada, como no refazimento da dogmática, e numa sofrida esperança de reforma real dos estudos de direito, visto que, tudo somado, as "relações proprietárias" têm um valor paradigmático para a inteligência estrutural e funcional do ordenamento e da vida da pessoa e da sociedade.

§ 25.

A função social pode ser expressa conforme o olhar do analista repouse nalguns de seus muitos prismas. Está predeterminada como *ratio* legitimadora da intervenção e do controle legislativo, jurisdicional e administrativo, obedecidas todas as garantias postas aos direitos fundamentais, dentre as quais talvez deva ressaltar-se o *due process of law* (CF, 5.º, LIV). Está predeterminada a função social à edificação de "parâmetros de merecimento", quer dizer, enquanto critério em que tenha de se inspirar o órgão jurisdicional para valorar os interesses conflitantes, ou averiguar as coligações de interesses que se instauram no entrelaçamento das "relações proprietárias". Está predeterminada a função social, enfim, para pioneiramente servir à guisa de "título justificativo", de "causa de atribuição e de reconhecimento" das "propriedades", e, nesse papel, responder ao objetivo de orientar a titulação dessas mesmas "propriedades", no horizonte, ainda pouco próximo, das aspirações democráticas transindividuais.
