

Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de “despatrimonialização” do direito privado.¹² Tal processo, identificado como paradigma metodológico, “indica, in definitiva, la consapevolezza che nell’ordinamento si è operata una scelta, che lentamente va attuandosi, tra personalismo (superamento dell’individualismo) e patrimonialismo (superamento della patrimonialità fine a se stessa), del produttivismo prima e del consumismo poi come valori”.¹³

Tal perspectiva, todavia, encontra rígido obstáculo no operador do direito. Os civilistas brasileiros, ainda hoje, reservam à norma ordinária o papel central no processo interpretativo. A prioridade e a imprescindibilidade da norma ordinária na aplicação da Constituição são proposições que se revelam mais que inquietantes: a primeira subverte a hierarquia do sistema, “incorrendo no freqüente erro de ler a Constituição à luz do código, ao invés de ler o código à luz da Constituição”;¹⁴ a segunda, “herança da concepção tradicional”, não deveria ser hoje considerada mais do que um mero preconceito.¹⁵

Assim estando as coisas, parece fundamental uma (ainda que superficial) reflexão de caráter metodológico e dogmático sobre a propriedade constitucional. Para tanto, faz-se imprescindível ter

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

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

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

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

presente a rica contribuição da doutrina estrangeira, em particular a italiana, voltada para questões que se renovam na experiência brasileira.

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

5. Com a promulgação da Constituição de 1988, o definitivo ocaso do binômio propriedade-liberdade¹⁶ impõe-se como conclusão necessária para quem se dispõe a “lastrear sua investigação em

16 Ainda hoje, boa parte da doutrina permanece ancorada, em substância, a tal concepção. V., por todos, Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Direito das Coisas*, São Paulo, 1982, 21ª ed., p. 84: “Com efeito, a exata concepção é a de que a propriedade é inerente à própria natureza humana; ela representa condição de existência e de liberdade de todo o homem”; e, na Itália, A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 1985, 27ª ed., p. 406 e ss. Quanto à tríade “propriedade-liberdade-realização da personalidade”, v., por todos, a página clássica de F. Santoro Passarelli, “Proprietà e lavoro in agricoltura”, in *Justitia*, 1953, p. 7, segundo o qual a propriedade privada “è ‘riconosciuta’ e ‘garantita’ per la tutela della personalità umana del soggetto nella sua proiezione nel mondo economico”. E ainda: “la terra, in definitiva, unico patrimonio dell’uomo”, sobre a qual (invocando G. Capograssi) “l’uomo cammina, su cui poggia le sue case e le sue tombe, su cui poggia, si può dire, la sua storia”. V. também, L. Ammannanti, “Proprietà”, in *Dizionario critico del diritto*, coord. por C. Donati, Milano, 1980, p. 330 e ss., onde se lamenta a presença do íntimo vínculo entre propriedade e liberdade, de Locke e Kant até Hegel, o qual, como é sabido, “caratterizza la proprietà come la sfera esterna di oggettivazione della libertà del singolo soggetto, per cui la proprietà esiste solo in relazione al potere del libero soggetto”. E acrescenta: “In questa caratterizzazione della proprietà privata come oggettivazione del volere personale del singolo, che in essa giuridicamente si riconosce, si manifesta la compiuta accettazione della naturalità della struttura sociale capitalista, del mercato in cui la mediazione resta affidata a puri rapporti di compra-vendita, a relazioni di scambio tra proprietari.” Para uma pesquisa crítica aprofundada sobre o conteúdo do esquema proprietário recebido pela tradição liberal, v. a coletânea de três ensaios de S. Rodotà, “Alle origini della nozione moderna di proprietà”, in *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, pp. 61-157. Sobre a influência, em especial, das diversas correntes de pensamento jusnaturalístico católico, do cristianismo a Maritain, v. V. E. Cantelmo, “Le forme attuali di proprietà privata: la forma agricola”, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 330 e ss.

dados oferecidos pelo ordenamento legislativo”, refutando, justamente, “uma metodologia falsamente generalizante.”¹⁷

De fato, a variedade e relatividade da noção de propriedade, conquista inderrogável de um processo evolutivo secular, cujo itinerário, percorrido por qualificada doutrina,¹⁸ não seria nem oportuno nem possível retomar, corrobora a rejeição, há muito intuitivamente proclamada, da propriedade como noção abstrata.¹⁹

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

18 Cf., entre outros, P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, e *L’inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, 1980; G. S. Coco, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965; A. De Vita, *La proprietà nell’esperienza giuridica contemporanea. Analisi comparativa del diritto francese*, Milano, 1969; S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 113 e ss., e, *ivi*, nota 5, com ampla bibliografia. Na manualística, favoráveis à tese, A. Torrente e P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1978, 10ª ed., p. 304. A análise, todavia, não deve subestimar ou, pior, desconsiderar as inúmeras vezes contrárias à teoria da pluralidade de estatutos proprietários. Cf., por todos, a específica crítica a Pugliatti conduzida por L. Cariota Ferrara, “Crisi della proprietà privata?”, in *Riv. giur. ed.*, 1961, II, p. 299 e ss.

19 G. Capograssi, “Agricoltura, diritto, proprietà”, in *Opere*, V, Milano, 1959, p. 301: “Il problema della proprietà in termini generali e astratti non esiste,

Chega-se, por este caminho, à configuração da noção pluralista do instituto²⁰, de acordo com a disciplina jurídica que regula, no ordenamento positivo, cada estatuto proprietário.²¹

A construção, fundamental para a compreensão das inúmeras modalidades contemporâneas de propriedade, serve de moldura para uma posterior elaboração doutrinária, que entrevê na propriedade não mais uma situação de poder, por si só e abstratamente considerada, o direito subjetivo por excelência, mas “una situazione giuridica soggettiva tipica e complessa”, necessariamente em conflito ou coligada com outras, que encontra a sua legitimidade na concreta relação jurídica na qual se insere.²²

benchè non si cessi di trattarlo così fastidiosamente e ostinatamente facendogli perdere le sue originalità. Il problema della proprietà è sempre il problema della proprietà come hic et nunc si pone.”

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

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

22 P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Camerino, Napoli, 1970, p. 91. A gradual afirmação dessa corrente de pensamento pode ser verificada nos anais do congresso de Camerino de 1981, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., *passim*. Significativa mudança de orientação é manifestada por P. Rescigno, *Introduzione in AA.VV., Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. XIII e XIV (cf. *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., p. 868, e a reedição do mesmo trabalho na *Introduzione ao Trattato di diritto privato* dirigido por P. Rescigno, VII, Pro-

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

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente,²³ ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo,²⁴ de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanação de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

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

prietà, I, Torino, 1982, p. XII, onde foi retirado importante parágrafo). No mesmo volume deve se assinalada a contundente imagem literária adotada por M. Costantino (p. 54): "la formula secondo cui la proprietà consiste in un rapporto fra il soggetto e le cose è idonea a dare ragione soltanto di ciò che succede prima che arrivi Venerdì nell'isola abitata da Robinson Crusuè, cioè non serve a nulla. Qualunque risposta si voglia dare all'interrogativo sulla proprietà dopo tale evento, sarà sempre e comunque una risposta sui rapporti fra questi due soggetti circa il modo in cui l'uno possa sfruttare le risorse dell'isola e quindi sulla *misura di realizzazione degli interessi di entrambi* che nel loro ordinamento sono meritevoli di tutela" (original não grifado).

²³ V., a título de exemplo, a refinada construção de F. Santoro Passarelli, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 8, segundo o qual, "questi doveri [impostos ao proprietário] si possono anche, se si vuole, considerare come sorgenti dallo stesso diritto di proprietà, a patto di mantenerli, come sono, fuori di quel nucleo caratteristico del diritto soggettivo, che è il potere di soddisfare un proprio interesse e soltanto il proprio interesse". Para uma substanciosa crítica a tal posição, v. Scalisi, "Proprietà e governo democratico dell'economia", in *Riv. dir. civ.*, 1985, p. 221 e ss.

²⁴ U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, Milano, 1980, 2ª ed. Riv. e ampl. (rist.), pp. 187-202.

midade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo.

Pode-se mesmo dizer, com apoio na doutrina mais atenta, que a função social parece capaz de moldar o estatuto proprietário na sua essência, constituindo "il titolo giustificativo, la causa dell'attribuzione"²⁵ dos poderes do titular, ou seja, "il fondamento dell'attribuzione, essendo divenuto determinante, per la considerazione legislativa, il collegamento della posizione del singolo com la sua appartenenza ad un organismo sociale".²⁶

A despeito, portanto, da disputa em torno do significado e da extensão da noção de função social,²⁷ poder-se-ia assinalar, como

²⁵ P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 449.

²⁶ S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 139.

²⁷ Não se poderia, nesta sede, nem ao menos tangenciar os intensos debates interpretativos suscitados pela expressão função social, ora considerada uma "formula ellitica e polisensa" (G. Alpa, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 3), "l'approdo ad un'ultima spiaggia" (P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, cit., p. 877, referindo-se ao "aggancio che cercano la proprietà e le situazioni 'reali' nella tutela della persona") para o direito de propriedade, ou ainda uma espécie de "camicià di forza imposta alla proprietà individuale" (como entendia a doutrina tradicional examinada por A. De Vita, in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 169); ou ainda, ao reverso, focalizada exclusivamente do ponto de vista econômico. É significativa, a propósito, a mudança de orientação de S. Rodotà, o qual, desenvolvendo fórmula de V. Spagnuolo Vigorita, identificava o adjetivo «social» como «benessere economico e collettivo» [cf. *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 137, e já em *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1275]. Posteriormente (II *terribile diritto*, cit., pp. 405-407), todavia, admite que no afã de evidenciar a "rottura ormai consumata con la concezione della proprietà come diritto inviolabile e attributo della personalità", se deixava de lado "l'intreccio tra finalità d'ordine economico e altri obiettivi riscontrabili nella stessa disciplina costituzionale dei rapporti economici", "non tenendo in nessun conto le ulteriori finalità indicate nella parte iniziale della Costituzione". Cf., no entanto, a posição de A. M. Sanduli, "Profili costituzionali della proprietà privata", in *Riv. trim.*, 1972, p. 475, para quem a «função social» está a indicar o máximo bem-estar «espiritual» e material da comunidade, considerada no cenário solidarista, em consonância com os arts. 2ª e 3ª da Constituição italiana. Sobre a evolução do conceito e, em particular, sobre a tormentosa polémica que pretendia definir se "la proprietà ha (o è) una funzione sociale", v., por todos, S. Pugliatti, "La proprietà e le proprietà", in *La proprietà nel nuovo diritto*,

patamar de relativo consenso, a capacidade do elemento funcional em alterar a estrutura do domínio,²⁸ inserindo-se em seu “perfil interno”²⁹ e atuando como critério de valoração do exercício do direito, o qual deverá ser direcionado para um “massimo sociale”.³⁰

Daí decorre que quando uma certa propriedade não cumpre sua função social não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico.³¹ Vale dizer, que não somente os bens de produção, mas também os de consumo possuem uma função social, sendo por esta conformados em seu conteúdo — modos de aquisição e de utilização.³²

Milano, 1954, p. 274 e ss., e ainda S. Rodotà, em suas *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1.287 ss. Para um amplo confronto que expressa substancialmente o debate sobre o argumento levado a cabo na Itália por mais de 10 anos, cf. os anais de três importantes congressos, reunidos, respectivamente, em *Proprietà privata e funzione sociale* (Seminário coordenado pelo Prof. F. Santoro Passarelli), Padova, 1976; *La proprietà privata immobiliare* (Atti del Convegno di studi — Urbino, 1-3 ottobre 1979), Milano, 1981; *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit.

²⁸ Sobre o ponto, S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 281, o qual observa (releve-se que a 1ª ed. da obra é de 1954), que “il nucleo interno del diritto di proprietà è ormai aperto alle influenze trasformatrici. La struttura stessa del diritto viene ad essere intaccata e muta la natura di esso”. Contra, explicitamente, L. Cariota Ferrara, *Crisi della proprietà privata?*, cit., p. 227, segundo o qual “la funzione sociale si ‘aggiunge’” ao direito subjetivo, não transformando, “il nucleo vitale della proprietà privata, in quanto questa, se proprietà privata, è, e non potrà non essere, diritto soggettivo privato e, in particolare, signoria su di un bene” (p. 226); F. Santoro Passarelli, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, cit., p. 9.

²⁹ P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della proprietà*, cit., p. 121 e ss.

³⁰ A eloquente expressão é repetidas vezes utilizada por S. Rodotà: *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 137; e anteriormente em *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1.270; e ainda, com significativa ampliação do conceito, em “Il sistema costituzionale della proprietà”, in *Il terribile diritto*, cit., p. 405. Sobre as consequências da função social no âmbito interno do direito de propriedade, parece indispensável transcrever o trecho fundamental de S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 278: “Si può dire che la proprietà (se già non è tuttavia) si avvia ad essere (strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica) funzione sociale, e che l’impulso a tale radicale trasformazione della sua struttura e della sua natura opera già nel cuore del nostro ordinamento e come forza in atto.”

³¹ P. Perlingieri, *Note sulla crisi dello Stato sociale e sul contenuto minimo della proprietà*, cit., pp. 449-450.

³² V., entre outros, U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1980,

Mais ainda: até mesmo um “cono gelato”, no dizer de autorizada doutrina, não pode deixar de cumprir uma precisa função social.³³

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

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

O temperamento de tais posições, assim contrapostas, representa, provavelmente, o quadro que existia no ordenamento pré-constitucional, quando os movimentos sociais e o desenvolvimento industrial deram lugar a um conflito praticamente insanável entre o instituto construído e tipificado pela tradição liberal e a realidade fática — o contexto político — que reclamava um Estado intervencionista. A propriedade, todavia, na forma em que foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu no sistema constitucional brasileiro, a partir de 1988. A substituição da idéia de apro-

²⁸ ed., p. 200, segundo o qual “sarebbe certamente erroneo ritenere che la funzione sociale sia inerente solo a certe situazioni e non ad altre, a seconda, appunto, della maggiore o minore rilevanza economico-sociale del relativo oggetto”. Contra, L. Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 273 e ss., e também S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 139 e ss., para quem somente o direito de propriedade que tenha por objeto os bens produtivos é “gravado” com a função social.

³³ M. Costantino, *Intervento in Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 55 e ss.; e, mais aprofundadamente, do mesmo autor, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., p. 27, onde observa que “ogni istituto giuridico è diretto per la sua natura ad assolvere una funzione sociale e concorre a realizzare lo stabilirsi di più equi rapporti sociali”.

veitamento *pro se* pelo conceito de função de caráter social provoca uma linha de ruptura (*linea di frattura*).³⁴

Entra em crise, com efeito, um conceito que, cristalizado pelas conhecidas fórmulas dos códigos do século XIX (dos quais o Código Civil Brasileiro de 1916 não é mais que um reflexo), identificava-se com o aproveitamento e a disposição da coisa “da maneira mais absoluta”, “desde que não se fizesse um uso vedado pela lei. Assim é que a existência de uma legislação intervencionista, mesmo na época do *laissez-faire*, não é suficiente para desfazer a imagem de uma legislação em matéria de propriedade voltada fundamentalmente para tutelar a substância individualista daquele direito”.³⁵

Compreende-se, desse modo, a crise de tal direito (*rectius*, conceito) de propriedade, quando, graças a um Estado intervencionista, multiplicavam-se as disciplinas concernentes ao domínio³⁶ e, principalmente, impunha-se a necessidade de mitigar o egoísmo (inteiramente legítimo) do proprietário com os limites (previstos, por exemplo, no art. 832 do Código Civil Italiano ou no art. 147 da Constituição Brasileira de 1946) do interesse social.³⁷ Em definitivo, a propriedade deveria ser capaz de se coadunar com a

³⁴ S. Rodotà, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1.266, invocando Iemolo. Para L. Ammannati, *Proprietà*, cit., p. 332, “La nozione di proprietà elaborata dalla scienza ufficiale del 1800 entra lentamente in crisi, nel momento in cui si comincia a verificare uno spostamento degli interessi dei valori della proprietà fondiaria a quelli dell’impresa industriale, e si comincia a manifestare un conflitto fra proprietà statica e proprietà dinamica”.

³⁵ L. Ammannati, *o.c.*, p. 331.

³⁶ O aparecimento, na literatura jurídica, sob diversos matizes, da proposta de uma pluralidade de figuras proprietárias remonta, em verdade, ao século XIX. V., por todos, F. Vassalli, “Per una definizione legislativa del diritto di proprietà”, in *Studi giuridici*, II, Roma, Soc. ed. Foro it., 1939, p. 365 e ss. e espec., na p. 368, o famoso passo: “Sembra corrispondente allo stato attuale delle leggi, le quali hanno disciplinato in vario modo i poteri del proprietario, riconoscere che non vi è una sola proprietà, che vi sono piuttosto delle proprietà, in quanto l’interesse pubblico è che l’appropriazione dei beni comporti statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti, i quali variano assai.” *Id.*, *Il diritto di proprietà*, *ivi*, p. 459 e ss., e espec. p. 486.

³⁷ Segundo S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 279, “la tradizione conosceva e tramandava un problema di ‘limiti’ della proprietà terriere, che poneva il dualismo tra un contenuto dato a priori nella sua organica compattezza e particolari reduções di codesto contenuto”.

implementação de um “programa social”, bem ou malposto em prática.

Com a Constituição de 1988, ao revés, da mesma forma como aconteceu na Itália de 1948, nasce legitimamente a suspeita que de crise não se possa mais falar, porque o legislador não pretendeu conciliar o interesse proprietário com um programa social, inserido, no caso brasileiro, no âmbito da “Política Urbanística” e da “Política Agrária” (arts. 182 e 184, CF),³⁸ mas submeteu os interesses patrimoniais aos princípios fundamentais do ordenamento (arts. 1º e 5º, CF). De modo que, a crise, se de crise se desejasse mesmo falar, desloca-se do âmbito normativo para o âmbito intelectual, quando não se consegue abrir mão de conceitos secularmente radicados na cultura jurídica.

Se é verdade que a certeza do direito não se obtém desconsiderando o dado normativo, este por sua vez não há de ser tomado pelo intérprete como elemento estático, devendo ser reconstituído continuamente, na dinâmica própria da tensão dialética fato-norma. Ambos os elementos são indispensáveis ao processo interpretativo e o predomínio de um em detrimento do outro representaria a perda de contacto com a chamada norma viva.³⁹

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

³⁸ Mostra-se eloqüente o relevo dado por A. Torrente e P. Schelesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 303, à profunda modificação introduzida pela Constituição italiana em relação ao Código, passando de uma situação onde aparecia como regra o caráter absoluto do direito do proprietário e como exceção a imposição de limites, à previsão normativa de “che la legge debba provvedere ad una disciplina della proprietà tale da ‘assicurarne la funzione sociale’”.

³⁹ Sobre a imprescindibilidade de ambas as referências leciona P. Rescigno, “Disciplina dei beni e situazioni della persona”, in *Quad. fiorentini*, 1976-77, II, p. 862: “Accanto alla ‘rivolta dei fatti’ vi è dunque il sistema positivo considerato nella sua interezza, anche nell’emergere di figure che nascono con carattere temporaneo od eccezionale, e nell’avvertita sopravvivenza di fenomeni che sembravano ridotti in esili margini.”

A propriedade constitucional, ao contrário, não se traduz numa redução quantitativa dos poderes do proprietário, que a transformasse em uma "minipropriedade", como alguém, com fina ironia, a cunhou,⁴⁰ mas, ao reverso, revela uma determinação conceitual qualitativamente diversa,⁴¹ na medida em que a relação jurídica da propriedade, compreendendo interesses não-proprietários (igualmente ou predominantemente) merecedores de tutela, não pode ser examinada "se non costruendo in una endiadi le situazioni del proprietario e dei terzi".⁴² Assim considerada, a propriedade (deixa de ser uma ameaça e) transforma-se em instrumento para a realização do projeto constitucional.

Se tais observações são verdadeiras, como parecem, redimensiona-se também o discurso sobre o "conteúdo mínimo da propriedade", às vezes considerado como núcleo inatacável de poderes remanescentes, um verdadeiro confim além do qual o direito não poderia mais ser "violado", ou "reduzido" pelo legislador ordinário. A disciplina da propriedade constitucional, a rigor, apresenta-se dirigida precipuamente à compatibilidade da situação jurídica de propriedade com situações não-proprietárias. De tal compatibilidade deriva (não já o conteúdo mínimo mas) o preciso conteúdo da (situação jurídica de) propriedade, inserida na relação concreta.⁴³

⁴⁰ A. Tizzano, in *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 132.

⁴¹ Sobre o tema, v. a aprofundada pesquisa levada a cabo por A. Iannelli, *La proprietà costituzionale*, Napoli, 1980, *passim*, e espec. p. 237 e ss. V., ainda, V. Scalisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, cit., p. 228 ss.

⁴² V. E. Cantelmo "Proprietà e crisi dello Stato sociale", in *Dem. dir.*, 1983, p. 119.

⁴³ São riquíssimas as contribuições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Cf. A. De Vita, "Intervento", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 169, onde justamente se suspeita que possa persistir um resíduo da chamada concepção teológica da propriedade, da "propriedade-liberdade", na medida em que se fala de "conteúdo mínimo" da propriedade. No mesmo volume, F. Lucarelli, "Intervento", p. 116, afirma ser "difficile poter estrapolare dalla proprietà un contenuto minimo, nel momento in cui questo contenuto minimo viene sempre condizionato [] dall'esistenza di situazioni che, anziché stabilizzarsi all'esterno quali limiti, si pongono in concorrenza od alternanza al godimento", e A. Iannelli, "Replica", p. 198, sustenta que "non esiste il contenuto minimo essenziale, ma esiste la proprietà costituzionale". Na Itália a discussão remonta à polêmica decisão da Corte Constitucional

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

Ao propósito, afirmou-se que os interesses conflitantes com a propriedade apresentam-se como posições antagônicas aos direitos subjetivos existentes e reconhecidos, uma espécie de "contradireitos" que, por sua vez, prescindem de "vestirsi del sembiante dei diritti per essere fatti valere".⁴⁴ Tais posições jurídicas, segundo a mesma doutrina, seriam de qualquer forma merecedoras de tutela, embora somente pudessem ser identificadas no momento da lesão, não sendo dotadas de uma específica qualificação.

A construção suscita necessário exame crítico. O implícito propósito de afastar-se da ótica individualista — que a categoria dos direitos subjetivos por longo tempo representou —, assim como uma quase desesperada "recherche du temps perdu" por parte dos civilistas, refratários ao instrumental teórico e processual disponível, insuficiente para as novas demandas, revelam uma atitude positiva, no sentido de assegurar tutela às situações existenciais. Basta pensar nos interesses difusos, em particular em matéria de meio

de 29 de maio 1968, n° 55, in *Giur. cost.*, 1968, p. 838 e ss., que definiu a amplitude da reserva legal e a inconstitucionalidade da incidência de limites sobre os bens "oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale nell'attuale momento storico". Cf., para uma valoração crítica da orientação seguida pela Corte Constitucional italiana em matéria de propriedade, S. Rodota, "Giurisprudenza sull'affitto e nozione della proprietà: la posizione della Corte costituzionale", in *Nuovo dir. agr.*, 1978, p. 142 e ss.; V. Scalisi, *Proprietà e governo democratico dell'economia*, cit., p. 223 e ss., segundo o qual, no tocante ao ordenamento italiano, "non vi è nell'art. 42 garanzia costituzionale di alcun 'contenuto minimo'. Vi è — questo sì — il riconoscimento e la garanzia (di esistenza) della 'proprietà privata', ma è lo stesso art. 42, nel suo primo comma, a indicare il tipo di proprietà privata riconosciuta e garantita [] il godimento, e cioè le varie possibilità di utilizzazione dei beni, restano invece indeterminate e quindi a dipendere di volta in volta dalla legge, alla quale la Costituzione riserva di stabilire 'fin dove, fin quando e in quali limiti vi debba essere, e in che modo debba esistere, la proprietà'" (pp. 232-233); M. S. Giannini, "Basi costituzionali della proprietà privata", in *Pol. dir.*, 1971, p. 444 e ss. e espec. p. 470.

⁴⁴ A. Lener, "Intervento" in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 106. V., também, no mesmo volume, a sua "Replica", p. 202.

ambiente, onde desde os anos 70 se percebeu “un risveglio complessivo della magistratura”, coligado a uma “reazione al particolarismo e al corporativismo” e à tentativa “di recupero di interessi generali”. Sustentou-se, a propósito, “una particolare rilevanza di quei ‘contro-interessi’ (anche di classe) a cui attribuiscono cittadinanza giuridica le parti dialettiche, e non soltanto compromissorie, della Costituzione”.⁴⁵

Contudo, a despeito da importância histórica dessas considerações, ao intérprete apresenta-se indispensável propor soluções correspondentes ao dado normativo e ao momento atual. E a tal construção teórica pode-se responder, no ordenamento brasileiro, pondo em realce a inegável dignidade constitucional dos direitos da pessoa humana, os quais reclamam, para uma efetiva atuação, a coexistência, às vezes indispensável, com os direitos subjetivos, sendo estes então capazes de condicionar, internamente, o conteúdo da relação de propriedade, de maneira bem mais intensa do que o princípio geral do *neminem laedere*.⁴⁶

Sublinhe-se, ainda, a observação efetuada por um famoso jurista da escola crítica francesa, no sentido de que os contradireitos, identificados a partir das lutas sociais na França, traduzem reivindicações conquistadas em nome dos próprios direitos subjetivos: “Todas as lutas políticas e sociais dos séculos XIX e XX desenvolveram-se sob esta palavra de ordem: todas as leis que foram *arrancadas* na ordem burguesa se justificam nos direitos subjetivos; do direito à instrução ao de defesa, passando pelo direito de associação. Neste sentido, como toda ideologia de combate, a afirmação dos direitos subjetivos faz parte de uma luta viva, ainda eficaz nos nossos dias [...]. *C'est le 'contre droit'*.”⁴⁷

De mais a mais, a diversidade de valor cognitivo que assumem as categorias jurídicas parece indiscutível, tendo sido relevado, em fundamental contribuição sobre o tema, que “também em relação ao direito subjetivo a atitude deve ser crítica, tendo-se consciência da ‘historicidade’ do conceito e portanto da sua ‘relatividade’, de

45 S. Rodotà, “Le azioni civilistiche”, in *Le azioni a tutela degli interessi diffusi, Atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, p. 90.

46 Cf. V. Cantelmo, *Le forme attuali di proprietà privata*, cit., p. 355 e ss.

47 M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, 1982, 2ª ed., p. 172 e nota 106.

acordo com os diversos contextos político-ideológicos nos quais ele é historicamente vivido”.⁴⁸

48 A. Di Majo, “Il diritto soggettivo nell’ideologia dello Stato sociale”, in *Annuario bibliografico del diritto*, 1967, p. 262 e ss. O autor, demonstrando a diversidade de significados que assume o conceito, desde a sociedade individualista ao Estado Social, põe em evidência a consolidação, nos dias de hoje, daquilo que define “l’ideologia tecnocrática”, que seria o “pensiero cosciente” das novas relações de produção, caracterizadas pelo aparecimento de “centri di potere economico” (A. Di Majo, *o.u.c.*, pp. 302-305). Esclarece depois (p. 303), “che il potere della grande impresa oramai si manifesta a diversi livelli, non più al livello tradizionale della proprietà dei mezzi di produzione e della disponibilità della forza-lavoro, ma a livello dell’organizzazione e direzione del processo produttivo, dando corpo in tal modo a quell’idea della scissione tra proprietà e controllo”.

Em tal quadro econômico, mesmo criticando a verdadeira “inflação” de posições definidas como de direito subjetivo absoluto (A. Di Majo, *o.u.c.*, p. 299, o qual quer se referir às figuras de direito subjetivo em hipóteses diversas, como por exemplo em tema de concorrência desleal), observa-se que “le posizioni soggettive private, del tipo dei diritti soggettivi del singolo”, servem de fato “a contrastare o quanto meno, a disturbare le finalità dell’impresa, la quale dovrebbe continuamente commisurare la propria strategia di condotta rispetto ai diritti di coloro con i quali essa viene in contatto” (A. Di Majo, *o.u.c.*, p. 305). Assim é que o autor conclui, revelando uma dúplice tendência: “da una parte, l’emergere di diritti soggettivi nei rapporti interni e esterni all’impresa, contrastando in tal modo l’egemonia e la logica produttivistica — e sublinha “il riconoscimento di un diritto all’equo salario (art. 36 Cost. italiana) o dei diritti delle minoranze azionarie a non essere ‘emarginate’”, assim como os direitos dos consumidores etc. —; “dall’altra, la consapevolezza dell’immediatezza del tradizionale strumento di difesa del singolo, rappresentato dal diritto soggettivo, ad appagare nuove istanze di tutela collettiva, esemplificate nel diritto delle comunità in difesa dell’ambiente, dell’equilibrio ecologico, contro la speculazione edilizia” (A. Di Majo, *o.u.c.*, p. 306).

Relativamente a este último aspecto, foi evidenciada (S. Rodotà, *Le azioni civilistiche*, cit., p. 93) a insuficiência dos mecanismos processuais, rigidamente identificados “dall’ambito fisico a cui è immediatamente riferibile l’attività del privato”, augurando “di recuperare il piano reale dei conflitti e di renderne possibile la gestione in senso collettivo”, assim como a elaboração técnica dos instrumentos de tutela (S. Rodotà, *o.u.c.*, p. 94 e p. 95). O autor adverte para o perigo de que a proteção dos interesses que dizem respeito a toda a comunidade viesse novamente inserido no molde individualista, sugerindo a “integrazione degli strumenti individualistici con quelli nuovi, a disposizione della comunità o di gruppi” (S. Rodotà, *o.u.c.*, p. 98, propõe uma distinção entre “interessi istituzionali”, alusivos aos grupos legitimados para agir em nome da

Pode-se, pois, afirmar, na esteira de tais considerações, que provavelmente aquilo que na ordem liberal do Código Civil foi designado com a fórmula "contra-direito", para expressar as situações dirigidas à realização da pessoa humana nos conflitos com o direito subjetivo, então símbolo do poder absoluto do proprietário, hoje, ao reverso, é de se considerar como situação jurídica constitucionalmente protegida (e neste sentido verdadeira e própria "situação de vantagem"), entre os novos direitos da sociedade contemporânea.⁴⁹ Representam, em uma palavra, não já uma reedição da exaltação do individualismo possessivo e da autonomia privada, mas um instrumento de promoção dos princípios do ordenamento.

coletividade e "interessi occasionali", atinentes à legitimação dos indivíduos, "tutte le volte che gli interventi sul territorio incontrano la loro personalità". Segundo P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, cit., p. 1.034, é imprescindível "che le due logiche, quella [della legittimazione] individuale e quella collettiva [della legittimazione 'per categorie'] coesistano, al pari della giurisdizionalità ordinaria ed amministrativa e, combinate tra loro, costituiscano un sistema complesso e articolato in funzione di valori individuali e comuni ad una pluralità di soggetti".

⁴⁹ Sobre o surgimento dos novos direitos fundamentais, v. M. Luciani, "Nuovi diritti fondamentali e nuovi rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 61 e ss., e B. Caravita, "La tutela giurisprudenziale degli interessi diffusi e collettivi", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 31 e ss., com ampla bibliografia. Cf., ainda, A. Di Majo, *Il diritto soggettivo nella ideologia dello stato sociale*, cit., p. 262, o qual, citando Orestano, propõe "di svuotare di ogni presupposto ontológico" o direito subjetivo, "negando ogni valore di definizione reale ai concetti con cui, volta a volta, si è cercato di esprimere la sua essenza, natura e conteúdo". O problema diz respeito à evolução de outros institutos jurídicos diante de uma dogmática incapaz de estar no mesmo passo da realidade normativa. V., por exemplo, no tocante à evolução do conceito de propriedade, S. Rodotà, *Proprietà (diritto vigente)*, cit., p. 132, segundo o qual "gli istituti giuridici non vivono una vita avulsa dalla vicenda storica, ma di questa sono parte, portandone i segni: sì che appare ovvio che ciascun istituto o concetto giuridico sia eminentemente relativo, nel senso che ogni epoca o società tende a foggare quell'istituto o concetto secondo le esigenze che in essa si manifestano e gli ideali che la muovono". Relativamente aos contratos, basta pensar na polémica instaurada por G. Gilmore, *The death of contract*, Ohio, 1974, *passim* (analisado por G. Alpa, "La morte del contratto. Dal principio dello scambio eguale al dogma della volontà nella evoluzione della disciplina negoziale del 'common law'", in *Pol. dir.*, 1976, p. 726 e ss.); e a pronta resposta de F. Kessler, in *Il futuro del contratto: intervista con F. Kessler*, coordenada por G. Alpa, in *Pol. dir.*, 1980, p. 44: "Il contratto è morto, vive le contrat."

Eis porque a expressão contradireito assume, para alguns autores, significado completamente diverso, identificada com os "direitos dos sujeitos menos favorecidos ou de toda a coletividade", como o direito à saúde, o direito ao meio ambiente, etc.: não se trata de situação de mero reflexo, portanto, protegida somente no momento patológico da violação. Justifica-se, assim, a afirmação segundo a qual foi precisamente "a relevância, o emergir dos direitos dos *omnes* que colocou em crise a perspectiva proprietária clássica, acentuando o aspecto da inserção do sujeito proprietário na sociedade".⁵⁰

À luz de tais considerações pode-se aceitar como verdadeira, também no ordenamento positivo brasileiro, a conclusão de "que é constitucionalmente ilegítimo não apenas o estatuto proprietário que concede ao titular poderes supérfluos ou contraproducentes em face do interesse (constitucionalmente) perseguido, como também o estatuto que deixa de conceder ao proprietário os poderes necessários para a persecução do mesmo interesse".⁵¹

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

⁵⁰ A. De Vita, "Intervento", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., pp. 170-171.

⁵¹ A. Iannelli, *Sul terribile diritto*, cit., p. 85. "Id., Intervento", in *Crisi dello Stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, cit., p. 99. V., ainda, do mesmo autor, *La proprietà costituzionale*, cit., p. 237 e ss.