

A evolução do instituto da propriedade: do absoluto à funcionalização.

The evolution of the institute of property: the absolute to the functionalization.

Bruno Cavalcante Leitão Santos¹

Resumo: O artigo tem o objetivo de analisar a evolução do instituto da propriedade, sua proximidade com o direito e seus reflexos no Brasil, demonstrando que sua história confunde-se com a própria formação e evolução do Estado. Iniciamos o trabalho traçando um paralelo histórico e de assimilação jurídica da propriedade desde a Antiguidade Clássica até a Idade Contemporânea, para daí demonstrarmos a importância da constitucionalização do direito civil como produto dessa evolução e base para a funcionalização da propriedade, que passa a ser elemento intrínseco de seu conteúdo a partir da construção da sua assimilação como relação jurídica complexa, resultado de um novo Estado social, com novas diretrizes econômicas e sociais.

Palavras Chave: Propriedade. Direito absoluto. Constitucionalização do direito civil. Função social da propriedade.

Abstract: The article aims to analyze the evolution of the institution of property, its proximity to the law and its consequences in Brazil, demonstrating that its history is intertwined with the very formation and evolution of the state. We began work drawing a historical parallel and assimilation of legal residence from Classical Antiquity to the Modern Age, then to demonstrate the importance of a constitution of civil law as a product of this evolution and the basis for the functionalization of the property which becomes intrinsic its contents from the construction of assimilation as complex legal relationship, the result of a new welfare state, with new social and economic policies.

Keywords: 1. Property; 2. Absolute right; 3. Constitutionalization of civil law; 4. Social function of property

Sumário: 1 Introdução. 2 A evolução histórica do instituto e sua influência para o direito. 3 Reflexos da constitucionalidade do Direito Civil. 4 Delimitação do princípio da função social da propriedade como parte de uma relação jurídica complexa. 4.1. Constituição da propriedade como relação jurídica complexa. 4.2. Delimitação da função social da propriedade como elemento extraproprietário de seu conteúdo. 5 Conclusão. Referências.

¹ Autor. Bacharel em Direito pela Faculdade de Alagoas – FAL/Estácio. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela UCDB/ CPC Marcato (*lato sensu*). Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL. Bolsista Capes DS. Professor de Direito Penal do Centro de Estudos Superiores de Maceió – CESMAC / Unidade de Palmeira dos Índios – Faculdade Cesmac do Sertão. UFAL, Maceió/AL – Brasil. E-mail: brunoleitao.adv@hotmail.com

1. Introdução

A composição do que se define como propriedade é produto de uma evolução histórica, resultante da sua importância econômica, política e social. Sua conceituação jurídica evolui desde a Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média e Idade Moderna até chegarmos à contemporaneidade, sofrendo diversas mutações nesse período.

Esse instituto que se inicia como direito absoluto e inalienável do proprietário, perde e reforça esse status jurídico no decorrer da história, reinventando-se, inclusive, no sentido definir sua amplitude com a assimilação dos conceitos de posse, domínio eminente e útil no período medieval, retornando ao individualismo com a Revolução Francesa, para, enfim, encontrar sua utilidade social com a sua funcionalização decorrente da implementação de direitos sociais nas cartas constitucionais.

Faz-se necessário começar o estudo analisando justamente a evolução histórica da propriedade, compreendendo sua conceituação em cada momento histórico, suas justificações políticas até chegar os dias atuais, no sentido de vislumbrar a assimilação e o consequente tratamento do instituto dentro do âmbito jurídico, que mostrará que nunca estará dissociada do método histórico de análise.

Já na Idade Contemporânea, o fenômeno da constitucionalização do direito civil, decorrente da migração de princípios do direito civil para a Constituição, faz desta o centro unificador da já fragmentada legislação civil, impondo uma interpretação conjugada desses textos.

A função social, nesse contexto, tem papel fundamental, quando da análise da propriedade, carecendo de uma repersonalização que a afaste do direito eminentemente subjetivo individualista do proprietário, a ser vista como uma relação jurídica complexa composta de direitos e obrigações entre o indivíduo, a sociedade e o objeto dessa relação, passando a ser um poder-dever, em prol a efetivação de outros direitos fundamentais para além dos direitos individuais, principalmente centrados da dignidade da pessoa humana.

A aplicabilidade da função social torna-se o cerne da tutela da propriedade no âmbito civil-constitucional e, principalmente, em relação aos imóveis rurais, no direito agrário. Ocorre que com a Constituição de 1988 essa função adquire o status de princípio, ao lado do

direito de propriedade, que aliado a toda normatização existente no âmbito agrário, e principalmente com o Código Civil de 2002, passa a se constituir elemento intrínseco a propriedade e fundamento axiológico constitucional de construção e conformação das leis infraconstitucionais, seja pelo legislador, seja na aplicação ao caso concreto. Funcionando, também, como caráter programático no sentido de maximizar a criação e aplicação de direitos sociais a fim de atender interesses econômicos, sociais e ambientais.

2. A evolução histórica do instituto e sua influência para o direito

Longe de querer contrariar os ensinamentos de Luciano Oliveira (2004, p. 148), em seu “Não fale do Código de Hamurábi”, a compreensão jurídica do instituto da propriedade passa, inevitavelmente, também, pela análise de sua evolução no contexto social e histórico da humanidade, bem como da organização política do Estado.

A visão do direito privado que perdurou, quase que única, sobre a propriedade, a qualificava como poder sobre as coisas, já no código supracitado (1792 a.C.), passando pela antiguidade clássica, entre os romanos, na Lei das XII Tábuas (450 a.C.) e compilação justinianéia (527-533 d.C.), com substanciais alterações na Idade Média, e retorno a antiga concepção com o Código Civil de Napoleão, mesmo que sobre outra ótica (MARQUESI, 2012, p. 57).

Rodolfo Sacco relata que o direito grego antigo vinculava a propriedade à posse, mais como fruto de uma relação sujeito-objeto do que mesmo um poder sobre a coisa em servir-se desta, gozar os frutos, aliená-la ou destruí-la, fato que só passou a ocorrer a partir do século IV (DEBONI, 2011, p. 23). Mesmo assim, não podemos dizer que os romanos definiram o que seria a propriedade, visto que, a princípio, apenas definiram as suas funções (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 174).

Dentre os sistemas jurídicos mais antigos, e de maior relevância para o direito de propriedade, destaca-se, inicialmente, o direito romano (antiguidade clássica), como base de nosso direito privado como um todo.

Esse período clássico que durou por treze séculos, até a queda do Império Romano do Ocidente, também não permaneceu estático em qualificar o instituto proprietário. Visto que

antes desse período, os costumes dos povos não fixavam o homem a terra, pois na sua grande maioria se tratavam de coletores, sem trabalhar a terra, onde o solo era propriedade coletiva.

Segundo Coulanges (CAVEDON apud DEBONI, 2011, 27), com a propriedade passando a se tornar sacra para as famílias, fez surgir nos romanos um interesse de posse, num sentido absoluto e inalienável. Ocorre que com a expansão do Império Romano, essa visão familiar e religiosa da propriedade se enfraqueceu com a conquista de novas terras sem os mesmos vínculos e, a partir da Lei das XII Tábuas, a propriedade passa a ganhar contornos jurídicos, com a possibilidade de alienação e a noções de uso, gozo e disposição da coisa como própria, instituindo o domínio de forma absoluta.

Rodolfo Sacco apresenta o direito de propriedade romano segundo características absorvidas segundo essa evolução histórica. José Cretella Junior tem a mesma visão, sobre um instituto modificado historicamente, com efeitos na política e vida social, passando de um poder ilimitado e soberano a um direito individual com algum sentido social (DEBONI, 2011, p. 28-31)

36

O início da Idade Média, após a queda do Império Romano do Ocidente, trás um novo modelo político, o sistema feudal, com ele se passa a uma visão mais coletiva da propriedade, afastada do caráter unitário e exclusivista.

Rodolfo Sacco (DEBONI, 2011, p. 32) classifica o período como época “intermediária” entre a propriedade romana e a contemporânea. Novas instituições, principalmente germânicas, passaram a ser incorporadas com as invasões bárbaras, onde a terra se torna o elemento principal do sistema feudal, pois dela decorre uma estrutura econômica eminentemente agrária, que produz toda a atividade laboral e de subsistência dos feudos.

As relações de vassalagem instituíram um sistema produtivo entre o vassalo, que trabalhava na terra do senhor, em troca de fidelidade e de um pagamento pelo uso, passando a adquirir sobre essa terra, em seu usufruto, direitos reais “*sui generis*”, advindos de ligações de dependência entre o feudo servente e o feudo dominante e a relação entre o vassalo e o senhor, com obrigações de caráter real e conteúdo econômico sobre a coisa.

Decorrente dessa relação surge, certamente, a característica mais importante sobre a propriedade no período feudal, que Giuliano Deboni (2011, p. 34) denomina “bifurcação do

A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE

domínio”, em que a propriedade passa a ter um domínio direto ou eminente do beneficiário e um domínio útil do vassalo, como usufrutuário da propriedade. Sobre essa “bifurcação”, Fernanda de Salles Cavedon (DEBONI, 2011, p. 35), citando John Gilissen, relata que no século XIII através do trabalho dos glosadores procura-se admitir a doutrina do “domínio dividido”, autor também citado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2006, p. 175) acerca da divisão entre domínio útil e eminente que gerou diversos problemas a mercantilização da propriedade.

Paolo Grossi complementa, ao dizer que tais fatos “[...] inserem-se no coração da idéia proprietária provocando obviamente a ruptura do antigo pertencer unitário e propondo uma renovada noção de pertencimento[...].” (2006, p. 51)

Contudo, a partir do século XIV, começa o declínio do sistema feudal decorrente de uma crise na agricultura europeia, advinda de uma queda demográfica somada à diminuição da produção por conta da escassa mão de obra. Com isso inicia-se um enfraquecimento do poder político dos senhores feudais pelo aumento do poder de barganha dos vassalos, que conquistaram melhores posições na relação com a terra gerando uma fragmentação do território europeu, visto que com o enfraquecimento dos feudos, e a maior autonomia dos trabalhadores, faz a crescer a atividade comercial, surgindo com isso uma nova classe, a burguesia, e um novo modo de produção, baseado na acumulação de bens, e fundado na propriedade livre e individual, base do direito moderno (DEBONI, 2011, p. 36-38)

O intervalo entre os séculos XVIII e XIX, formado por ideias iluministas e jusnaturalistas da Revolução Francesa, contrárias a o absolutismo, buscou proteger a propriedade privada dos arbítrios do governo, libertando a terra dos encargos feudais, beneficiando a classe burguesa em substituição a nobreza.

Nesse interstício os proprietários não seriam mais qualificados por títulos nobiliárquicos, em que o acesso a terra depende da coerção de um senhor, visto que a propriedade será alcançada segundo a capacidade de trabalho de cada um, na forma do que preestabelecia a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (FARIAS; ROSENVALD, 2006, p. 175), confirmado posteriormente no art. 544 do Código Civil francês de 1804. Ou seja, une-se a ideia jusnaturalista de Locke de direitos inatos, e seu caráter natural de limitação em oposição ao caráter convencional de Hobbes, a serem garantidos pelo

Estado por meio da abstenção nas relações privadas, atuando somente para proteger o cidadão na sua segurança, e nunca no aspecto econômico decorrente das relações privadas.

Recupera-se o antigo conceito individualista de propriedade, porém numa concepção contrária a nobreza, separando o poder político do econômico, fazendo a propriedade prescindir os interesses coletivos, visto que por ela poderia ser exercer de forma plena a liberdade, exaltando a racionalidade do ser humano em oposição a qualquer intervenção estatal na gerência de seus bens.

O Código napoleônico de 1804 concretiza todo esse ideal e serve de base para as cartas constitucionais europeias do séc. XIX, consagrando em seu art. 544 a propriedade como direito absoluto, mas não só neste artigo, mas em todo seu corpo é de fácil percepção a centralidade na proteção deste instituto, visto que esse código que fora composto de 2.281 artigos, tinha, dentre eles, 1.776 que tratavam de bens e dos modos de sua aquisição (DEBONI, 2011, p. 43).

38

A revisão dessa posição negativa do Estado em relação à propriedade ocorre já com a crise da Revolução Industrial, a crescente urbanização e os movimentos dos trabalhadores por melhorias nas condições de trabalho, reforçados pelas doutrinas sociais, principalmente encabeçadas por Karl Marx e Friedrich Engels, que forçam o Estado a mudar seu posicionamento, introduzindo direitos que exigem uma atuação positiva do Estado no sentido de concretizar essa nova gama de direitos, denominados sociais, a fim de suprir necessidades básicas dos cidadãos, com isso, a “propriedade-direito” começa a se transformar em “propriedade-função”, e inicia-se uma publicização da esfera privada (DEBONI, 2011, p. 44-45).

Começa a se concretizar aqui a funcionalização da propriedade, tendo certamente como marco teórico constitucional a Constituição de Weimar de 1919, que vinculou o direito de propriedade a obrigações de natureza social. Fabio Konder Comparato e Rodolfo Sacco entendem que a carta é a primeira a trazer de forma expressa tal inovação ao instituto, trazendo explicitamente em seu art. 153 que “A propriedade obriga. O seu uso, além de voltar-se ao privado, deve servir ao bem comum”, servindo de base a organização política de diversos outros diplomas constitucionais subsequentes como Itália e Espanha (DEBONI, 2011, p. 44-45).

No Brasil, podemos dizer que seguimos tal disposição histórica com atraso, visto que nosso Código civil de 1916 traz, após quase 100, a concepção ainda napoleônica sobre a propriedade, esperando até a Constituição de 1934, em seu art. 113, inciso XVII a primeira perspectiva social da propriedade, ao dispor que esta não poderá ser exercida contra o interesse social ou coletivo.

Cabe ressaltar que no âmbito nacional tivemos uma evolução peculiar, que de certa forma justifica o atraso na adaptação ao contexto europeu, justificado pelo nosso processo de ocupação e colonização, bem como pela nossa histórica conjuntura econômica relacionada à expropriação da terra.

A discussão nacional sobre propriedade sempre fora, quase que totalmente, centrada na propriedade imóvel, e de acordo com a história jurídica da disciplina, principalmente, o imóvel rural e sua função social (FREITAS; FEITOSA, 2011, p. 305), decorrente da evolução das legislações sobre o tema desde as sesmarias até a nossa constituição de 1988.

39

Contudo no Brasil, o contorno da propriedade sesmarial típica do medievo português, que fora criada para o abastecimento com produtividade de terras incultas, e aumento da mão de obra a fim de indiretamente reprimir a vadiagem, assume aqui características próprias, como define Laura Beck Varela (2005, p. 77), sesmarias com “adaptações”, primeiro, por se tratar organização econômica não feudal, e por impor de forma condicionada “o dever de contribuir para com a proteção das terras da Coroa, mediante edificações militares, e o direcionamento da produção agrícola ao cultivo da cana” (VARELA, 2005, p. 81), está pronto os moldes de uma monocultura para exportação, baseada no latifúndio, e na utilização da mão de obra escrava, um valioso investimento por parte do senhor a justificar a terra doada pela Coroa portuguesa.

Podemos destacar também como formas de aquisição da propriedade nesse período a usucapião e a posse sobre as terras devolutas (FARIAS; ROSENVALD, 2006, 177), que também contribuíram para a formação do latifúndio, continuando como base do sistema subsequente, o capitalismo, que passou a ver na terra não só um meio de produção riqueza, mas também um fim com o acúmulo de bens, já confirmado com a Lei de Terras e a progressiva substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre, até se concretizar com o que

Farias e Rosendal (2006, p. 177) denominam de “filho tardio do liberalismo”, o Código Civil de 1916 e sua herança napoleônica individualista.

Mesmo com alguns contornos sociais previstos na Constituição de 1937, a propriedade passa a ter garantida a sua funcionalização na Constituição de 1967, como princípio de ordem econômica e social, fruto de um modelo estatal ativo, que deve garantir direitos sociais, mesmo que sobre o véu de um regime momentaneamente não democrático. Com isso, segundo Gustavo Tepedino (2008, p. 326) a função social se torna direito fundamental, e com a Constituição de 1988, faz desaparecer os moldes individualistas do Código Civil de 1916, não como um “contradireito”, mas como um centro unificador das leis esparsas de âmbito privado, a fim de revigorar a sua aplicação com as atuais demandas sociais e econômicas da sociedade moderna (TEPEDINO, 2008, p. 22), surgindo aqui uma nova forma de interpretar o direito privado como um todo, denominado como fenômeno da constitucionalização do direito civil.

3. Reflexos da constitucionalização do direito civil

O fenômeno da constitucionalização do direito civil afeta frontalmente essa nova análise do instituto da propriedade, agora mais complexa. Com um regramento para além do direito privado. Luis Roberto Barroso ressalta essa transição de total independência, para a atual integração entre direito público e privado, perpassando por três fases: a primeira, dos mundos apartados, em que a Constituição era mera carta política e o Código Civil o documento jurídico das relações privadas, como uma “Constituição do direito privado”; a segunda, da publicização do direito privado, em que a Constituição passa a incorporar com o Estado Social uma atuação positiva nas relações privadas, visando garantir direitos sociais decorrentes das desigualdades do regime anterior e; a terceira, em que ocorre a constitucionalização do direito civil, onde a Constituição passa a ser o centro do sistema jurídico, com normas de direito civil dentro de seu corpo, bem como, servindo de matriz axiológica para a interpretação das leis civis, tendo o princípio da dignidade humana como irradiador dos demais direitos fundamentais (2009, p. 367-370).

Essa dificuldade de compatibilização entre código civil, leis especiais e a Constituição ainda é vista ao analisar institutos basilares do direito privado, como por exemplo, a propriedade. A própria história da legislação civil demonstrou a fragmentação de seu sistema com uma paulatina demanda por novos direitos sociais, fazendo surgir novas leis especiais para tratar de temas do direito civil, fora do Código de 1916, como direitos do consumidor e outras novas relações jurídicas, fazendo com que os civilistas buscassem no Código Civil o posicionamento no centro de todas as normas de direito privado, mesmo que de forma geral e subsidiária. Sendo assim, relata Tepedino que “[...] é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil.” (2008, p. 13).

A partir de ideais em que a Constituição passa ser o centro jurídico e hermenêutico do ordenamento jurídico, através dos denominados “neoconstitucionalistas”, no intuito de potencializar a eficácia constitucional, e desmistificar o papel centralizador do código civil, passando a colocar neste centro unificador das demais legislações a Constituição, surge o que Torquato Castro Junior denomina de “revolução copérnica” da civilística constitucional (2011, p. 64).

Esse papel da Constituição não fora retirado com a publicação do novo Código Civil de 2002, mesmo já adotando princípios sociais em seu texto. Os críticos desse fenômeno crêem numa redução da importância do direito civil, passando a ver com a introdução do novo código a dispensabilidade desse recurso hermenêutico. Ocorre que, tal assertiva não é verdadeira, visto que o novo diploma tem o papel de reforçar a pacificação interpretativa sobre os institutos de direito civil, cabendo ao intérprete compatibilizar as normas de direito civil com os princípios constitucionais (LÔBO, 2008, p.124).

Paulo Lôbo complementa entendendo que a constitucionalização do direito civil. “É consequência inevitável da natureza do Estado social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno [...]” (2008, p. 125). O autor entende que passamos por uma repersonalização sobre a patrimonialização das relações civis a ser compatibilizada com a dignidade da pessoa humana, deixando a propriedade/patrimônio de ter primazia nessas relações para se tornar coadjuvante (2008, p. 128).

Lôbo ressalta que a propriedade “é o grande foco de tensão entre as correntes individualistas e solidaristas” (2008, p. 138). A própria constituição expressa uma suposta antinomia em seu art. 5^a, incisos XXII e XXIII ao garantir o direito de propriedade e o vincular ao atendimento de sua função social. Ocorre que essa aparente antinomia serve justamente a ponderação na aplicação perante o caso concreto, com base no que predetermina as leis infraconstitucionais sobre a propriedade e os critérios de cumprimento da função social. A própria Constituição determina o conteúdo da função social nos arts. 182, §2º (urbana) e 186 (rural), e modos de perda e aquisição da propriedade com base no interesse público.

Tepedino ressalta que a Constituição no seu âmbito social e econômico prevê políticas e programas no tocante a propriedade urbana e rural. Ao determinar à propriedade a obrigatoriedade de cumprimento da função social, o Estado passa a inserir em seu conteúdo interesses extraproprietários no mesmo patamar de defesa do interesse proprietário. Complementa o autor sobre a unidade hermenêutica constitucional a fim de concretizar interesses públicos.

42

No art. 3º, inciso III, o constituinte inseriu entre os objetivos fundamentais da República a erradicação da pobreza, introduzindo no sistema o princípio da igualdade substancial, pelo qual o Estado se compromete a reduzir as desigualdades sociais e redistribuir a riqueza – impondo, portanto, ao lado do princípio da isonomia formal, o princípio de isonomia substancial; e ao lado do princípio da justiça retributiva, o princípio da justiça distributiva. Finalmente, a dignidade da pessoa humana está também incluída nos objetivos da República, pelo artigo 1º. Tais dispositivos fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo constitucionalmente determinado, a guiar o intérprete nos conflitos de interesse. Ou seja, a propriedade produtiva, a que se refere o art. 185, torna insuscetível de desapropriação não a propriedade apenas economicamente produtiva, meramente especulativa – não a propriedade com a qual talvez tenham sonhado os autores desse dispositivo; mas a propriedade que, sendo produtiva, esteja efetivamente cumprindo a sua função social, cujo exercício possa ser associado à redistribuição de riqueza, que promova com a sua utilização os princípios fundamentais da República. Portanto, a ordem econômica prevista na Constituição não pode ser interpretada senão interligada aos seus princípios fundamentais, sob a pena de aniquilar-se a técnica constitucional de fixação de princípios. (2008, p. 16)

A programação advinda de iniciativas de ordem econômica, incidem não somente sobre a atividade, mas também sobre a própria estrutura da propriedade (PERLIGIERI, 2002, p. 221). Com isso vê-se na propriedade uma evolução estrutural no sentido de ultrapassar o conceito de direito meramente subjetivo de uma relação de poder sobre a coisa, para alcançar

a profusão de uma relação jurídica complexa, que envolve não só o proprietário e a coisa, mas também a sociedade, de forma a sujeitar direitos e obrigações exigíveis entre ambos.

O próprio Código Civil de 2002 incorpora essa ótica em seu art. 1.228, ao vislumbrar em seu *caput* a propriedade-direito (domínio), e no §1º, a propriedade-dever (funções) (MARQUESI, 2012, p. 61), em que o instituto passa a ser visto com um “[...] feixe de poderes e obrigações, os primeiros exercidos pelo proprietário contra a sociedade; as segundas exercidas pela sociedade contra o proprietário” (MARQUESI, 2012, p. 60).

4. Delimitação do princípio da função social da propriedade como parte de uma relação jurídica complexa

A base dessa propriedade vista como relação jurídica complexa, se forma com a introdução da função social da propriedade e a fixação de conteúdos extraproprietários na essência desse instituto. A concepção de propriedade sob o amparo constitucional é mais ampla do que o mero domínio sobre a coisa, principalmente no âmbito dos imóveis, pois passa a envolver a atividade econômica, o meio ambiente e outros direitos para além da proteção individual.

43

4.1. Constituição da propriedade como relação jurídica complexa

Ao se falar em propriedade, a primeira ideia que vem a mente é a propriedade imóvel, principalmente a da terra, que é o cerne de nossa discussão, mas o entendimento desta como relação jurídica complexa passa pela compreensão da existência de uma diversidade de formas desse instituto, seja ela fundiária urbana ou rural, acionária, intelectual, de bens de consumo, etc, pelo qual não é nossa meta abordar.

Pode-se afirmar que o direito outrora meramente subjetivo absoluto foi repersonalizado com base na dualidade de interesses individuais e sociais, também denominados de proprietários e, “extra” ou “não proprietários”. A tônica dessa mudança é a vinculação à função social como garantia de realização do princípio da dignidade da pessoa humana própria, mas principalmente, da coletividade, onde a direção desse sistema se altera

de patrimonial para personalista, abarcando interesses transindividuais e coletivos de tutela jurisdicional (KATAOKA, 2001, p. 463-464).

Perlingieri (apud FONTES, 2001, p. 443) vai além e indica que a propriedade não tem função social, mas é uma função social, se fundamenta nesse exercício contínuo, e disso decorre uma estrutura complexa onde a propriedade é direito subjetivo sob a ótica do proprietário, mas com regras objetivas a serem cumpridas pela função social, proporcionando a conjugação direito-dever (FONTES, 2001, p. 443).

André R. C. Fontes define como fundamentos para os limites ao direito de propriedade duas teorias desenvolvidas na Alemanha por Trendlenburg e por Bluntschli. O primeiro, com a teoria da utilidade social, pressupõe um duplice conteúdo da propriedade: como elemento individual e; como elemento social. Para o autor não se pode conceber qualquer direito formado fora de uma comunhão social, ou seja, a propriedade não é imposta pela coletividade, mas por esta reconhecida, as condições para sua constituição emanam do todo, que com isso impõe certos limites, exigências sociais delimitadores do poder sobre a coisa, que ao mesmo tempo a incorporam (FONTES, 2001, p. 446-447).

44

A teoria do ato de soberania de Bluntschli vem complementar o entendimento de Trendlenburg. Sua visão sobre o Estado e a propriedade privada compreende que esta não surgiu com a ideia de Estado, sem admitir, que por isso, estaria sob a disposição absoluta do proprietário, como decorrente de um direito natural. Entende o autor que a propriedade se sujeita ao poder de domínio do Estado para defender a coexistência pacífica dos indivíduos, num paralelo ao poder de império que dirige perante seus súditos, poderes que juntos originam a soberania (FONTES, 2001, p. 447-448). Para o autor, só a conjugação dessas teorias consegue explicar satisfatoriamente o fenômeno da limitação da propriedade no Brasil, denominando como teoria mista, o modelo vigente no país.

Esse modelo de Estado atuante decorrente de uma nova Constituição com novos valores sociais, que não só traz, como cobra a aplicação desses novos direitos, faz surgir na relação proprietária e na sociedade os próprios sujeitos dessa relação, sem qualquer primazia entre ambos, porém com atuação no sentido de tornar a propriedade funcional, convertendo um direito antes meramente subjetivo, nessa relação jurídica complexa como decorrência da busca pela concretização do princípio da dignidade humana.

Há de se ressaltar que essa mudança traz ao proprietário uma função ativa em relação ao domínio, e passiva, em relação a função. Isso não diminui os poderes do titular, o valoriza, não consistindo em uma redução quantitativa desses poderes, mas sim revelando uma determinação conceitual qualitativa, pois privilegia a pessoa ao invés do patrimônio, que suplanta a ideia de fenômeno puramente jurídico, mas sim como reflexo de uma concepção econômica e social em um determinado período e nação (MARQUESI, 2012, p. 63-65).

4.2. Delimitação da função social da propriedade como elemento extraproprietário de seu conteúdo

A função social da propriedade é elemento fundamental na análise dessa reestruturação conceitual do instituto da propriedade. Segundo Perlingieri, “[...] o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional [...] para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento” (2002, p. 226), e continua “A função se apresenta como causa de legitimação ou de justificação das intervenções legislativas que devem ser sempre submetidas e um controle de conformidade constitucional” (2002, p. 227), bem como “[...] é também critério de interpretação da disciplina proprietária para o juiz e para os operadores jurídicos” (2002, p. 227). Ou seja, a função atribuída à propriedade constitui um programa promocional estatal para concretização de direitos, serve como causa de ações interventivas, bem como atua como critério hermenêutico na aplicação da lei civil, seguindo parâmetros constitucionais como uma fonte primária dessa norma.

A realidade brasileira na necessidade de se compatibilizar essa funcionalização ao nosso ordenamento, que já fora explicada pela nossa formação histórica latifundiária para exportação, pode ser ressaltada também em números. O Cadastro Nacional do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), demonstra que 1,6% dos proprietários com imóveis acima de mil hectares detêm 46,8% da área total de imóveis no país, e as propriedades com até dez hectares representam 32,9% do total de imóveis, possuindo apenas 1,6% da área total (CABRAL, 2011, p. 335).

Fachin e Gonçalves entendem que a nova carta constitucional atua para a repersonalização e funcionalização da propriedade, no sentido de reduzir a desigualdade entre latifundiários e excluídos da terra, onde esse fenômeno jurídico importa noções de

A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA PROPRIEDADE

despatrimonialização, pluralismo e solidariedade, com a prevalência de valores existências em face de valores patrimoniais, em prol da comunidade sob uma visão solidarista (2008, p. 142-143).

O imóvel rural é certamente a propriedade de maior visibilidade nesse contexto, seja como foco histórico de nossa formação político-econômica, seja pela atuação combativa dos movimentos sociais. O direito agrário tem sua atuação centrada na aplicação deste princípio, com diversos textos legais tratando do tema, como elemento estrutural do conceito da propriedade. A função social agrária é conceituada no Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), ampliada na Constituição Federal, referendada pelo Código Civil, e tem todas as suas exigências tratadas na Lei da Reforma Agrária (Lei 8.629/93) no sentido de concretizar os seguintes requisitos de ordem: 1) Econômica – 1.1) obter um aproveitamento racional e adequado em relação à produtividade; 2) Social - 2.1) observar as disposições que regulam as relações de trabalho; 2.2) cuidar do bem estar dos proprietários e trabalhadores rurais e; 3) Ecológica – 3.1) utilizar adequadamente os recursos naturais e preserva o meio ambiente (MARQUES, 2012, p. 39-40).

46

Gilmar Mendes, no tocante a aplicação deste princípio ao caso concreto, pormenoriza tal discussão quando relata que o aplicador deve utilizar o método clássico da ponderação entre o interesse individual e o interesse da comunidade, fato que é comum à aplicação de todos os direitos fundamentais (2009, p. 482). O autor reafirma a condição de princípio da função social paralelo ao direito de propriedade, contudo o qualifica como um mandato de otimização a fim de concretizar pautas axiológicas do Estado (2009, p. 1.408)

Essa nova contextualização do direito de propriedade é um avanço na concretização de direitos da coletividade, principalmente em países como o Brasil, de grandes desigualdades sociais, e nesse sentido ela deve ser orientada a, conforme o que determina os arts. 1º e 3º da CF, buscar reduzir tais desigualdades. Assim essa funcionalização estreita a relação entre o âmbito político e jurídico, demonstrando claramente o modelo de gestão escolhido pela comunidade política a fim de concretizar o interesse público (PENTEADO, 2008, p. 185). E para esse fim, o seu não cumprimento pode gerar graves consequências, até por se tratar de elemento constitutivo, levando inclusive a perda temporária ou definitiva da propriedade (2008, p. 212-213).

5. Conclusão

Vê-se que evolução do instituto da propriedade demonstra que a busca pela sua essência ultrapassa uma análise eminentemente jurídica, compreendendo também uma pesquisa histórica em suas raízes, para com isso, entender as discussões entre a visão privatista e publicista desse instituto.

Discussões que ultrapassam a mera conceituação, atingindo também a devida contextualização deste dentro do âmbito civil, constitucional, ou mesmo para uma possível integração harmônica de ambos no sentido de obter uma eficaz aplicação. Vence a última opção.

A propriedade na sua análise histórica, parte de um poder sobre a coisa até chegar em uma relação complexa de poder-dever, justificado pela mudança de um Estado antes inerte, para a necessidade de um Estado atuante, a fim de concretizar toda uma nova demanda de direitos sociais, sendo necessário, com isso, rever vários dos institutos antes regulados no âmbito privado, dentre eles a propriedade.

O atual Estado Social, ou constitucional, como preferem os neoconstitucionalistas, define a Constituição Federal como lei máxima, um guia hermenêutico para a aplicação dos demais direitos, tendo como centro o princípio da dignidade da pessoa humana, justificando as novas limitações à propriedade, no sentido de fomentar a implementação de direitos fundamentais como saúde, trabalho e meio ambiente, aliado a interesses econômicos sem reduzir os direitos dos proprietários, mas pelo contrário, qualificando essa titularidade vinculando-a a uma função social.

Essa nova constituição, que se justifica plenamente, faz da propriedade funcionalizada mais do que um direito subjetivo, a transforma em uma relação jurídica complexa ao gerar direitos e deveres ao proprietário e a sociedade, trazendo ao objeto, caracteres extraproprietários para além do interesse individual, a fim de atender os interesses de toda coletividade através da maximização de direitos fundamentais diversos.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CABRAL, Rodolfo de Carvalho. Paradigmas do direito à terra: para além da função social da propriedade. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; XAVIER, Madson; BASTOS, Ronaldo. **Direitos humanos e justiça social**. João Pessoa: EdUFPB, 2011. p. 331-362.
- CASTRO JÚNIOR, Torquato. Constitucionalização do direito privado e mitologias da legislação: código civil versus constituição. In: SILVA, Artur Stamford (Org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**. Recife: Universitária da UFPE, 2011. p. 59-66.
- DEBONI, Giuliano. **Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental: sistemas jurídicos italiano e brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.
- FACHIN, Luiz Edson; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Aspectos da funcionalização da propriedade no modelo brasileiro. In: ALENCAR, Rosmar Antoni Rodrigues Cavalcanti de (Org.). **Direitos fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 124-147.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- FONTES, André R. C. Limitações constitucionais ao direito de propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 435-456.
- FREITAS, Lorena; FEITOSA, Enoque. Para uma expropriação dos expropriadores: uma análise crítico-jurídica do regime agrário brasileiro. In: FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena; XAVIER, Madson; BASTOS, Ronaldo. **Direitos humanos e justiça social**. João Pessoa: EdUFPB, 2011. p. 303-330.
- GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do Individualismo e Propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 457-466.
- LÔBO, Paulo. Novas perspectivas da constitucionalização do direito civil. In: **Revista do Mestrado em Direito**, Maceió, v. 2, n. 3, p. 115-146, dez. 2006.
- MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MARQUESI, Roberto Wagner. **A propriedade-função na perspectiva civil-constitucional: desapropriação de imóveis produtivos não funcionais**. Curitiba: Juruá, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

Data de Submissão: 23/11/2013

Data de Aprovação: 17/12/2013

49