A SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA PÚBLICO-PRIVADO SOB O ENFOQUE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

OVERCOMING THE PUBLIC-PRIVATE DICHOTOMY WITH A FOCUS ON SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY

Cristina Malaski Almendanha[1]

RESUMO

O Estado Constitucional intervém na propriedade privada, apresentando limitações de natureza administrativa ou impondo o dever constitucional de cumprimento de uma função social. Esse é o ponto de partida do presente trabalho, por meio do qual se pretende demonstrar, a partir da análise de uma rica bibliografia sobre o tema, que com o progressivo processo de constitucionalização do direito civil a dicotomia público-privado, que parecia dividir o ordenamento jurídico foi sendo superada. O Estado passou a tutelar com maior esforço os interesses da sociedade em detrimento dos interesses puramente individuais e patrimonialistas, o que se verifica, com maior clareza, na inserção de conteúdo constitucional nos dispositivos do Código Civil de 2002 e na edição da Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade). Nos referidos diplomas foram definidas diretrizes para o adequado aproveitamento da propriedade, com vistas a atender a dita função social que, na verdade, parece constituir muito mais o próprio conteúdo do direito de propriedade do que uma limitação imposta pelo Estado.

Palavras-chave: Estado; Dicotomia público-privado; Propriedade; Função social.

ABSTRACT

The Constitutional State intervenes in private ownership, with administrative constraints or imposing a constitutional duty to fulfill a social function. This is the starting point of the present work, whereby if you want to demonstrate, through the analysis of a rich literature on the subject, that with the gradual process of constitutionalization of civil law to public-private dichotomy, which seemed to divide the law was being overcome. The state began to protect more effort societal interests over the interests purely individual and patrimonial, which occurs with greater clarity on content insertion constitutional in devices of the Civil Code of 2002 and the enactment of Law No. 10,257 / 2001 (Statute of the City). In these texts were defined guidelines for the appropriate use of the property, in order to meet the dictates social function that actually seems to be much the content of the right to property than a limitation imposed by the state.

Keywords: State; Public-private dichotomy; Property; Social function.

---

[1] Advogada. Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Linha de Pesquisa: Estado, atividade econômica e desenvolvimento sustentável.

1. O conceito e a função do Estado

Aristóteles já dizia que "todo Estado é uma sociedade" (ARISTÓTELES, 1998, p. 01) e que toda sociedade busca alguma vantagem, sendo que aquela que se propõe a encontrar a maior vantagem é denominada Estado ou Sociedade Política.

Norberto Bobbio (BOBBIO, 2001, p. 94) afirmou que o Estado costuma ser definido por três elementos: o povo, o território e a soberania. O poder soberano seria o poder de criar e aplicar o direito; o território representaria o limite de validade espacial e o povo seria o limite de validade pessoal do direito do Estado. Bobbio alude à necessária distinção entre a crise do Estado e o fim do Estado. A crise poderia ser representada pelos problemas do Estado democrático, que não consegue mais atender as demandas da sociedade; não seria confundível, portanto, com o fim propriamente dito. O problema do fim do Estado reside no juízo de valor, positivo ou negativo, atribuído à concentração de poder (BOBBIO, 2001, p.94) - pela qual o Estado tem poder de vida e de morte sobre os indivíduos que a ele se subordinam.

Para Hans Kelsen todo Estado é uma ordem jurídica, mas nem toda ordem jurídica constitui um Estado. Para ser um Estado a ordem jurídica precisa configurar-se como uma organização, instituindo órgãos e apresentando certo grau de centralização de funções, pois o Estado nada mais é do que "uma ordem jurídica relativamente centralizada" (KELSEN, 2006, p. 317).

Kelsen efetivamente definiu o Estado como uma ordem jurídica relativamente centralizada, soberana e limitada temporal e espacialmente quanto ao aspecto de vigência. Nas palavras do autor:

> O Estado, como realidade social, está incluído na categoria de sociedade; ele é uma comunidade. O Direito está incluído na categoria de normas; ele é um sistema de normas, uma ordem normativa. O Estado e o Direito, segundo essa visão, são dois objetos diferentes. A dualidade de Estado e Direito é, na verdade, um dos fundamentos da ciência política e da jurisprudência modernas. (KELSEN, 2006, p. 263).

Quanto aos fins do Estado, Dalmo de Abreu Dallari sustenta que o problema da finalidade do Estado comporta grande relevância prática, de modo que seria impossível definir um Estado sem antes descobrir suas finalidades (DALLARI, 2007, p. 103). O autor afirma que enquanto Kelsen se nega a reconhecer que a Teoria Geral do Estado deva se ocupar, também, com a finalidade do Estado - por entender que essa é uma questão de cunho

político e não jurídico –, muitos sustentam que a finalidade é o elemento essencial de um Estado. De qualquer sorte, Dallari enfatiza que, sendo ou não elemento formador, a finalidade é elemento de grande importância para a definição do Estado.

De forma bem esclarecedora Dallari traduz suas ideias na seguinte afirmação, em relação a qual há que se concordar: "o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum" (DALLARI, 2007, p. 108)

2. O movimento de codificação

Orlando Gomes destaca que a codificação do Direito Civil encontra amparo em dois grandes códigos: o alemão de 1.896 e o francês, de 1.804, que exerceu significativa influência em todos os outros códigos do século XIX e em alguns do século XX (GOMES, 2002, p. 62). Conforme os ensinamentos do autor, a codificação do direito civil francês provocou, entre os juristas do século XIX, uma tendência para o seu endeusamento.

Sobre a forma como foi estruturado, inicialmente, o código civil brasileiro, Carin Prediger anota que:

> A concepção oitocentista de Código Civil supunha que este era capaz de prever todas as situações pelas quais passaria o indivíduo no curso de sua vida: nascimento, maioridade civil, realização de negócios, aquisição da propriedade, casamento, morte. Nesse sentido, a organização do código, particularmente, do Código de Napoleão, correspondia ao movimento natural deste indivíduo, sem buscar necessariamente um rigor lógico ou o estabelecimento de uma ordenação perfeitamente dedutiva entre os seus artigos. (PREDIGER, 2002, p. 148)

De acordo com a autora, o nosso Código Civil de 1916 foi muito influenciado pelo movimento das codificações oitocentistas, o que se percebe na sua pretensão de completude, com intuito de abranger, de forma centralizada, toda a legislação (PREDIGER, 2002, p. 164). A autora afirma, também, que com o tempo a centralidade que caracterizava o movimento de codificação foi sendo relativizada pela complexidade da sociedade, pois:

> A concepção do modelo jurídico de codificação enquanto sistema fechado, embasada numa visão totalizadora, que antes assegurava o "mundo da segurança", não mais se apresenta suficiente diante do surgimento de uma multiplicidade de leis especiais, destinadas a abarcar as novas relações jurídicas e os novos campos do Direito

> emergentes. Há a perda de centralidade do código, porquanto este passa a dividir o papel que antes lhe incumbia com uma série de leis, que, mais do que "esparsas", muitas vezes se constituem verdadeiros microssistemas e subsistemas (PREDIGER, 2002, p. 165).

Nesse contexto dos microssistemas referidos por Carin Prediger, que derivam, em verdade, da dinâmica da vida social, importante destacar o entendimento de Paolo Grossi, para quem o verdadeiro código é sempre fruto de uma revolução cultural que, ao ser deflagrada, devasta os fundamentos já consolidados no universo jurídico (GROSSI, 2007, p. 89). O autor ainda tece as seguintes considerações:

> As matrizes jusnaturalistas pesam sobre o Código. Como norma que presume prender a complexidade do social em um sistema fechado, o Código, toda codificação, somente pode traduzir-se em uma operação drasticamente redutiva: se a razão civil pode e deve desenhar-se em uma harmonia geométrica, sob a égide da máxima simplicidade e da máxima clareza, o legislador deve empenhar-se em um esforço de depuração e decantação (GROSSI, 2007, p. 96).

A codificação, por si só, pode ser considerada grande precursora do processo de formação da dicotomia público-privado, vez que, a partir da superveniência dos códigos, passou-se a considerar que os referidos diplomas possuíam por função precípua a tutela dos direitos particulares dos indivíduos, estabelecendo-se, assim, uma delimitação da área de atuação do Código e da Constituição. Ao primeiro caberia se preocupar tão somente com a vida particular dos cidadãos; à segunda competia a tutela dos interesses do Estado.

3. A dicotomia público - privado

Norberto Bobbio afirma que os dois termos de uma dicotomia - exemplo: guerra e paz - são passíveis de definição independente ou, se definido apenas um deles, o outro ganharia conceituação negativa - exemplo: a "paz" como "não-guerra" (BOBBIO, 2001, p. 14). A dicotomia existente entre o direito público e o direito privado pode ser elucidada com base nessa explicação, isto é, o oposto ao "público' seria o "não-público", mais conhecido como "privado". A palavra "público" soa mais forte, mas os dois termos se condicionam reciprocamente. Assim, por exemplo, o interesse público remete ao contraste com o interesse privado, e vice versa.

A clássica dicotomia entre o direito público e o direito privado espelha a situação de um grupo social, em que há prévia diferenciação entre o que pertence ao grupo (coletividade) e o que pertence a cada membro desse grupo, individualmente (BOBBIO, 2001, p. 16).

Norberto Bobbio relata que a primazia do direito privado sobre o público já existiu e surgiu da difusão e da recepção do direito romano no Ocidente: o conhecido direito Pandette, que era quase totalmente privado e baseava-se nos institutos da família, da propriedade, do contrato e dos testamentos. O direito privado romano, com o passar do tempo, adquiriu *status* de "direito da razão", ou seja, um direito com validade reconhecida independentemente das circunstâncias locais e temporais (BOBBIO, 2001, p. 16). Assim, durante séculos, o direito privado foi o direito por excelência e isso repercutiu até mesmo nos estudos de Karl Marx, que teria desenvolvido sua crítica tomando por referência o direito privado.

Bobbio faz uma brilhante observação quanto ao uso axiológico da dicotomia, nos seguintes termos:

> Como se trata de dois termos que no uso descritivo comum passam por ser contraditórios, no sentido de que no universo por ambos delimitado um ente não pode ser simultaneamente público e privado, e sequer nem público nem privado, também o significado valorativo de um tende a ser oposto ao do outro, no sentido de que, quando é atribuído um significado valorativo positivo ao primeiro, o segundo adquire um significado valorativo negativo, e vice-versa (BOBBIO, 2001, p. 20).

Em relação à distinção entre direito público e privado, Kelsen afirma a inexistência de uma determinação satisfatória (KELSEN, 2006, p. 311). Para a concepção dominante o direito privado representaria a relação entre sujeitos em posição de igualdade, ao passo que o direito público traduziria a relação estabelecida entre um sujeito supra-ordenado (Estado) e um sujeito subordinado (indivíduo), havendo valor jurídico superior do primeiro sobre o segundo. Exemplo típico de uma relação de direito público, para o autor, seria a ordem administrativa, por meio da qual o indivíduo, como destinatário da norma, é juridicamente obrigado a uma conduta em conformidade com aquele comando. Exemplo de relação de direito privado seria o negócio jurídico - mais especificamente o contrato -, em que as partes contratantes vinculam-se, juridicamente, a uma conduta recíproca (KELSEN, 2006, p. 311).

Voltando à concepção de Bobbio, tem-se que a distinção entre público e privado duplica-se na distinção feita entre política e economia, acarretando a interpretação de que a primazia do público sobre o privado representa o primado da política sobre a economia e essa constatação representaria o fenômeno da "publicização do privado". Nesse sentido, Bobbio

afirma que referido fenômeno constitui etapa do processo de transformação das sociedades industriais mais avançadas (BOBBIO, 2001, p. 26). Ao lado desse processo, estaria o fenômeno da "privatização do público".

Hannah Arendt anota que o termo "público" indica dois fenômenos correlatos, porém não idênticos (ARENDT, 2003, p. 59). Significa, primeiramente, que as coisas que vêm a público podem ser vistas e ouvidas por todos, ganhando ampla divulgação. Em segunda análise, a palavra "público" traduz o próprio mundo, pois representa algo comum a todos. A esfera pública, nesse sentido, reúne os indivíduos, evitando que eles colidam uns com os outros. Para a autora, a dificuldade de suportar a sociedade de massas não está no número de pessoas que ela abrange, mas no fato de que o mundo não consegue mais mantê-las juntas.

Francisco Amaral defende que a dicotomia entre direito público e direito privado, tal como a tripartição dos poderes, foi um dos postulados do Estado Liberal. Sob uma perspectiva histórica, o autor sustenta que essa clássica distinção surgiu em Roma, ressalvando, porém, que os termos *"ius publicum"* e *"ius privatum"* não possuiam o mesmo significado que possuem hoje (AMARAL, 2003, p. 69).

Em Roma o *"ius publicum"* era tão somente o direito derivado do Estado e de caráter obrigatório para a comunidade; o *"ius privatum",* contrariamente, representava as relações firmadas entre os indivíduos no exercício de sua autonomia. O autor destaca, ainda, que na Idade Média essa distinção perdeu o sentido, somente ressurgindo no século XV, com a Revolução Comercial, reafirmando-se, mais tarde, com a Revolução Francesa (AMARAL, 2003, p. 70).

Analisando a problemática da dicotomia público-privado sob a ótica das questões proprietárias, Judith Martins-Costa alude ao que chama de modelo de incomunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil, em que os dois diplomas eram como linhas paralelas que somente se tocavam sob o aspecto formal, por força do princípio da hierarquia das leis (COSTA, 2006, p. 67). A Constituição, tida como estatuto do Estado e do homem político, com vistas a tratar, com exclusividade, do interesse estatal, pouco se relacionava com o Código Civil, considerado o estatuto da sociedade e do cidadão-proprietário, destinado a tutelar os interesses do indivíduo.

O referido modelo de incomunicabilidade foi uma resposta do século XIX ao fenômeno das fontes do Direito e se caracterizou por ser fundamentalmente dicotômico, com base na oposição travada entre o Estado e a sociedade civil, de tal forma que "a dicotomia importará numa *assimilação*: livre é a pessoa proprietária, o "sujeito proprietário": a liberdade será assimilada à propriedade" (COSTA, 2006, p. 67).

Quanto à dicotomia público-privado, interessante anotar a comparação feita por Nelson Saldanha no sentido de que a esfera privada em muito se assemelha a um jardim, concebido, geralmente, como parte integrante ou muito próxima da casa do indivíduo, representativo da privacidade de cada um (SALDANHA, 2005, p. 44). A esfera pública, por sua vez, seria comparável a uma praça, a qual é pensada como um espaço amplo, constituindo-se em "essência da cidade" (SALDANHA, 2005, p. 14).

4. A propriedade no Estado moderno

Traçando um perfil histórico-político e histórico-jurídico, Nelson Saldanha afirma que o Estado Moderno formou-se quando as monarquias européias superaram as forças feudais internas, libertando-se da pressão das estruturas maiores, do império e do papado (SALDANHA, 2005, p. 117). O marco histórico do surgimento do Estado Moderno, segundo o autor, foi o Renascimento, época em que ocorreram diversas transformações decisivas, como as expansões marítimas, o advento da economia monetária, o humanismo nas ciências e na literatura, a urbanização dos estilos de vida, a ampliação do comércio e o racionalismo intelectual.

Paulo Bonavides, por seu turno, aponta que o Estado Moderno encontra sua significação na ideia de uma nova representação de poder, extremamente diferente daquela que vigorava no passado, como no período medievo por exemplo (BONAVIDES, 2007, p.31). O autor afirma, nesse sentido, que para a adequada compreensão do fenômeno "Estado Moderno", é preciso remeter às suas raízes históricas.

Assim, Bonavides esclarece que na antiguidade Clássica o Estado era a Cidade, na qual se condensavam todos os poderes. O Estado Antigo era reduzido a duas extremidades: de um lado, a força bruta das tiranias imperiais típicas do Oriente; de outro, a onipotência consuetudinária do direito ao fazer a vontade do corpo social. Já na Idade Média, após o colapso do Império Romano, o Estado, tal como estabelecido na Antiguidade, começa a decair (BONAVIDES, 2007, p.33).

A Idade Média, juntamente com sua organização feudal, nascida das ruínas do Império Romano, tratou com moderação a concepção de Estado, de modo que a visão pálida e fraca que se tinha do Estado anteriormente passou a ser contrabalanceada pela presença ativa das correntes que buscavam restabelecer mais a universalidade de cada poder desmembrado

do que a unidade do sistema, representada pela fusão das esferas política e religiosa, rompida, de forma definitiva, com o advento do Cristianismo.

Dalmo de Abreu Dallari destaca que as deficiências da sociedade política medieval foram determinantes para a definição das características fundamentais do Estado Moderno (DALLARI, 2007, p. 70). Assim, por exemplo, com a intolerância dos senhores feudais às exigências dos monarcas daquela época, que tributavam excessivamente, mantinham um estado de guerra constante e destruíam gradativamente a vida econômica e social, foi surgindo a conscientização dos indivíduos no sentido de buscar a unidade. E a unidade perseguida só seria alcançada com a afirmação de um poder soberano, reconhecidamente supremo dentro de uma determinada limitação territorial.

O autor atribui aos Tratados de Paz de Westfália o papel de documentação desse novo tipo de Estado, que teria por característica básica a unidade territorial dotada de um poder soberano (DALLARI, 2007, p. 280). Nesse Estado, chamado de Moderno, as características fundamentais, com o passar do tempo, foram convertidas em objetivos a serem alcançados.

Ao frisar que o Estado configura o poder, integrando a modalidade de dominação correspondente à organização social vigente, Nelson Saldanha destaca que as estruturas jurídicas vinculam-se às estruturas políticas (SALDANHA, 1999, p. 114). Relativamente ao aspecto histórico, o autor afirma que enquanto a organização política da Idade Média revelava a existência de ordens diferenciadas, o Estado Moderno tinha a missão de representar uma sociedade unificada pela ordem social e pela ordem política.

Katie Argüello relembra que Max Weber identificava o Estado Moderno com o Estado Racional, comparando-os com outras formas de Estado de base patriarcal, patrimonial ou carismática, nas quais a ausência de objetividade no ordenamento jurídico e administrativo era evidente (ARGÜELLO, 1997, p. 89). No Estado Moderno, em contrapartida, referida objetividade é característica essencial. Para Weber, conforme anota a autora, somente no Estado Racional o capitalismo moderno se desenvolveu plenamente, vez que fundado num direito racional e na burocracia.

Pietro Perlingieri descreve o Estado Moderno da seguinte maneira:

> O Estado Moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (...) removendo os

> obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado. (PERLINGIERI, 2002, p. 54).

Thiago Lima Breus afirma ser possível descrever o Estado por intermédio de três fases, quais sejam: a fase pré-moderna (ou liberal) do início do século XX; a fase de Estado Moderno (ou social), em meados do século e a fase em que o Estado é conhecido como pós-moderno (ou neoliberal), nas últimas duas décadas do milênio (BREUS, 2007, p. 56). O autor enfatiza, contudo, que em relação ao Estado brasileiro afirma-se, com freqüência, a existência de um Estado pós-moderno, sem sequer ter vigorado, efetivamente, um Estado Moderno ou, sob certos aspectos, um Estado Liberal ou pré-moderno (BREUS, 2007, p. 56).

5. Propriedade: um direito subjetivo?

Em breve relato histórico sobre a noção de propriedade Francisco Amaral afirma que o direito romano usava os termos *dominium* e *proprietas* como significativo do poder de uma pessoa sobre seus bens (móveis ou imóveis) e sobre as pessoas (mulheres, filhos, escravos). O direito medieval, que, segundo o autor, teria desenvolvido a teoria geral dos direitos subjetivos, considerava a propriedade um atributo da personalidade humana. Já na época moderna, a propriedade era consagrada pelo liberalismo e definida pelo Código de Napoleão como um direito unitário, perpétuo, absoluto, ilimitado e exclusivo (AMARAL, 2003, p 145).

Lançando o olhar para o passado brasileiro percebe-se que desde a ocupação da Colônia pelo Reino português o domínio da terra vem sendo um dos fatores determinantes do poder político e social. A ruptura do modelo tido por senhorial e a conseqüente mudança para uma estrutura capitalista serviram de base para as alterações provocadas no tratamento da propriedade privada do século XIX (FACHIN; GONÇALVES, 2008, p. 127).

José Afonso da Silva assevera que a doutrina brasileira já chegou a admitir a propriedade privada sob dois aspectos: como direito civil subjetivo e como direito público subjetivo. Mas tal dicotomia teria sido superada com o surgimento da noção de que a função social constitui elemento estrutural do regime jurídico da propriedade, configurando-se como princípio ordenador da propriedade privada (SILVA, 2006, p. 273).

Ademais, para abranger a visão global do instituto, no lugar daqueles dois conceitos já fragmentados, vem sendo utilizada a noção de situação jurídica subjetiva (complexa) (SILVA, 2006, p. 273). José Afonso da Silva ainda complementa que:

> Nessa conformidade é que se pode falar em *direito subjetivo privado* (ou civil) do proprietário particular, como pólo ativo de uma relação jurídica abstrata, em cujo pólo passivo se acham todas as demais pessoas, a que corre o dever de respeitar o exercício das três faculdades básicas: *uso, gozo e disposição* (CC, art. 1.228). (SILVA, 2006, p. 273).

Assim, de acordo com o autor, as normas de direito privado sobre a propriedade devem ser compreendidas de acordo com a disciplina legal que a Constituição da República lhe impõe. Sobre a caracterização do direito de propriedade como um direito subjetivo, Francisco Amaral assevera que:

> Nos ordenamentos jurídicos da época moderna (séc. XVIII e XIX) propriedade e liberdade são intimamente ligadas. A propriedade configura-se, assim, como um poder pleno e exclusivo do proprietário, e como um princípio da organização política e econômica da sociedade liberal. À propriedade privada cabe, por isso, o papel de princípio organizativo das relações econômicas e sociais, que está na base da sociedade moderna gerada pela Revolução Francesa. Conseqüentemente, existe profunda conexão entre propriedade, empresa e mercado (AMARAL, 2003, p.146).

No entendimento de Luiz Edson Fachin e Marcos Alberto Rocha Gonçalves a mercantilização da propriedade alargou o fosso entre os que têm muito e aqueles que nada têm, já que a absolutização da propriedade, dentro da lógica capitalista de transformar os meios de produção em mercadorias acumuláveis, acarreta a manutenção das grandes porções de terra sob o domínio da concentração fundiária ((FACHIN; GONÇALVES, 2008, p. 136).

Também sobre a noção de propriedade individual, Carlos Frederico Marés escreve que:

> A idéia de apropriação individual, exclusiva e absoluta, de uma gleba de terra não é universal, nem histórica nem geograficamente. Ao contrário, é uma construção humana localizada e recente. Estado e Direito modernos começam a surgir na Europa lá por volta do século XIII, talvez antes, teorizados a partir do século XVI com as informações fantásticas que traziam de cada parte do mundo as caravelas dos aventureiros, conquistadores e mercadores (MARÉS, 2003, p. 17).

O autor destaca que a noção de propriedade atual construída a partir do mercantilismo encontra-se, hoje, em crise, de tal gravidade que Estado e propriedade atingiram um esgotamento teórico e prático. MARÉS ainda reforça que o marco jurídico da propriedade moderna foi a Revolução Francesa e o surgimento das Constituições Nacionais. Conforme relembra o autor, “todo o direito do Estado moderno está assentado na concepção

dos direitos individuais" e esse direito foi sendo construído sobre a idéia de que a propriedade privada pudesse ser patrimoniada, isto é, usada e fruída com absoluta disponibilidade do proprietário, de forma indefinidamente acumulável (MARÉS, 2003, p. 34).

Eroulths Cortiano Junior assevera que o modelo proprietário da modernidade está profundamente ligado à visão atomística da sociedade, na qual o indivíduo é dono de si mesmo e de seus atos (CORTIANO JUNIOR, 2002, p. 91). Trata-se, segundo o autor, de uma autonomia, uma liberdade de agir que faz com que a propriedade se confunda com a liberdade, sendo possível afirmar que ser proprietário é ser livre. Nesse sentido, Cortiano Junior anota a existência de uma correlação entre a autonomia privada e o direito de propriedade, já que ambos seriam expressões jurídicas da liberdade humana.

Adotando linha de raciocínio semelhante, Francisco Eduardo Loureiro afirma que a propriedade foi fonte inspiradora do constitucionalismo liberal, transformando-se em garantia de liberdade do cidadão contra a ação interventiva do Estado. Para o autor, a *Bill of Rigths* da Virgínia, de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, são os maiores exemplos dessa transformação, pois teriam colocado a liberdade, a segurança e a propriedade em um mesmo patamar, como direitos naturais e imprescritíveis da pessoa humana (LOUREIRO, 2003, p. 09). A propriedade, por si só, representa garantia da individualidade humana, pois, na ótica liberal, segundo o autor, tudo gira em torno dos instrumentos de circulação de riqueza, dentre os quais a propriedade se destaca como símbolo jurídico.

Carlos Marés considera que não obstante o esmero do legislador é raro encontrar nas legislações a definição do que seja a propriedade. O Código Civil, por exemplo, apresenta mais de cinqüenta artigos atinentes à propriedade, não apresentando, porém, um conceito para o instituto. Para o autor, "a propriedade tão discutida nos séculos anteriores passou a ser um dado da realidade, absoluta e indefinível e de proteção cogente para as Constituições e Estados constitucionais capitalistas" (MARÉS, 2003, p. 35).

Luiz Edson Fachin destaca que a partir da previsão de que ao direito subjetivo da apropriação correspondem deveres é que surgiu a idéia de interesse social. Daí em diante, passou-se a compreender que referido direito subjetivo possui destinatários na sociedade, de tal forma que o direito de propriedade passa a ser visto como direito à propriedade, gerando, por conseguinte, um estatuto de garantia, vinculado aos ditames sociais, e outro, de acesso (FACHIN, 2003, p.289).

Ainda sobre o quesito conceituação, Cármem Lúcia Antunes Rocha aponta que na técnica jurídica propriedade não se confunde com direito de propriedade, afirmando que a

primeira representa um atributo inerente a uma pessoa ou objeto específico, distinguindo ou caracterizando um bem ou a relação deste com os outros. Assim, "propriedade identifica a condição de um bem pertencente a alguém e a submissão deste (proprietário) com a coisa que se subsume à sua vontade e disposição" (ROCHA, 2004, p. 60).

Sob a perspectiva da propriedade como um direito subjetivo, como era vista no Direito Moderno, em que se estabelecia a relação exclusão-inclusão, relativamente à abrangência e aos efeitos do direito de propriedade, Antunes Rocha assevera:

> A exclusivação da propriedade por um sujeito e a sua retirada do espaço de incidência da vontade de outrem faz com que este não possa ser titular do direito a esta mesma propriedade, pelo que se restringe, assim, o direito de todos os outros, que não o titular, pelo reconhecimento e garantia do direito de propriedade (ROCHA, 2004, p. 65).

Orlando Gomes afirma que se a propriedade tem hoje uma função social significa que o proprietário está vinculado ao cumprimento de deveres e isso, por certo, implica em contradição com a ideia de direito subjetivo. Nesse sentido, o autor faz a seguinte observação:

> Ora, sendo o domínio um direito subjetivo, o mais amplo poder jurídico que o homem pode ter sobre as coisas, admitir que deva ser usado a serviço de outros, e não no próprio interesse, é acumular, na mesma definição, dois conceitos antagônicos (GOMES, 2002, p. 76).

Hans Kelsen dizia que costumeiramente são contrapostos os direitos e liberdades fundamentais do indivíduo ao dever correspondente do Estado de não violá-los e de não interferir na esfera privada individual. Para o autor, as liberdades e os demais direitos fundamentais não constituem direitos subjetivos, tendo em vista que a proibição de editar leis que ofendam referidos direitos constitucionalmente garantidos não cria qualquer dever jurídico para o órgão legislativo, possibilitando, tão somente, eventual anulação de lei inconstitucional (KELSEN, 2006, p. 329).

Antunes Rocha manifesta entendimento no sentido de que antes mesmo da constância do Estado Moderno, mas, principalmente, durante sua vigência, o direito à propriedade privada vem sendo analisado mais sob o prisma do sujeito do que sob o enfoque de sua função legitimadora (ROCHA, 2004, p. 66). Por essa razão é que o referido direito passou a ser anunciado no mundo jurídico como um direito subjetivo.

A autora defende que a noção de direito subjetivo somente pode ser aproveitada quando for tomada no sentido de subjetivar a titularidade para o fim de identificar aquele que propõe sua vontade sobre o bem (ROCHA, 2004, p. 68). Assim, observada a natureza

funcional da propriedade, o interesse determinante do cumprimento do fim a que se destina deve operar junto com a vontade do titular da propriedade.

O direito de propriedade da era moderna está assentado na idéia de inclusão-exclusão, por meio da qual quando o Estado tutela o direito subjetivo do proprietário, incluindo-o em órbita de tutela, comete a exclusão dos direitos de todos os outros indivíduos que não são proprietários. É a inclusão do direito de um, em detrimento da exclusão do direito de alguns.

Assim, a função social parece constituir-se não em limite, mas em conteúdo do direito de propriedade que, pelo que também parece, deixou de ser um direito exclusivamente subjetivo, dotado daquele caráter absoluto, típico do Estado Moderno.

6. O Estado constitucional e a superação da dicotomia

O primado do público, no último século, assumiu diversas formas, manifestando-se na reação à concepção liberal do Estado e configurando a derrota do Estado Mínimo. Esse primado funda-se, precipuamente, na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a subordinação necessária do segundo ao primeiro, significando, em síntese, o aumento da intervenção estatal na regulação coercitiva do comportamento dos indivíduos (BOBBIO, 2001, p. 25). Nas palavras de Michele Costa da Silveira:

> Parece não fazer sentido, nos tempos atuais, falar-se na permanência de uma real "dicotomia" entre direito público e direito privado, entendida a mesma, na forma determinada por Bobbio, como duas esferas reciprocamente opostas, excludentes e exaustivas. Talvez se possa, no máximo, manter a idéia de uma mera "distinção" que se fragiliza diante de determinadas situações impostas pela nova ótica de refundação das bases do direito privado em face da Constituição (SILVEIRA, 2002, p. 49).

Nesse contexto, Thiago Lima Breus defende que, com a ampliação dos instrumentos de controle da atividade estatal, tem-se percebido uma transição do autoritarismo para a democracia (BREUS, 2007, p. 37). E essa passagem da rigidez autoritária à flexível democracia atinge todo o ordenamento jurídico, caracterizando o que se pode chamar de transição do Estado de Direito ao Estado Constitucional.

Por esse motivo é que se costuma afirmar que uma das mais intensas transformações decorrentes da transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional refere-se ao papel assumido pelo Estado perante os particulares. Na constância do Estado

Constitucional a linha divisora entre o público e o privado fica mais tênue, passando-se a falar, inclusive, da privatização do público e da publicização do privado, o que revelaria a aplicação dos princípios constitucionais à todo o sistema normativo, de modo que institutos do direito privado passaram a ser utilizados no direito público, ao passo que institutos do direito público também passaram a compor o direito privado (BREUS, 2007, p. 39).

Sob essa nova perspectiva tem-se que no Estado Constitucional, ao invés de se falar tão somente em interesse público, unitário e formal, fala-se em valores e direitos fundamentais, os quais não deixam de se referir ao interesse público, representando, porém, muito mais que isso, como compromisso social assumido pelo Estado e consagrado no texto constitucional (BREUS, 2007, p. 44).

No entendimento de Pietro Perlingieri, a distinção entre direito público e privado está em crise, de tal forma que na sociedade atual torna-se difícil individuar um interesse particular autônomo por completo e independente do interesse público (PERLINGIERI, 2002, p. 53). E essa dificuldade também se agrava por conta da presença cada vez mais incisiva dos interesses coletivos quando da tentativa de traçar linhas fronteiriças entre o público e o privado.

Lançando um olhar mais crítico sobre a realidade social do Brasil, Thiago Lima Breus considera que o Estado Constitucional ainda é um projeto, sendo perceptível nas grandes cidades a inocorrência do exercício dos direitos liberais consagrados pelo Estado de Direito. Trata-se, segundo o autor, de uma crise no sistema de conformação jurídica estatal, de tal forma que essa crise nos pilares de sustentação do Estado já virou regra na história (BREUS, 2007, p. 51). Contudo, de acordo com o autor, desde o início da modernidade a estrutura da formação política estatal não tinha sido tão questionada como foi nas últimas décadas do século XX.

7. A constitucionalização do direito civil

O direito civil de hoje não guarda tanta similaridade com aquele que vigorava na época oitocentista, marcado pelos limites da família, da propriedade, do indivíduo, do contrato e da responsabilidade civil (SILVEIRA, 2002, p. 48). Busca-se, agora, à luz da Constituição, a renovação do direito privado, de modo que as normas tidas como exclusivas do direito privado começam a invadir o texto constitucional.

Conforme anota Leonardo Mattietto, a renovação do direito civil brasileiro encontrou no chamado “direito civil constitucional” o seu melhor ponto de apoio, pois a

incidência dos princípios constitucionais no direito privado derivou da preocupação com uma ordem jurídica mais sensível aos problemas da sociedade e mais ligada à promoção da dignidade da pessoa humana (MATIETTO, 2000, p. 163). O autor pondera, todavia, que para a adequada compreensão do direito civil constitucional é essencial que se examine, antes, a questão atinente à dicotomia público-privado e ao papel da Constituição no direito civil.

Mattietto assevera que apesar de ainda haver, didaticamente, a distinção entre o direito público e o direito privado, a verdade é que os dois se complementam. O autor destaca, ainda, que a distinção entre público e privado passa por enorme crise em razão da dificuldade de se tratar separadamente e de forma autônoma o interesse privado e o interesse público (MATIETTO, 2000, p. 165).

O autor também ressalva que o direito privado - em especial o direito civil -, não pode ser visto como antítese do direito público, como um lugar em que os cidadãos estejam a salvo das ingerências do Estado, podendo, assim, exercer sua liberdade e autonomia. A atividade estatal, por seu turno, não pode ser pautada na subordinação do indivíduo, devendo ser orientada, isto sim, pela inclusão do valor constitucional do respeito à dignidade das pessoas (MATIETTO, 2000, p. 165).

Nessa mesma linha, Gabriel Menna Barreto Von Gehlen destaca que o direito privado jamais poderá entrar em choque com o texto constitucional, devendo, também, ser interpretado conforme a Constituição. A inserção de institutos de direito civil no texto supremo garante-lhes "imunidade contra o legislador ordinário e mesmo contra o poder de reforma constitucional"(VON GEHLEN, 2002, p. 185).

No tocante à constitucionalização, Ricardo Luis Lorenzetti sustenta que o direito privado atual adota uma perspectiva constitucional permanente e em diferentes níveis, pois, segundo o autor, a Constituição também contém disposições de conteúdo civilista, aplicáveis no âmbito das relações privadas (LORENZETTI, 1995, p. 253). O autor faz, ainda, uma peculiar consideração:

> De outro ponto de vista, o direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; o Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.
> Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se, então, uma Constitucionalização do Direito Civil (LORENZETTI, 1995, p. 253).

Facchini Neto afirma que o fenômeno da constitucionalização do direito privado, sob um prisma "mais antigo", pode ser descrito de várias maneiras. Assim, na época do liberalismo clássico, em que ocorriam as grandes codificações do direito privado do século XIX, as Constituições liberais eram concebidas como legítimos "códigos de direito público", destinados a disciplinar e organizar o Estado, a estrutura dos poderes e as relações entre o Estado e os indivíduos (FACCHINI NETO, 2006, p. 35).

Os códigos privados, por sua vez, eram tidos como verdadeiras Constituições do direito privado, com a função de disciplinar as relações jurídicas entre os particulares, descartada qualquer possibilidade de intervenção estatal, principalmente na área econômica, em virtude da prevalência da autonomia da vontade e da concepção individualista da propriedade privada (FACCHINI NETO, 2006, p. 35).

Sob um ponto de vista "mais moderno", o autor destaca que o fenômeno da constitucionalização do direito privado pode ser visto sob dois aspectos. Primeiro, no sentido de que vários institutos anteriormente tratados nos códigos privados (como a família e a propriedade) passaram a ser abordados nas constituições contemporâneas. (FACCHINI NETO, 2006, p. 39). Em uma segunda acepção, costumeiramente indicada como constitucionalização do direito civil, verifica-se a incidência de princípios e regras constitucionais no direito privado e a interpretação das leis conforme o texto constitucional.

Leonardo Mattietto alerta que é preciso ter em mente que a adjetivação do direito civil como "constitucionalizado" implica no dever, atribuído ao intérprete e ao legislador, de reler a legislação civil à luz do texto constitucional, privilegiando, entre outros, os valores não-patrimoniais, a justiça distributiva e a dignidade da pessoa humana (MATTIETTO, 2000, p. 170).

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk sustentam que o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas pode ser o cerne da constitucionalização do direito civil (FACHIN; RUZYK, 2006, p. 100), de tal modo que a constituição deixa de ser mera carta política, assumindo uma função integradora no ordenamento jurídico.

Fachini Neto, por seu turno, reforça que a constitucionalização do civil acarreta a migração de valores constitucionais, tal como a dignidade da pessoa humana, para o âmbito privado (FACHINI NETO, 2006, p. 34). Desse fenômeno teria surgido, na visão do autor, a despatrimonialização ou repersonalização do direito civil, isto é, a recolocação do ser humano no centro do direito privado, em detrimento de valores essencialmente patrimonialistas.

Fato incontestável é que em decorrência do processo de constitucionalização do direito civil, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais passaram a nortear o ordenamento jurídico como um todo. Com a perda da noção de completude do Código Civil, aquela idéia do direito como um sistema fechado, típica do Estado moderno, foi aos poucos sendo abolida.

8. O princípio da dignidade da pessoa humana

O artigo 1º da Constituição Federal dispõe que o Estado brasileiro tem como fundamentos a soberania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que constitui o fundamento maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Judith Martins-Costa assevera que a noção de direitos fundamentais sob a forma unidimensional e unidirecional não resistiu às transformações pelas quais passou a sociedade, sobrevindo a chamada Teoria dos Direitos Fundamentais, que afirma diferentes eficácias dos direitos, ao mesmo tempo em que evidencia suas conseqüências jurídicas (COSTA, 2006, p. 70). Segundo a autora:

> Três fatores, pelo menos, impulsionaram esse movimento. O primeiro foi de ordem sociológica (tratando-se das transformações qualitativas na vida social provocadas pela sociedade de massas); o segundo foi de ordem jurídico-dogmática, com a construção e expansão dos Direitos de Personalidade; e o terceiro, enfim, foi de ordem hermenêutica, com a ultrapassagem do modelo savignyano de interpretação jurídica (COSTA, 2006, p. 70).

Laura Beck Varela assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana, nos dias de hoje, é concretizado quando conjugado com a tutela do livre desenvolvimento, encontrando amparo no princípio da diferença (VARELA, 2002, p. 808). Desse modo é preciso reconhecer que, juntamente com o princípio da igualdade, condicionante da ideia de sujeito unitário nas codificações, existe, na esfera do direito privado, o pluralismo entre os indivíduos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende os direitos fundamentais como limitadores de poder. Nas palavras do autor, “definem esses direitos a fronteira entre o que é lícito e o que não é para o Estado. E, limitando o poder, deixam fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 06).

Sobre esse aspecto Ingo Wolfgang Sarlet destaca que os direitos fundamentais também exercem sua eficácia vinculante na esfera privada, nas relações entre os particulares:

> Fora das relações indivíduo-poder, isto é, quando se trata de particulares em condições de relativa igualdade, deverá, em regra (segundo os defensores desta concepção), prevalecer o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal (SARLET, 2003, p. 353).

O conceito de dignidade da pessoa humana sofreu um processo de racionalização e laicização nos séculos XVII e XVIII, em que vigia o pensamento jusnaturalista. O próprio direito natural passou por essa transformação, sendo mantida, porém, a ideia de igualdade dos homens no tocante à dignidade e à liberdade (SARLET, 2001, p. 32). De acordo com Ingo Sarlet, Immanuel Kant foi um nome de destaque no período em comento, por conceber a dignidade como parte integrante da autonomia ética do ser humano, definindo tal autonomia como fundamento da dignidade da pessoa humana.

Entre os teóricos modernos, Immanuel Kant foi quem apresentou o imperativo categórico segundo o qual o ser humano jamais pode ser usado para atingir outras finalidades, devendo, ao revés, ser considerado como um fim em si mesmo (MORAES, 2006, p. 115). Tal imperativo é regido pelo valor absoluto, universal e incondicional da dignidade humana, que inspira a norma ética de maior relevância: o respeito pelo outro.

De acordo com Sarlet, a doutrina jurídica atual tem se baseado no pensamento de Kant para conceituar a dignidade da pessoa humana e o fato de a dignidade estar consagrada numa ordem constitucional revela a importância da condição humana como pressuposto para que o indivíduo seja detentor de direitos que devam ser respeitados por todos, inclusive pelo Estado (SARLET, 2001, p. 34).

O autor acrescenta que em virtude do pensamento cristão e humanista foi recepcionada uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que traduz a última garantia da pessoa no tocante à disponibilidade integral por parte do poder estatal e social. Sobre essa temática, Jacques Távora Alfonsin tece as seguintes considerações:

> O princípio constitucional que mais diretamente diz com a responsabilidade do Estado é o da eficiência; com a responsabilidade do exercício de direitos sobre latifúndios rurais e urbanos é o da função social da terra; com a responsabilidade de toda a sociedade civil é o da cidadania. Todos os três podem ser sintetizados no respeito devido à dignidade humana (ALFONSIN, 2006, p. 166).

Liana Portilho Mattos, por sua vez, destaca que:

> A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana, como ocorreu no ordenamento jurídico brasileiro, por força do disposto no art. 1º, III, da constituição de 1988, faz desse princípio o eixo norteador de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais aqui editadas, por ser ele elemento fundador, estruturante mesmo, de todo o sistema jurídico-normativo brasileiro (MATTOS, 2004, p. 294).

A autora acrescenta que a dignidade da pessoa humana deixou de ser um princípio cristão e humanitário para ser princípio jurídico, figurando como um fim do direito (MATTOS, 2004, p. 294). E por se atribuir à dignidade da pessoa humana a noção de respeito à integridade e inviolabilidade do homem nas suas dimensões existenciais é que o processo histórico de reivindicações culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada pela ONU em 1948.

9. Função social da propriedade: conteúdo ou limite?

Para Paulo Bonavides o funcionamento normal de um sistema político pressupõe determinada ordem de valores sobre a qual se sustentam as instituições (BONAVIDES, 2007, p. 320). No sistema democrático, essa ordem de valores é representada pela Constituição, que tem o papel de guiar a vida pública e garantir a liberdade dos indivíduos.

O autor afirma que num sistema democrático a Constituição é tudo, figurando como fundamento do direito e valor mais alto da sociedade, de tal forma que o exercício da autoridade legítima e consentida deriva de sua observância (BONAVIDES, 2007, p. 320). Nesse sentido, a Constituição representa a imagem da legitimidade nacional, um valor supremo limitador de toda espécie de poder e impeditivo do exercício da autoridade despótica.

Luís Roberto Barroso eleva a Constituição Federal de 1988 à condição de símbolo da transição do Estado autoritário e intolerante para um Estado democrático de direito. Segundo ele, a Constituição de 1988 "assegurou ao país duas décadas de estabilidade institucional", caracterizando um rito de passagem para a "maturidade institucional brasileira" (BARROSO, 2008, p. 29).

Analisando a evolução do direito de propriedade nas nossas Constituições, Sérgio Iglesias Nunes de Souza afirma que pela Constituição Imperial de 1824, o modelo institucional brasileiro visava unicamente o regime da propriedade privada; ao passo que na

Constituição Federal de 1891 a propriedade funcionava como um dos requisitos básicos à inviolabilidade dos direitos civis e políticos do indivíduo, ao lado da segurança e da liberdade individual (SOUZA, 2004, p. 104). Ocorre nesse período, segundo o autor, a ampliação do liberalismo com notável diminuição dos limites do direito de propriedade, a qual passou a ser conceituada por seu caráter absoluto e inalienável.

Na Constituição Federal de 1934 o direito de propriedade sofre reformulação no conceito, de tal forma que o foco foi transferido do indivíduo para a coletividade, como reflexo da edificação do modelo de Estado Social que surgiu a partir de 1930, pregando um sentido social ao direito (SOUZA, 2004, p. 108). Assim, nas Constituições de 1934, 1937 e 1946, o direito de propriedade figurou no rol dos direitos individuais, ressalvado o atendimento do bem-estar social, por intermédio da sua função social.

No texto constitucional de 1967 o direito de propriedade é visto, segundo Souza, sob dois prismas: individual e social, figurando como direito e garantia individual, em torno do qual girava o interesse social e coletivo (SOUZA, 2004, p. 108). O autor destaca, nesse contexto, o importante papel exercido pela Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), ao promover a integração da eficácia da norma constitucional com o conteúdo positivo do direito de propriedade.

Na Constituição Federal de 1988 a propriedade é tratada como direito essencial e inviolável, no mesmo patamar do direito à vida, à liberdade e à igualdade, por exemplo (SOUZA, 2004, p. 110). O direito de propriedade é definitivamente condicionado pelo exercício de sua função social.

Nesta seara, oportunas as palavras de José Afonso da Silva, para quem a função social da propriedade não se confunde com seus sistemas de limitação, os quais se referem ao exercício do direito do proprietário, ao passo que a função social tem a ver com a estrutura do direito de propriedade (DA SILVA, 2006, p. 281). As limitações, bem como as obrigações e os ônus são elementos externos ao direito de propriedade, vinculando apenas as atividades do proprietário, de modo a interferir somente no exercício do direito.

Há que se coadunar com esse entendimento. O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal elenca dentre os direitos invioláveis do indivíduo, o direito à propriedade, o qual, no art. 182, § 2º do mesmo diploma, torna-se alvo de regulamentação jurídica, por meio do plano diretor de cada município, com vistas ao cumprimento de uma função social pré-determinada.

O disposto no § 4º do artigo citado e no art. 183 revela o agir do Estado no tocante ao uso e à aquisição da propriedade, sob o fundamento de que conjuntamente com o direito à propriedade, há o dever de cumprimento de sua função social. Por um lado, o texto

constitucional assegura ao indivíduo um direito inviolável limitando, por outro, o exercício de tal direito, ao impor observância de uma função social quanto à utilização da propriedade.

Nesse sentido, José Afonso da Silva defende que o direito de propriedade, antes concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, já não é assim reconhecido. Segundo ele, o direito de propriedade passou a ser conceituado como uma relação entre um sujeito ativo, representado pelo indivíduo proprietário e um sujeito passivo universal, formado pela coletividade, que tem o dever de respeitar tal direito (DA SILVA, 2006, p. 281).

Jacques Távora Alfonsin reforça que se o "social" não se separar do gozo e se a "função" não se distanciar do exercício, tanto a autorização para excluir já nascerá limitada no gozo, quanto o dever de incluir já nascerá instrumentalizado no exercício, fazendo com que a aparente antinomia exclusão-inclusão perca seu apelo racional (ALFONSIN, 2006, p. 54).

Gustavo Tepedino lembra que a Constituição de 1988 propiciou transformações profundas na disciplina da propriedade no Brasil, com a introdução de uma ampla reforma de ordem econômica e social, em que se destacou uma tendência intervencionista (TEPEDINO, 2008, p. 322).

Nesse contexto é que se explica a redação do art. 1.228, parágrafos 1º, 3º e 4º, do Código Civil, em que, não obstante a previsão do direito puramente individual do proprietário (*caput*) há, em contrapartida, a exigência do atendimento às finalidades sociais da propriedade (§ 1º), bem como a previsão clara de que o Estado pode, a qualquer momento, nos casos de interesse social ou utilidade pública, privar o indivíduo dos direitos que possui como proprietário (§§ 3º e 4º).

Tepedino reforça, ainda, que a propriedade tratada pela Constituição não representa redução quantitativa do poder do proprietário, mas revela-se instrumento para a realização do projeto constitucional, na medida em que a relação jurídica da propriedade também compreende a tutela de interesses não proprietários (TEPEDINO, 2008, p. 343).

Sobre esse aspecto, o autor ainda acrescenta que o discurso sobre o conteúdo mínimo da propriedade - por vezes considerado núcleo inatacável de poderes, além do qual não poderia mais haver violação ou redução de direitos - também deve ser redimensionado, tendo em vista que a disciplina da propriedade constitucional dirige-se à compatibilidade da situação jurídica proprietária com situações não proprietárias (TEPEDINO, 2008, p. 344). Assim, o conteúdo da propriedade deve ser analisado, hoje, simultaneamente às situações concretas que se apresentam.

Para Laura Beck Varela, embora o direito de propriedade seja considerado um direito subjetivo que tem por escopo o cumprimento de uma função social, os conceitos de

função social e de direito subjetivo parecem incompatíveis, tendo em vista a oposição travada entre dever e liberdade e entre direito civil renovado e direito civil oitocentista (VARELA, 2002, p. 765). Assim, o direito de propriedade deve ser compreendido na dimensão de sua historicidade, com observância do binômio construção-reconstrução; e a reconstrução do direito proprietário, segundo a autora, possui sua essência na função social.

Por oportuno, cabe anotar que Fábio Konder Comparato caracteriza o exercício do direito de propriedade como um "poder-dever positivo" (COMPARATO, 1986, p. 71-79). Aliás, nesse sentido é que deve ser interpretado o parágrafo primeiro do art. 1.228 do Código Civil, o qual prevê, expressamente, que a propriedade, embora tida como plena e exclusiva pelo art. 1.231 do mesmo diploma legal, deve cumprir suas finalidades econômicas e sociais.

Interessante observar, também,conforme bem lembrado por Carlos Frederico Marés, que a Constituição Federal não indica, com clareza, o castigo aplicável ao proprietário que não faz a terra cumprir sua função social. Entretanto, de acordo com o próprio autor, referido castigo parece óbvio: "o proprietário tem a obrigação de cumprir o determinado, é um dever do direito, e quem não cumpre seu dever, perde seu direito" (MARÉS, 2003, p. 117).

Ou seja, o castigo para quem descumpre a função social da propriedade é a perda do próprio direito de propriedade. A função social configura, assim, conteúdo de um direito, essência e não simples característica.

Não é a toa que o Código Civil de 2002 garante em seu art. 1.228 o direito do proprietário de usar e gozar da propriedade, exigindo, em contrapartida, que esta propriedade cumpra sua finalidade econômica e social (§ 1º). Do mesmo modo, pelos artigos 182 e 184 da Constituição Federal, o Estado também fica legitimado a intervir na propriedade individual, em prol do interesse social. Referidos dispositivos expressam, de forma inequívoca, a preocupação do legislador em dar efetividade à função social da propriedade, preconizada no texto constitucional.

Neste mesmo passo, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) assume papel de fundamental importância na execução da política urbana como meio de garantir o exercício da função da propriedade.

Nelson Saule Júnior afirma que a noção de política urbana adotada pelo Estatuto da Cidade deve servir de parâmetro para a política habitacional praticada pelos entes federativos (SAULE JUNIOR, 2004, p. 211). Nesse sentido, o autor afirma que o direito de propriedade urbana só pode ser protegido pelo Estado quando cumprida a função social prevista no inciso XXIII, do art. 5º, do texto constitucional. Desse modo, referido princípio deve servir de base para a identificação de quais funções a propriedade deve ter para que

sejam atendidas as necessidades sociais nas cidades. Sobre esse aspecto, o autor acrescenta que:

> (...) para definir quais funções devem ser atribuídas à propriedade urbana é preciso que exista uma sintonia destas funções - tais como os objetivos gerais da política urbana de assegurar o exercício da cidadania, de respeitar a dignidade da pessoa humana, do uso da propriedade não resultar em formas de discriminação ou de preconceito, de combater e eliminar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais - com os objetivos especificados no artigo 182 da Constituição (SAULE JUNIOR, 2004, p. 214).

A grande verdade é que o descumprimento da função social pelo proprietário representa lesão ao direito fundamental de acesso à propriedade, de maneira que o proprietário que não cumprir seu dever social perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade.

Não se pode negar que formalmente a função social da propriedade está muito bem estruturada, com posição de destaque no ordenamento, em vista de sua inserção no texto constitucional. O que não se verifica, todavia, é a completa efetividade de tal princípio no cotidiano dos nossos tribunais. O Judiciário é carente de decisões no sentido de atribuir à função social o caráter de conteúdo, pois a maioria dos magistrados interpreta o princípio na acepção de limite.

Não se pode afirmar que a função social seja mera limitação ao direito do proprietário, já que hoje ela parece figurar como conteúdo do direito de propriedade. E o conteúdo, como todos sabem, é algo que faz parte da coisa, que está contido nela; é algo sem o qual a coisa não tem razão de ser, não se justifica, não sobrevive.

Assim, só se fala em propriedade e, em sua garantia pelo Estado, se antes se falar em função social. O Estado deve intervir nas relações entre os particulares para assegurar um direito de propriedade com conteúdo constitucional, isto é, garantir que a propriedade coexista com sua função social.

10. Considerações finais

Ao longo da história, a ideia de propriedade sempre esteve ligada à noção de poder. Aliás, mais que isso, a propriedade já foi vista como um direito natural, inerente ao homem, preexistente ao Estado e de caráter absoluto. Mas, conforme a sociedade vai se modificando, também o direito se modifica. O ordenamento jurídico acaba sempre refletindo o momento

histórico pelo qual passa a vida das pessoas. E a vida das pessoas está estritamente ligada à propriedade.

A propriedade, como era vista no Estado Moderno, por exemplo, já não é a mesma de hoje. O tríplice vértice do direito civil se mantém: família, contrato e propriedade; mas a forma como esses institutos são abordados pelo ordenamento jurídico atual, difere, em muitos aspectos, da tutela que o Estado os oferecia na modernidade.

O Código de Napoleão, que influenciou o nosso Código Civil de 1916, possuía em seu seio três importantes concepções patrimonialistas: o liberalismo, o jusnaturalismo e o capitalismo, todas também insertas no Código Civil brasileiro de 1916. Sob a vertente do jusnaturalismo, o direito de propriedade era tido como um direito natural, de tal forma a ser possível afirmar que fazia parte da natureza humana ser proprietário. Sob o viés do liberalismo, todos os indivíduos tinham o direito de ser livres, tendo liberdade, também, para se apropriar dos bens. Já no âmbito do capitalismo, a propriedade decorre da circulação de riquezas e da acumulação do capital.

No Estado Moderno (liberal) a propriedade era tida como um direito subjetivo, associado ao direito natural, também por influência do individualismo e do racionalismo (segundo o qual o direito de propriedade preexiste ao direito). Com a superveniência do Estado Constitucional - momento em que os interesses da sociedade começam a ser tutelados pelo Estado, por meio de sua intervenção na vida dos particulares -, o "público" ganha uma maior dimensão nos cenários político, social e jurídico.

A noção de direito subjetivo é, aos poucos, substituída pelo conceito de situação jurídica patrimonial, em que se entrelaçam os interesses individuais e os sociais. O proprietário passa a ser obrigado a respeitar os interesses da coletividade e isso se viabiliza por meio do cumprimento da função social. A propriedade perde o seu caráter absoluto.

Com esse processo de constitucionalização do direito civil, o direito privado passou a ser interpretado à luz da Constituição Federal o que acarretou o início da fase de superação da dicotomia, antes evidente, entre a esfera pública e a privada.

Hoje a dicotomia público-privado parece, efetivamente, ter sido superada (embora se ouça falar em suavização, e não em superação) vez que não se nota mais no ordenamento jurídico uma distinção entre as esferas de direito público e de direito privado. Aliás, o ordenamento parece enfrentar, ainda, um processo de crescente constitucionalização do direito civil. E isso se verifica na forma como vem sendo tratado o instituto da propriedade no sistema jurídico infraconstitucional e na jurisprudência, ainda que timidamente. O Estatuto da

Cidade, por exemplo, figura como importante marco dessa nova fase por que passa a tutela do direito de propriedade.

Superada, então, a dicotomia e despido o direito civil de sua veste puramente patrimonialista, torna-se possível a percepção de que a função social não configura limite imposto ao direito de propriedade, mas conteúdo característico do instituto. A função social é, pois, inerente ao direito de propriedade, não podendo dele se desvencilhar, já que o justifica na órbita das relações entre os indivíduos e o Estado.

Se antes prevalecia a ideia de que o direito estava assentado na dicotomia entre o direito público e o direito privado, hoje não mais se fala em tal distinção. O processo de constitucionalização do direito civil acabou por atenuar as linhas fronteiriças existentes entre o direito que pretendia tutelar os interesses do Estado e aquele destinado a regular somente as relações entre particulares. E o direito de propriedade, em especial, é o que mais evidencia esse novo contexto jurídico e social.

É tão importante falar da propriedade quanto falar em dignidade da pessoa humana, liberdade, ou igualdade, pois, lançando o olhar sobre nossas cidades é possível perceber o impacto que o inadequado tratamento do direito de propriedade causa na vida social.

Dizer, hoje, que a propriedade deve cumprir sua função social, não significa dizer que o Estado está impondo uma limitação externa ao referido direito. Parece certo que a função social é algo inerente ao direito proprietário, de tal forma que falar em propriedade é falar em função social. Isto significa, em outras palavras, que a propriedade só encontra razão de ser no ordenamento jurídico, se cumprir sua função social, isto é, se tiver uma finalidade social a cumprir.

Com o movimento de descodificação e a superveniência dos chamados microssistemas, paralelamente aos processos de superação da dicotomia e constitucionalização do direito privado os direitos fundamentais passaram a ser mais utilizados para informar e orientar o ordenamento jurídico.

O direito à moradia, por exemplo, é direito fundamental de grande importância e também está intrinsecamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, além de estar diretamente relacionado à forma como são conduzidas as questões políticas, econômicas e sociais pelos governantes. O art. 183, da Constituição Federal, por exemplo, quando se refere à possibilidade de usucapião urbano, nada mais está a fazer do que a garantir o direito à moradia àqueles que estão à margem da tutela estatal relativamente à propriedade.

Os direitos e garantias fundamentais não estão na Constituição à toa. Não quis o constituinte apenas deixar o texto constitucional mais bonito, repleto de palavras poéticas como dignidade ou liberdade.

Direitos fundamentais são fundamentais. Isto significa que tais direitos servem de fundamento, de base, de suporte para o reconhecimento de quaisquer outros direitos. Ser fundamental é ser fonte, ser início, ser justificativa. O princípio da função social da propriedade, como conteúdo desse direito, é também instrumento para a efetivação de diversos direitos fundamentais, além da propriedade. E cabe ao Estado implementar políticas públicas eficientes, habilitadas a garantir a concretização dos direitos fundamentais de seus cidadãos, sejam eles proprietários ou não.

REFERÊNCIAS

ALBURQUERQUE, Ronaldo Gatti de. **Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio**. *In:* COSTA, Judith Martins (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALFONSIN, Jacques Távora. **A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedades de funções**. *In*: ALFONSIN, Betânia. FERNANDES, Edésio (org.). **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

ALFONSIN, Jacques Távora. **Do "diga que eu não estou" à relação entre pobreza e função social da terra no Brasil**. *In*: ALFONSIN, Betânia de Moraes; FERNANDES, Edésio (org). **Direito Urbanístico: Estudos Brasileiros e Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5 ed. São Paulo: Renovar, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da Modernidade**. Direito e Política em Max Weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARISTÓTELES. **A política**. 2 ed. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. Cadernos Adenauer. **20 anos da Constituição Cidadã**. Rio de Janeiro, ano IX, n. 1. p. 21-38, setembro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 4 ed. Tradução de Alfredo Fait. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 9 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, v. 1, n.3, p. 97.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. v. 63, p. 71-79, 1986.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Judith Martins-. **Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo código Civil.** *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. República e Federação no Brasil. Cadernos Adenauer. **20 anos da Constituição Cidadã**. Rio de Janeiro, ano IX, n. 1. p. 39-57, setembro, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Aspectos da Funcionalização da propriedade no modelo brasileiro. *In*: ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de (org.). Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: estudos comemorativos aos seus vinte anos. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **A Evolução do Direito Privado e o atraso da técnica jurídica**. Revista Direito GV. V 1, n 1, p. 121-134, maio, 2005.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2 ed.. Florianópolis: Fundação Boitex, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7 ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A Propriedade como Relação Jurídica Complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MATTOS, Liana Portilho. **Viver morar, transitar: o Homem e a Cidade**. *In*: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes (coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte; Editora Fórum, 2004.

MATTIETTO, Leonardo. **O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos**. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2 ed. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PREDIGER, Carin. **A noção de sistema no direito privado e o código civil como eixo central**. *In:* COSTA, Judith Martins- (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da Função Social da propriedade**. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo.** Estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

SALDANHA, Nelson. **O jardim e a praça**. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Atlântica Editora, 2005.

SALDANHA, Nelson. **Sociologia do Direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **A proteção Jurídica da Moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Michele Costa da. **As grandes metáforas da bipolaridade**. *In*: COSTA, Judith Martins- (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
VARELA, Laura Beck. **A tutela da posse entre abstração e autonomia**: uma abordagem histórica. *In*: COSTA, Judith Martins- (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VARELA, Laura Beck. **Das propriedades à propriedade, construção de um Direito**. *In:* COSTA, Judith Martins- (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. **O chamado Direito Civil Constitucional**. *In:* COSTA, Judith Martins- (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WEBER, Max. **Conceitos básicos de sociologia**. Tradução de Rubens Eduardo Ferreira Frias e Gerard Georges Delaunay. São Paulo: Centauro, 2002.