

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Diogo de Calasans Melo Andrade;
Especialista em Direito Civil;
Mestrando em direito da UFS;
Advogado e professor
www.diogocalasans.com.

1. Histórico do Estado Moderno e o surgimento da Propriedade.
2. Conceito de Constituição, Constitucionalismo, Direito Constitucional, Poder Constituinte e Mutação Constitucional.
3. Constitucionalização do Direito.
4. Constitucionalização da Propriedade e sua Função Social.
5. Conclusão. 6. Referências

Resumo: O presente artigo objetiva estudar a constitucionalização da propriedade e sua função social, uma vez que a constituição federal passa a ser um parâmetro de interpretação de todos os ramos de direito, haja vista encontrar-se no centro de ordenamento jurídico brasileiro, comprovando sua força normativa e sua superioridade em razão dos princípios constitucionais, para se chegar à efetividade e concretização dos direitos fundamentais, em especial, a função social da propriedade. Para isso, faremos um passeio histórico na formação do Estado e no surgimento da propriedade, além de trazer conceitos importantes como de constituição, constitucionalismo, direito constitucional, poder constituinte e mutação constitucional. Mais adiante, mostraremos o início da constitucionalização no mundo e, especialmente, no Brasil, mostrando a mais moderna doutrina nesse sentido. Por fim, traçaremos um paralelo entre a propriedade antes da constitucionalização e o moderno conceito de propriedade juntamente com a sua função social, realizando uma releitura do direito constitucional.

Palavras chaves: constitucionalização; função; social.

Abstract: This article aims to study the constitutionalisation of the property and the social function of property, in spite of the Federal Constitution be an interpretation parameter of all branches of law, considering find it in the center of the Brazilian legal order, proving its normative force and its advantage because of the constitutional inception, to achieve to the efficiency and implementation of the fundamental rights, especially, the social function of property. For this, we do a historical tour in the generation of the Estate and in the origin of the property, further to bring important concepts like the constitution, constitutionalism, constitutional right, constitutive power and changing constitutional. Below we demonstrate the beginning of the constitutionalisation in the world and particularly in Brazil, presenting the most modern dictate in this sense. Ultimately, we trace a parallel among the property before the constitutionalisation and the modern concept of property together with its social function, all been conducting a rereading of constitutional law.

Keywords: constitutionalisation; function; social.

1. Histórico do Estado Moderno e o surgimento da Propriedade

Inicialmente faz-se necessário realizarmos uma pesquisa histórica sobre as teorias do Estado moderno e, para isso, vamos analisar alguns aspectos relevantes sobre as principais personalidades da época e suas obras.

O primeiro é Maquiavel, que morou na Itália na época do renascimento e pregava que os fins justificavam os meios, como também defendia os atos de força. Ficava entre a virtude e a fortuna e sua principal obra foi “O Príncipe”. Comentado Maquiavel, Soares (2001, p. 85-88 apud VERDÚ, 1972:283, v.I) assim explica:

.... apresenta-se como primeiro cientista político a desenvolver o conceito político de Estado.

....

Essas bases antropológicas da concepção maquiavélica explicam seu ceticismo em relação às possibilidades de permanência das repúblicas e sua esperança em um príncipe audaz, energético, dotado de *virtu*, protegido pela *fortuna*, que possa liberar a Itália e seus invasores. (grifo do autor)

O segundo não menos importante autor foi Bodin, que era francês e foi considerado o pai da ciência política, com a teoria da soberania, calvinista, que acreditava no Estado absolutista, com o poder monarca de origem divina. Para ele a propriedade privada era inalienável e tinha o apoio da burguesia, pois necessitava proteger a propriedade. É como esclarece Soares (2001, p. 89-90): “*A soberania absoluta devia ser compreendida como poder supremo, juridicamente ilimitado sobre cidadãos e súditos*”.

O terceiro foi Hobbes que criou a figura do “Leviathan”, como sendo um monstro representando o Estado, pregando o poder coercitivo e a possibilidade de legitimar a submissão a um novo soberano. Ele traz a função social do Estado, de acordo com a opinião de Soares (2001, p. 92, apud HELLER, 1968:37): “*A função social imanente do estado é utilizada por HOBBS para fundamentar diversos preceitos do Direito Natural e, em consequência, atribuir-lhe uma origem político-sociológica*”.

Mais adiante o mesmo autor denominou a propriedade e afirmou que todas as terras devem ser controladas pelo soberano, é o que comenta Soares (2001, p. 97):

É inerente ao poder soberano julgar quais as opiniões e doutrinas são adversas ou propícias à paz, bem como prescrever as regras em virtude das quais cada súdito pode saber quais os bens de que desfrutará e quais ações que poderá praticar sem ser

molestado por qualquer de seus concidadãos, i. e, o que se denomina propriedade. ... Para HOBBS todas as terras e bens devem ser controlados pelo soberano.

O quarto é Locke, sendo inglês e ideológico do liberalismo, trouxe o poder civil da comunidade. Sua doutrina tem como base a idéia hobbesiana de função social do Estado, pretendendo explicar o surgimento histórico do aparato estatal. Em sua obra escreve mais uma vez sobre a propriedade afirmando que o objetivo da comunidade civil é o gozo pacífico da propriedade, que nada mais é do que a exteriorização da personalidade humana através do labor, como reconhece Soares (2001, p. 102):

Em relação ao direito de propriedade, recorda LOCKE que no estado de natureza o homem usufrui muitos direitos, mas o gozo deles é precário e constantemente exposto às invasões de outros. Por isso, o objetivo principal e capital da união de homens na comunidade civil e de sua submissão a governos é o gozo pacífico e seguro da propriedade, que nada mais é do que a exteriorização da personalidade humana através do labor.

Mais adiante, na mesma obra afirma que o direito de propriedade é inerente ao homem e corolário da liberdade e que a proteção ao direito de propriedade se dava com o voto, que somente era possível para os proprietários, esse é o entendimento de Soares (2001, p. 105 apud KRIELE, 1980:285).

Infere-se daí que LOCKE, consoante o liberalismo constitucional, percebeu a necessidade de justificar, sob o império das leis e de uma incipiente separação dos poderes, o direito de propriedade como algo inerente à essência do homem e corolário da liberdade dos cidadãos ingleses, colocando as instituições políticas a serviço da liberdade-autonomia dos indivíduos. A proteção ao direito de propriedade, na concepção de LOCKE, não se realizava mediante os direitos fundamentais, mas a partir do direito ao voto, adstrito tão-somente aos proprietários

Já Bertan (2009, p. 28 apud LOCKE 1999, p. 30) também escreve sobre Locke vinculando a propriedade privada ao trabalho e a expropriação ao direito natural:

Vejam que não existe propriedade privada sem o trabalho humano que a legitima. No nosso entendimento, ela, segundo Locke, não pode ser adquirida através de carta real, ou pela aquisição monetária, ou pela transmissão hereditária, sem que tais procedimentos sejam precedidos pela ocupação da terra em estado natural, quando ainda não é de ninguém individualmente, mas pertence a todos: *“ninguém possui originalmente o domínio privado de uma parte qualquer, excluindo-se o resto da humanidade, enquanto estes bens se apresentam em estado natural.”* (grifo do autor)

Locke acredita que a lei de expropriação pelo trabalho faz parte do direito natural e como tal permanece sempre em vigor. Outra exigência é a de que não haja desperdício.

Mais adiante o mesmo autor Bertan (2009, p. 31) sintetiza as idéias de Locke comentando sobre a sociedade civil e a legitimação da propriedade privada:

Devemos, considerar que Locke prega a igualdade material entre os homens, defende uma constante preocupação para com os demais membros de sua comunidade, faz apologia da sociedade civil Diante de tais circunstâncias, cremos que a vedação à expropriação ampliada e o uso da moeda para tais fins se coadunam melhor com o todo da obra, numa construção harmônica e unitária. Afastamos assim a tese de que o não-disperdício é o único requisito da expropriação e reputamos tal matriz como insuficiente para a legitimação da propriedade privada.

O quinto foi Montesquieu, político, escritor e filósofo francês que com sua obra “O Espírito das Leis” e seu sistema de freios e contrapesos na separação de funções, afirmou que o Estado é subdividido em três poderes: executivo, legislativo e judicial. Sua grande contribuição foi, segundo Soares (2001, p. 111), a teoria da separação dos poderes:

O grande contributo de MONTESQUIEU à Teoria do Estado é a teoria sobre a separação dos poderes ou de funções legislativas, executivas e judiciais, acopladas a um sistema de freios e contrapesos, que se tornou dogma do constitucionalismo demoliberal, influenciando, principalmente, as declarações de direitos das constituições norte-americanas e francesas.

O sexto e último que vamos comentar nesse tópico é Rosseau que argumentava a vontade geral como expressão das leis e essa vontade como sendo soberana do Estado, repudiava toda forma de governo representativo e parlamentar, como o inglês. Sua obra foi “O Contrato Social”. Trouxe também a origem da civilização e a propriedade como infelicidade humana, como adverte Soares (2001, p. 112):

ROSSEAU demonstra, em seu *Discours sur l'origine*, mediante hipóteses, a origem da civilização, que apresenta como uma degeneração do estado da natureza. “o primeiro que, tendo cercado um terreno, lembrou de dizer: *Isto é meu!* E encontrou pessoas bastantes simples para crê-lo, foi o fundador da sociedade civil, assente na propriedade privada e, portanto, causador do início da infelicidade humana... A propriedade privada acoplou-se a propriedade política; e assim, pelo fato de certas paixões terem prevalecido, um regime artificial de desigualdades colocou os homens em uma relação de mútua dependência, contrária aos princípios naturais de seu modo de ser. (grifo do autor)

De mais a mais, Soares (2001, p. 126-127) afirma que naquela época o voto censitário era vinculado à propriedade privada:

Para VIÑAS a idéia de liberalismo está historicamente vinculada ao direito à propriedade e ao afã de lucro. ... A cidadania, na primeira fase do Estado Liberal, assente na teoria dos direitos individuais, sustentava-se no voto censitário, entronizando a propriedade privada, em sua qualidade de convenção social, como alicerce teórico da liberdade almejada.

E conclui Soares (2001, 270) sobre a propriedade ilimitada de Locke e propriedade racionalizada de Rousseau:

Em sua obra, LOCKE preconiza a legitimação da propriedade ilimitada e da acumulação do capital com o código moral tradicional: todo homem tem uma propriedade em sua própria pessoa, a esta ninguém tem qualquer direito e não ser ele mesmo. ... ROUSSEAU elaborou o complexo conceito de vontade geral, em *Du Contrat Social*, racionalizando o reconhecimento dos direitos de propriedade e do governo civil, respaldado nas concepções jusnaturalistas.

Assim, percebe-se que vários autores interpretaram a propriedade privada de diferentes maneiras, desde o início da civilização até os tempos atuais. Logo em seguida, faremos uma pequena diferenciação sobre os conceitos relacionados à constituição para que possamos entender a constitucionalização do direito, da propriedade e sua função social.

2. Conceito de Constituição, Constitucionalismo, Direito Constitucional, Poder Constituinte e Mutação Constitucional.

Para extrairmos o conceito de constituição faz-se necessário utilizar das obras de Lassalle e Hesse, além das atuais e modernas doutrinas de direito constitucional. Para Lassalle o conceito de constituição está ligado à fonte primitiva da qual nascem a arte e a sabedoria constitucional, é uma lei fundamental do Estado, é a soma dos fatores reais do poder que regem um país (2012, p. 18): *“Os fatores reais do poder que regulam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas da sociedade em apreço, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”*.

Para ele, de nada servirá o que se escrever numa folha de papel, se não se justifica pelos fatos reais e efetivos do poder. E Lassalle (2012, p. 57) adverte:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder, a verdadeira Constituição de um país somente tem base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país regem, e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

De mais a mais, a doutrina traz o conceito de constituição de Hesse (1991, p.12) vinculando ao ser e dever ser, além dos reflexos das condições fáticas, sociais e políticas:

O conceito de Constituição jurídica e a própria definição da Ciência do Direito Constitucional enquanto ciência normativa dependem da resposta a essas indagações.

.....
A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as formas sociais e políticas.

...
Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. (1991, p. 12, 15 e 18)

Para o autor a constituição está vinculada à realidade histórica e nenhum poder do mundo, nem mesmo a constituição pode mudar as condicionantes naturais. Hesse critica Lassalle quando afirma que a constituição não significa simples pedaço de papel, pois não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo, todavia, não está condicionada por essa realidade.

Por outro lado, Canotilho (2007, p.101) conceitua constituição dessa forma: *“Referiu-se atrás o conceito de constituição da época moderna no sentido de ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito”*. Para ele, a constituição é uma norma política, consubstanciada em um documento escrito.

Já Barroso (2010, p. 369) entende que constituição *“é a norma fundamental e superior, que cria ou refunda o Estado, organizando o exercício do poder político, definindo direitos fundamentais e indicando valores e fins públicos relevantes”*

Além do importante conceito de constituição, traçaremos também outros conceitos correlatos com o tema constitucionalização, mas não menos importantes como o constitucionalismo, direito constitucional, poder constituinte e mutação constitucional.

O constitucionalismo tem relação com o Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Conforme ensina Canotilho (2007, p.45): *“é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”*

Por outro lado, o direito constitucional é o ramo de direito público e não privado, sobre esse direito explica Hesse (1991, 27):

Portanto, compete ao Direito Constitucional realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição, que indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa. Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

Já o poder constituinte é aquele que elabora e impõe uma constituição, e está acima do poder constituído que é por ele instituído e limitado. Conforme ensinamentos de Canotilho (2007, p. 59) o poder constituinte: *“se revela sempre como uma questão de “poder”, de “força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”*.

De mais a mais, bem explica Barroso (2010, p. 397) o significado de mutação constitucional:

Já a mutação constitucional consiste em um processo informal de alteração do significado de determinada norma da constituição, sem que tenha havido qualquer modificação de seu texto. Trata-se de um assim chamado poder constituinte difuso, a mutação constitucional se realiza por meio de interpretação – isto é, pela mudança do sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente – ou por intermédio dos costumes e práticas socialmente aceitos. Funcionam como limite, na matéria, as possibilidades semânticas do relato da norma e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à constituição.

Para o autor, mutação é a mudança do significado da norma constitucional sem alteração do seu texto, utilizando-se, para isso, da interpretação, dos costumes, das práticas socialmente aceitas para procurar seu sentido. Aqui existe um processo de reinterpretação da constituição sem modificação do texto, como, por exemplo, o conceito de “mulher honesta” trazido pelo código penal antes do advento da lei. n.º 11.106/2005, uma vez que sofreu grandes modificações conforme a época e local.

3. Constitucionalização do Direito

O marco do processo de constitucionalização do direito se deu na Alemanha. Na Itália iniciou-se na década de 60 e confirmou-se na década seguinte. Já na França começou mais tarde e ainda está em processo de afirmação. A constitucionalização no Brasil, Portugal e Espanha deu-se de forma tardia e acompanhou os demais países, com a ideia de expansão das normas constitucionais, colocando a constituição como centro do ordenamento jurídico. Nossa constituição possui uma supremacia formal, material e axiológica, potencializada pela

abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios, segundo Barroso (2010, p. 364) esse fenômeno denomina-se filtragem constitucional, senão vejamos:

Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.”

...
Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força, normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional de todas as normas do sistema.

Para ele, com a filtragem constitucional todo o ordenamento jurídico deve ser lido conforme a Lei Maior. Mais adiante Barroso (2010, p. 400) explica que a constitucionalização se realiza pela interpretação conforme a constituição e, no direito civil, com a elevação dos valores existenciais em detrimento dos direitos patrimoniais:

A constitucionalização do Direito se realiza, sobretudo, pela interpretação conforme a Constituição, nas suas múltiplas expressões. No âmbito do direito civil, a constitucionalização teve como uma de suas conseqüências a elevação dos valores existenciais, em detrimento dos elementos puramente patrimoniais.

De mais a mais, é sabido que normatividade dos princípios constitucionais resulta na constitucionalização do ordenamento jurídico, como entende Oliveira (2010, p. 181):

A valorização da constituição federal, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, resulta na constitucionalização do ordenamento jurídico, assumindo o princípio da dignidade da pessoa humana o papel de novo vetor axiológico de todo o direito.

Essa Constitucionalização do direito funda-se em vários fenômenos, decorrentes das modificações do Estado, da Sociedade e do Direito, mudanças que interferiram no campo histórico, filosófico e teórico. Essas interferências ocorreram no primeiro, histórico, com a passagem do Estado Liberal, para o Social e, posteriormente, para o Estado Democrático de Direito; no segundo, filosófico, com a aproximação do direito com a ética e o surgimento do pós-positivismo; e no terceiro, teórico, pelo fato da constituição adquirir força normativa, superioridade e efetividade, através da hermenêutica constitucional.

É nessa conjuntura que a constitucionalização do direito vem adquirindo mais força e respaldo, com a inserção nas universidades de uma disciplina jurídica chamada de constitucionalização do direito, além de ser aplicado nos ramos de direito civil, penal, administrativo e etc.

A interação da constituição e do direito civil que temos hoje não foi sempre assim, pois passou por várias fases que, em síntese, podemos traçar: a) em princípio, a constituição como carta política e o código civil como documento histórico; b) posteriormente, a publicização do direito privado, onde o Estado interfere nas relações privadas; c) e finalmente a constitucionalização do direito civil, onde a constituição torna-se o centro do ordenamento jurídico.

É o princípio da dignidade que promove uma despatrimonialização e uma repersonalização, ou seja, prevalência da dignidade em relação às relações jurídicas patrimoniais. O instituto da função social da propriedade surgiu nessa segunda fase, como entende Barroso (2010, p. 368) em virtude do dirigismo contratual:

Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, locatário, o empregado. É a fase do dirigismo, que consolida a publicização.

Já para Canotilho (2007, p. 348) a constitucionalização protege os direitos fundamentais, determinando que tais direitos devem ser interpretados como normas jurídicas vinculantes:

A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculantes* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direito. (grifo do autor)

Por outro lado, é quase unânime, salvo nos EUA, que a constituição se aplica às relações privadas, como também, observadas certas condições, as regras prevalecem sobre os princípios como ensina Barroso (2010, p. 395):

Regras têm preferência sobre princípios, desde que tenham igual hierarquia e não tenha sido possível solucionar a colisão entre eles pelos mecanismos tradicionais de interpretação. Duas observações dogmáticas: princípios têm uma área nuclear que se aplica como regra; regras, como padrão geral, não devem ser ponderadas. Quando o constituinte ou o legislador atuam por meio de uma regra, que expressa um mandato definitivo e não uma ordem de otimização, fazem uma escolha que deve ser respeitada pelo intérprete. A não realização dos efeitos de uma regra significa, de ordinário, sua violação. Ao proferir acerca de um tema por meio de regra, o constituinte-legislador ou excepcionou deliberadamente um princípio ou optou por prestigiar a segurança em detrimento da flexibilidade, minimizando a intervenção do intérprete judicial.

De mais a mais, outros doutrinadores chamam essa releitura do direito constitucional de neoconstitucionalismo, tendo em vista a vinculação do constitucionalismo com a democracia. Esse fenômeno é verificado não só na esfera do poder judiciário, mas também no legislativo e executivo, uma vez que todos os órgãos estatais estão sujeitos ao controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, assim como descreve Barroso (2010, p. 353):

Relativamente ao legislativo, a constitucionalização (I) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (II) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (I) limitar-lhe a discricionariedade e (II) impor-lhe deveres de atuação, ainda (III) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (I) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da verdade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

Assim, em relação ao poder judiciário, a constitucionalização verifica-se com o controle de constitucionalidade, e em relação aos particulares, com as limitações aos contratos e a propriedade privada. Após o entendimento da constitucionalização do direito, passaremos para o estudo específico da constitucionalização da propriedade e sua função social.

4. Constitucionalização da Propriedade e sua Função Social

Depois dessas alterações na teoria da constituição, todos os ramos do direito foram modificados, uma vez que a constituição é tida como o centro do nosso ordenamento jurídico haja vista sua força normativa e a sua superioridade, por isso não poderia deixar de influenciar na propriedade privada e em sua função social.

Inicialmente faz necessário entender a etimologia da palavra função social vem da palavra em latim *functio* que é derivada do verbo *fungor* que significa cumprir algo, desempenhar um dever ou tarefa, ou seja, uma finalidade, funcionalizar. A expressão função social foi inserida no direito brasileiro desde 1934, mas o instituto que mais se filiou a ela foi a propriedade.

A constituição federal de 1988 foi a primeira a inserir a função social da propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais e inseriu entre os alicerces de ordem econômica

nos arts. 5º, XXII e XXIII, 170, II e III, art. 182 § 2º e 3º e, por fim, no art. 186. Esses artigos tratam da função social da propriedade urbana e rural, além de determinar as sanções pelo não cumprimento dessa função. De mais a mais, o art. 5º, §1º da constituição atribuiu eficácia plena na conformidade dos direitos fundamentais.

Depois, surgiu o código civil que tratou da função social da propriedade no seu art. 1228, § 1º. O direito civil sofreu grandes mudanças com o código civil de 2002 e uma das principais foi a inserção dos princípios sociais, em especial a função social da propriedade. O código civil de 1916 era individualista e voluntarista, ou seja, o valor fundamental era o patrimônio pois naquela época o direito público não interferia no direito privado.

Assim, aos poucos, foi acabando a ideia do civilista liberal, para dar lugar à finalidade coletiva. Hoje, é preciso reler o código civil à luz da constituição federal de 1988, para que possamos dar um conteúdo de maior eficácia às normas de direito privado. É isso que prega a teoria do direito civil constitucional onde afirma que a constituição, por ser uma norma hierarquicamente superior a todas as leis, possui valores que devem ser observados por todos os ramos do direito e, em especial, pelo direito civil e a propriedade.

Assim, a função social que nasceu na constituição federal de 1988 foi transportada para o código civil, especialmente para a propriedade, originando, assim, a função social da propriedade no código civil. Esse novo instituto do direito civil, com fundamento constitucional, modificou os princípios anteriores do código civil de 1916 relacionados à propriedade, por trazer novas regras de aplicação e interpretação de cunho social.

Com as mudanças acima citadas no direito privado, devemos dar outro tipo de interpretação à função social da propriedade, não mais analisando apenas pela ótica do indivíduo, mas sim o interesse social, realizando uma interpretação constitucional, ou seja, fazendo emergir a mutação constitucional.

No meio acadêmico a escola civil constitucional iniciou a partir de Maria Celina Bodin de Moraes e depois por diversos autores como, por exemplo, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Sobre essa constitucionalização do direito civil vejamos o que explica Lôbo (1999, [s.p.]):

A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.

Para o autor, foi com a constitucionalização do direito civil que o Estado liberal passou a ser chamado de social. Assim, o código civil passou a ser interpretado conforme as demandas sociais e econômicas da atualidade, senão vejamos o que diz Tepedino (2001, p. 21):

Muito ao contrário, a perspectiva civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.

O instituto aqui estudado deixou de ser absoluto, individual, para ter um cunho social, pois a propriedade não pode beneficiar apenas o proprietário, mas sim a todos. Isso é o que prega Lôbo (1999, [s.p.]) quando leciona sobre a função social da propriedade:

A função social é incompatível com a noção de direito absoluto, oponível a todos, em que se admite apenas a limitação externa, negativa. A função social importa limitação interna, positiva, condicionando o exercício e o próprio direito. Lícito é o interesse individual quando realiza, igualmente, o interesse social. O exercício do direito individual da propriedade deve ser feito no sentido da utilidade, não somente para si, mas para todos. Daí ser incompatível com a inércia, com a inutilidade, com a especulação.

Segundo José Afonso da Silva (2006, p. 281) a função social não se confunde com os sistemas de limitação à propriedade: *“A função social da propriedade não se confunde com os sistemas de limitações da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquele, à estrutura do direito mesmo, à propriedade”*.

No mesmo trilhar de idéias, Gama (2008, p. 51) entende que a função social como limitação à propriedade é incorreta, pois a função social é a propriedade:

A idéia da função social como uma limitação à propriedade, portanto, não deve ser reconhecida como correta. Hoje, com base na Constituição, deve-se reconhecer que a função social integra a propriedade; a função social é a propriedade, e não algo exterior ao direito de propriedade. E, uma vez não cumprida a função social, o direito de propriedade esta esvaziado.

Para ele, a função social integra a propriedade, pois a função é da propriedade e não algo exterior. Para Morais (1991, p.70) a função social da propriedade não permite o proprietário usar e abusar do bem, *in verbis*:

Em matéria de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para a reconstrução do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua propriedade. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade entre os operadores do direito civil com relação à determinação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.

Com outro olhar, Barros (2004, p. 43) analisa a função social da propriedade na cadeia produtiva para o bem da coletividade:

A propriedade com função social se justifica pelos objetivos a que se propõe, dentro da cadeia de produção, pois muito embora se saiba que a propriedade sempre foi a base da produção capitalista tradicional, com a função social, ela atinge outro patamar de eficiência e de utilização, antagônico àquele que sempre lhe fora destinado. Ou seja, a função social compõe-se enquanto elemento diferenciador que insere a propriedade na cadeia produtiva, com toda a otimização, para o bem da coletividade.

Já Pinheiro (2005, p. 97) afirma que não há direito que não seja social e a propriedade, conforme a função social, não fica restrita, mas o que se proíbe é o uso indevido da propriedade:

Não há direito que não seja social e não há instituto jurídico que não esteja permeado por uma função social objetiva.

....

Por exemplo, a função social da propriedade, esculpida em nossa Constituição no artigo 5º, XXIII e no artigo 170, III, não é uma restrição à propriedade, e sim ao seu uso indevido.

Assim, percebe-se que a propriedade é um direito e garantia fundamental, inserido na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, que tem como espécie a moradia que, para Jacintho (2009, p.145), é um componente do direito à dignidade, senão vejamos:

Os dois últimos componentes do direito à dignidade da pessoa humana dizem respeito à moradia e à alimentação; o primeiro, prescrito no *caput* do art. 6º, da Constituição Federal de 1988, e o segundo, na Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, já citado. Em ambos os direitos, preconizados como regra, a prestação estatal que se espera é no sentido de serem criados meios para o exercício desses direitos, seja, pela não-intervenção estatal, seja pela criação de programas e ações governamentais, tais como abertura de linhas de crédito, mutirões.

Por isso, percebemos que a função social da propriedade, de todos os institutos privados, foi o que mais sofreu influência dos princípios constitucionais sociais, trazendo com isso, regras de caráter social a propriedade, determinando que não só o interesse do indivíduo deve ser levado em conta, mas, principalmente, o da coletividade, ou seja, a propriedade, pois, hoje em dia, deve ser utilizada não apenas para favorecer o proprietário, mas para o bem comum.

Mas não foi só no Brasil, mas em diversos ordenamentos jurídicos, que a propriedade tem um caráter social, senão veja-se o que explica Comparato (2008, p. 66): *“É também com fundamento na solidariedade que, em vários sistemas jurídicos contemporâneos, consagra-se o dever fundamental de se dar à propriedade privada uma função social.”*

Diferente não é o que a declaração universal dos direitos humanos de 1948 quando se refere a propriedade, em seu artigo XVII: *“1. Todo homem tem direito a propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”*

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 também se referiu a propriedade quando em seu artigo 11, 2, a assim determinou:

Os Estados-Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e utilização mais eficazes dos recursos naturais.

Comentando o citado artigo Comparato (2008, p. 335) assim leciona: *“No entanto, o direito contemporâneo passou a reconhecer, excepcionalmente, uma função social da propriedade, isto é, a existência de deveres positivos do proprietário de certos bens, em relação a outros sujeitos determinados, ou perante a comunidade social como um todo.”*

Apesar do pacto de 1966 não conter nenhuma disposição específica sobre a função social da propriedade, a convenção americana de direitos humanos de 1969 estabelece, nitidamente, o dever fundamental do proprietário de dar aos seus bens destinação conforme o interesse social, vejamos o artigo 21:

Direito à propriedade privada.

§1º Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A Lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

§2º Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e formas estabelecidos em lei.

Assim, foi com a convenção de 1969 que a função social foi inserida na propriedade e todos os países signatários tiveram que inserir, posteriormente, em suas legislações, tal instituto, como foi o caso do Brasil na constituição federal de 1988. Em outra obra, Tepedido (2008, p. 368) afirma qual o fundamento da função social, *in verbis*:

Ao revés, a perspectiva funcional dos fatos jurídicos, que fundamenta a função social do contrato e da propriedade, leva em conta a circunstância de que o ordenamento é formado por um conjunto de princípios, não já de um princípio único, o qual deve ser sempre examinado e levado em conta no momento da aplicação do direito.

Pelo exposto, percebe-se que antes mesmo da constituição federal de 1988 e do código civil de 2002, já existia na doutrina brasileira e nos tratados e convenções internacionais regras que determinavam que a propriedade deveria atender a sua função social e esse instituto constitucional foi inserido no código civil determinando uma releitura da propriedade pelos operadores do direito, utilizando, para isso, a teoria do direito civil constitucional.

5. Conclusão

Percebemos que a constitucionalização do direito e, conseqüentemente, da propriedade, decorreu das mudanças históricas, filosóficas e teóricas que deram à constituição federal força normativa, com superioridade e efetividade, fazendo com que a sua interpretação se irradiasse por todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial para o direito civil e a propriedade. Essa incorporação dos princípios e da hermenêutica constitucional à propriedade, por ser o centro do ordenamento jurídico, traz como consequência, a garantia dos direitos fundamentais, em especial, a função social da propriedade.

Assim, percebe-se que a propriedade e sua função social fundamentados nos princípios constitucionais, é um meio de concretização dos direitos fundamentais e serve de limite para os abusos àquelas propriedades que não atendem a sua função social. Por isso que a constitucionalização da propriedade é peça chave para o julgador e todos os operadores do

direito realizarem uma releitura do instituto propriedade, tendo em vista que terá que atender essa função social, com o objetivo de garantir a efetividade e a concretização desse importante direito fundamental e, por conseguinte, contribuir para a Democracia.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Aperfeiçoamento e Dependência em Patentes*. Lumen Juris, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva: 2010, p. 288-342

BERTAN, José Neure. *Propriedade privada e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível a partir do site <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

BRASIL. Código Civil (2002). Disponível a partir do site <[http:// www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 6ª Ed. Saraiva, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Função Social no Direito Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS João Bosco. *Monografia no Curso de Direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Abtonio Fabris Editor, 1991.

JACINTHO, Maria Moreno Jussara. *Dignidade Humana – Princípio Constitucional*. Curitiba: Juruá, 2009.

LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. São Paulo: CL EDIJUR, 2012.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 13 set. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Almedina Brasil – BR, 2007.

MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de Direito Civil*. Almedina Brasil – BR, 2008.

MORAIS, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAIS, Maria Celina Bodin. *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. In Revista Direito, Estado e Sociedade, n 1, segunda edição, jul-dez.1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, p. 59-73.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato – Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PINHEIRO, Castelar Armando; SADDI Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Ed. Elsevier, 2005.

ROSEVALD, Nelson. *A função Social do Contrato*. São Paulo: Método, 2008.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 22ªed. Cortez.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 52.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: novos paradigmas em face da globalização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. *A Função Social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Direito Civil Contemporâneo. Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.