REVISTA FAPAD
OPEN ACCESS
E-ISSN: 2764-2313
REVISTA DA FACULDADE PAN-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E DIREITO

A TRIDIMENSIONALIDADE CONSTITUCIONAL DA PROPRIEDADE

Nelson Rosenvald[1]

Sumário: I A desconexão entre as propriedades e o novo mercado. II O direito fundamental de propriedade como garantia. III O direito fundamental à propriedade como acesso. IV A função social da(s) propriedade(s). V A tridimensionalidade das propriedades e as dimensões de direitos fundamentais. VI Conclusão.

> "A propriedade é também um problema técnico, mas nunca é somente um problema técnico: por debaixo, os grandes arranjos das estruturas; por cima, as grandes certezas antropológicas põem sempre a propriedade no centro de uma sociedade e de uma civilidade. A propriedade não consistirá jamais em uma regrinha técnica, mas em uma resposta ao eterno problema da relação entre homem e coisas, da fricção entre mundo dos sujeitos e o mundo dos fenômenos, e aquele que se propõe a reconstruir sua história, longe de ceder a tentações isolacionistas, deverá, ao contrário, colocá-la sempre no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa" (Paolo Grossi – A História da Propriedade e Outros Ensaios).

Rev. FAPAD
e-ISSN: 2764-2313
Data de aceite: 01/10/2021
https://periodicosfapad.emnuvens.com.br/gtp/article/view/53
Organizado pelo Ministro: José Barroso Filho

[1] Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre (IT). Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra (PO). Professor Visitante na Universidade de Oxford (UK). Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

I A DESCONEXÃO ENTRE AS PROPRIEDADES E O NOVO MERCADO

A desintegração da propriedade é um fato inequívoco. Não como um dado exclusivo da pós-modernidade, porém como mais um capítulo em uma odisseia iniciada na revolução industrial, na qual a titularidade incorpórea auspiciosamente se torna mais relevante que o domínio físico dos bens de raiz. Em ambientes de instituições democráticas, afloram os incentivos para que patentes, *softwares* e direitos autorais façam a roda da fortuna girar. A *Apple* é a empresa mais valiosa da história, apoiada no binômio intangível inovação tecnológica/design[2]. As riquezas das pessoas e nações passaram a ser definidas pela dinâmica capacidade de criação, em detrimento ao que a natureza estaticamente lhes reserva, como terras e *commodities*.

O cerne do domínio se deslocou da posse de coisas e do capital físico para a criatividade humana, o capital intelectual. A propriedade clássica, caracterizada pelo poder de ingerência socioeconômica sobre a coisa e a visibilidade de sua exteriorização pelo exercício dos atributos do uso e fruição é ultrapassada pela propriedade incorpórea, na qual o artífice da criação intelectual é remunerado pela cessão da técnica, reservando para si a titularidade do bem. Diversos modelos de propriedade convivem com as suas peculiaridades. Daí que hoje se fala em direito das propriedades, ao contrário do que se extraí da arcaica estrutura monopolística sugerida pelo artigo 1227 do Código Civil.

O que há de atualíssimo nessa discussão é a própria redefinição do conceito de propriedade e o mais importante, o seu próprio embasamento filosófico e sociológico. A propriedade enucleada no "ter" conferiu suporte ao indivíduo moderno. Em um primeiro momento, a sociedade estamental é abolida e o indivíduo se liberta da condição perene de nobre ou campesino. A única possibilidade de a pessoa perseguir a sua autonomia se dava pela aquisição da titularidade, que lhe propiciasse independência material e social, passando a existir por si próprio, com possibilidade de conduzir a própria vida, preocupando-se com o seu perímetro subjetivo e cultivando a sua interioridade. A propriedade individual como acesso à cidadania já teve os seus tempos de glória.[3]

---

[2] Mais um ano se passou e, mais uma vez, a Apple está no topo das empresas mais valiosas do mundo. A marca foi avaliada em US$ 170 bilhões, de acordo a Forbes. Esse é o sétimo ano consecutivo que a companhia de Cupertino aparece nessa mesma posição no ranking. O top 10 do ranking deste ano divulgado pela Forbes é quase todo feito de empresas de tecnologia: 1. Apple; 2. Google; 3. Microsoft; 4.Facebook; 5.Coca-Cola; 6.Amazon; 7.Disney; 8.Toyota; 9.McDonald's; 10.Samsung; www.tecmundo.com.br/mercado/119621-novo-apple-empresa-valiosa-mundo.htm capturada em 21.7.2017

[3] CASTEL, Robert. *La Inseguridad social*. Buenos Aires: Manantial, 2015. p. 28.

Todavia, a noção de propriedade é progressivamente substituída pelo acesso a experiências culturais. A troca de bens materiais entre vendedores e compradores no mercado é suplantada pela lógica da preservação da titularidade com os fornecedores, com base em *leasing*, aluguel ou cobrança de uma taxa pela admissão ou pela assinatura, na qual o que importa é a prestação de serviços e o acesso em curto prazo entre servidores e clientes que operam em rede. Na nova economia o capital intelectual não é trocado. O valor de mercado de empresas como *Uber, Airbnb, Spotfy e Netflix* atestam a noção de Bauman sobre a "modernidade líquida", em tempos em que, ao invés da condição de proprietários de bens móveis e imóveis, a única certeza é a busca pela utilidade privada de bens, convertendo ideias e experiências – e não coisas – em verdadeiros itens de valor na nova economia. A propriedade é uma instituição lenta demais para se ajustar a velocidade de uma cultura fluida e veloz, na qual os verbos "ter", "guardar" e "acumular" cada vez fazem menos sentido. A propriedade pessoal já foi considerada a extensão do próprio ser e a medida do homem, doravante, as próximas gerações se relacionarão com o mercado de uma forma bem diferente.

II O DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE COMO GARANTIA

Desde 1215, com a imposição da Magna Carta pelos Barões ingleses a João sem Terra, as sociedades civilizadas compreendem a imprescindível relação entre o Estado de Direito e a irrecusável proteção aos direitos de propriedade. Os súditos oferecem respaldo aos governantes em troca da erradicação do caos social e da preservação das liberdades pessoais.[4]

Passados oitocentos anos, há sólidos argumentos que mantêm o caráter fundamental do direito de propriedade. Para além de seu reconhecimento constitucional expresso, são

[4] Pode-se dizer que a Magna Carta foi a primeira tentativa de codificação do direito inglês. Ao delegar a 25 barões a atribuição de fiscalizar a atuação real e o seu próprio cumprimento, a Magna Carta lança o gérmen das modernas democracias representativas ocidentais. É claro que os direitos que aparecem na Magna Carta não são universais, dado que na altura do longínquo século XIII não existia esse conceito. Eles são direitos concedidos a diferentes grupos em um delicado jogo de poder. No entanto lá reside a semente de uma Constituição. A submissão do poder político ao império do direito e não da moral, dos preceitos religiosos ou dos costumes. E nesse sentido, ela constitui os alicerces do constitucionalismo moderno. Por muito tempo a Magna Carta oscilou entre o descrédito e o esquecimento. Porém, a partir da Revolução Gloriosa de 1688, ela sedimentou o arcabouço político que converteu uma grande ilha no maior império mundial até os estertores da I Guerra. O iluminismo inglês abraçou a ciência e criou uma longa era de prosperidade. Enquanto a Magna Carta garantiu direitos e deveres das várias classes e limitou drasticamente o poder dos reis; na Europa continental, os reis assumiram um poder absoluto em detrimento dos direitos e liberdades de todos os súditos. Assim, duas narrativas são tributárias da liberdade moderna: uma com sede insular, a do gradualismo britânico, simbolizando o pensamento liberal que, na linha de Hayek, privilegia elementos de continuidade; outra com sede continental, a da ruptura com a ordem estabelecida e de afirmação do espírito revolucionário encarnado na guilhotina francesa.

inegáveis a sua imutabilidade formal e material e a judicialidade plena. É o direito real por excelência, em torno do qual gravita o direito das coisas. Com efeito, a propriedade é um direito fundamental que, ao lado dos valores da vida, liberdade, igualdade e segurança, compõe a norma do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O reconhecimento da propriedade como direito humano se prende à sua função de proteção pessoal de seu titular. Há uma função individual da propriedade que consiste na garantia da autonomia privada do ser humano e no desenvolvimento de sua esfera existencial e familiar, pois os direitos reais são outorgados a uma pessoa para a realização pessoal da posição de vantagem que exerce sobre a coisa.[5] O filósofo alemão Georg Friedrich Hegel foi um dos primeiros a reconhecer o poder da propriedade para agir como um apêndice de nosso ser. Hegel acreditava que cada indivíduo expressa sua noção de personalidade imprimindo-a em suas posses. É fixando a vontade de alguém nos objetos do mundo externo que cada pessoa projeta seu ser e cria uma presença entre seres humanos Como a personalidade de um indivíduo está sempre presente no objeto possuído, a propriedade se torna uma extensão da personalidade de alguém. Em um nível mais profundo, a propriedade é uma expressão de liberdade pessoal. Ao cercar-se de propriedades, uma pessoa infla sua personalidade no tempo e espaço, criando uma esfera de influência pessoal. Em suma, ela cria uma presença expandida no mundo.

Em reforço à tutela genérica da inviolabilidade do direito de propriedade (art. 5º, *caput*), o art. 5º, inciso XXII, explicita que "é garantido o direito de propriedade". Uma leitura completa do princípio seria a seguinte: "é garantido o direito subjetivo de propriedade em caráter *erga omnes*". De fato, a propriedade é um direito subjetivo no qual o titular exercita poder de dominação sobre um objeto, sendo que a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento colaboracionista da coletividade.

Além de direito subjetivo e fundamental, a propriedade é garantia institucional, prestando-se a assegurar bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais em certa ordem jurídica. Teixeira de Freitas, no Esboço, reconheceu que, conforme a doutrina predominante no século XIX, propriedade e personalidade eram considerados direitos absolutos, e foi além: só a personalidade pode ser considerada como

[5] AMPAIO, José Adércio Leite, NARDY, Afrânio José Fonseca. *Direito fundamental de propriedade, direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da precaução*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 230.

direito absoluto. A propriedade só é tutelada porque sem ela não se desenvolve a personalidade. Para ser, é preciso ter.[6]

A propriedade traz consigo uma noção profunda de obrigação e compromisso que não está presente em uma cultura de posse. Um fato geralmente aceito é que é muito mais provável que quem tem sua casa se preocupe em conservá-la e mantê-la do que quem mora de aluguel.[7] Cuidar do que é seu – e do ambiente à volta –, em uma sociedade que valoriza a propriedade, torna-se tão importante quanto cuidar da vida de alguém. É por isso que consideramos nossas titularidades como extensão de nós mesmos.[8]

De qualquer forma, a propriedade será direito fundamental em todas as circunstâncias que instrumentalize liberdade. O art. 170, II, da Constituição Federal insere a propriedade privada como princípio da ordem econômica. A propriedade que representa a economia de mercado e a livre iniciativa será resguardada pelo sistema, como demonstração de apreço do Estado de Direito pela proteção dos contratos e segurança jurídica. A preservação da propriedade se imbrica com a própria subsistência da sociedade, como instrumento por excelência da liberdade de ação de cada qual de seus membros. Qualquer intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade de seu titular e/ou entidade familiar.

O direito de propriedade, por si só, não garante as liberdades e direitos civis. Mas é um dispositivo eficiente para assegurá-los, pois cria uma esfera autônoma na qual, por mútuo consentimento, nem o Estado nem a sociedade podem cometer transgressões.[9] Ademais, como garantia institucional, culmina por assumir função tão elevada no ordenamento jurídico a

---

6 A filósofa Hannah Arendt sintetiza apropriadamente a questão: "Importante feição não privativa da privatividade é que as quatro paredes da propriedade particular de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como diríamos, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à tona a partir de um terreno mais sombrio, terreno este que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade num sentido muito real e não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a sombra do que deve ser escondido contra a luz da publicidade é a propriedade privada – um lugar só nosso, no qual podemos nos esconder" (*A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 81).

7 CANE, Peter. "The institution of private property is fundamental to our society, and a powerful way of expressing the distinction between 'what is mine and what is yours'". *Tort Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2017. p.45.

8 RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso*. São Paulo: Pearson, 2011. p. 105. "Heidegger lembra-nos que a palavra *humano* vem de *humus*, que em latim quer dizer solo fértil e nutritivo. Na mitologia hebraica, Deus criou Adão do barro. Nosso longo vínculo com o solo, que tem se fixado nas relações de propriedade ajudou a modelar e definir a essência de quem somos" (p. 106).

9 PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 329.

ponto de ter o seu núcleo essencial preservado de restrições desproporcionais pelo legislador infraconstitucional. É o que se convém chamar de "*limite do limite*", uma linha que demarca as faculdades dominiais de fruição e disposição particular como núcleo duro e inconformável do direito de propriedade.

De fato, as nações que prezam a propriedade apresentam crescimento econômico e índices positivos de inclusão social. Em qualquer sociedade que incentive o valor individual e o empreendedorismo haverá expansão do mercado e criação de riquezas. Em substituição ao *slogan* da abolição da propriedade, há de se difundir a propriedade, pois isso implica difundir a liberdade.

A propriedade privada perde a sua condição de garantia fundamental quando se converte em privilégio. Se no início da modernidade o privilégio se enraizava entre os membros da nobreza, atualmente, no patrimonialismo arraigado em nossas instituições, vê-se que o conceito de república é sistematicamente espoliado pela apropriação privada do Estado por grupos ligados ao poder político. Para sustentar a paquidérmica máquina governamental, ocorre uma brutal transferência de riquezas pela via da tributação. O resultado é induvidoso: corrupção e desperdício. O verdadeiro empreendedor é desestimulado a investir o seu capital, pois a segurança jurídica é esmaecida. O mérito individual é desencorajado pelo deturpado sentimento de que o Estado provedor e assistencialista concederá qualquer espécie de compensação que eliminará o estado geral de penúria. Como nenhuma pessoa se sente responsável moralmente por sua trajetória de vida, o resultado dos referidos programas é um estímulo ao ócio e ao paternalismo, que fatalmente se reproduzirá em consequência do apelo eleitoral de tais práticas paroquiais.

Nessa inversão de valores, a verdadeira propriedade privada é desvirtuada e mesmo desencorajada. Em estados autoritários e cartoriais, a livre concorrência e a possibilidade de cada indivíduo dispor de si são mitigadas por instituições deficientes. Os privilégios fundam uma sociedade do tipo mercantilista, jamais um real capitalismo. A retórica rasteira propaga a assimilação da propriedade privada a um mal que deva ser extirpado. Incitar o imaginário coletivo a uma onda antiglobalização é forma primária de alienação daqueles que não possuem acesso ao mínimo existencial. A humanidade conhece os ideários totalitários de esquerda ou de direita. Eliminar a diversidade e a tolerância e anular o individual pelo

coletivo, fragilizar a propriedade em nome de um viés igualitário, é a primeira forma de eliminar as demais liberdades: política, civil e de pensamento.[10]

Por isso, em um Estado que se pretenda democrático, a função da doutrina civil constitucional consiste em resistir ao apelo fácil da demonização do capital e da propriedade e da canonização da pobreza como virtude social. Incumbe-nos racionalmente esclarecer à opinião pública que o contrato e a propriedade particular se referem à essência do direito civil: a intangibilidade da liberdade individual e do exercício do âmbito de autonomia legado a todos pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Ao contrário do privilégio, a propriedade privada não é uma afronta ao princípio da solidariedade. A exclusão social vivenciada no Brasil não resulta da existência da propriedade, mas de sua insuficiência e da ausência de uma ação política firme no sentido de estender a condição de proprietários em prol daqueles que hoje estão juridicamente alheios ao sistema de titularidades. A ideia central é que os direitos de propriedade seguros e bem definidos – incluindo o direito de transferir a propriedade – farão com que os recursos sejam alocados ao uso que gere maior bem-estar.[11]

III O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE COMO ACESSO

Em seu art. 17, a Declaração dos Direitos do Homem prevê que toda pessoa tem *direito à propriedade*. O acesso universal à propriedade é o fundamento de todos os sistemas nacionais reguladores das diversas propriedades.

---

[10] Há uma questão ideológica que permeia a tolerância generalizada à privatização de espaços públicos. Para aqueles que se consideram progressistas, a "ocupação política" seria uma sofisticada forma de afirmação de direitos fundamentais. Legitimar-se-ia a desobediência civil contra o conservadorismo da ditadura da maioria silenciosa (alunos que desejam estudar, funcionários que pretendam trabalhar, pais que pretendam prover educação aos filhos e a sociedade que aposta na segurança jurídica), com premissa teórica forjada no pedantismo intelectual daqueles que admiram tudo aquilo que seja popular, cujo mérito intrinsecamente reside no fato da iniciativa partir das vítimas do sistema. De fato, é vergonhoso o corte da merenda escolar e a recusa do repasse dos recursos básicos do ensino. Todavia, em sociedades que cultivam a responsabilidade individual, o exercício da liberdade de manifestação se conforma ao ordenamento jurídico, jamais pela banalização da invasão e depredação do patrimônio público, bem como do impedimento ao direito de ir e vir de quem queira exercer a sua profissão. Na ótica do relativismo, não me surpreende que o ilícito da invasão de bens públicos seja glorificado como conduta merecedora de tutela. Enfim, associo-me aqueles que desejam preservar a cultura e a própria civilização, quando tudo em volta parece ruir. Se não houver uma predisposição à contenção de instintos básicos, nessa marcha da insensatez, em breve os pseudo-heróis da resistência democrática não apenas serão louvados, como ainda farão jus a indenização por benfeitorias e acessões ou mesmo serão premiados com uma usucapião sumária.

[11] Bernardo Mueller assevera que "direitos de propriedade que não são perfeitamente seguros desestimulam os investimentos, o que traz, portanto, importantes consequências sobre a *performance* econômica [...]na Amazônia, proprietários de terras com títulos mais seguros adotavam mais investimentos específicos à terra do que aqueles com títulos menos seguros e mostram como direitos de propriedade contribuem para afetar o comportamento econômico dos agentes e o desenvolvimento de mercados" (Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito e Economia. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômica e Financeiro*, São Paulo, v. 126, n. abr-jun, p. 112-116, 2002. p. 93).

Em seu perfil oitocentista e liberal, o Direito Civil edificou alicerces sólidos na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado mínimo, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava em última instância para preservar as regras do jogo.

Paulatinas transformações ocorreram em tal cenário nos últimos 100 anos, sendo que um dos últimos capítulos coincide com a implantação de uma tábua de valores constitucionais apta a exigir uma releitura do estatuto patrimonial das relações privadas, funcionalizado agora à promoção da dignidade, solidarismo e igualdade substancial. A urgência se revela na determinação da preponderância da pessoa em relação ao patrimônio. Sendo a Constituição o centro unificador do ordenamento, a normatividade de seus princípios permite a aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, mitigando-se a dicotomia público/privado, pois não mais existem espaços imunes ao alcance de parâmetros normativos substancialmente mais justos.

Assim, a dignidade da pessoa humana assume um papel de defesa da integridade humana em dois planos: (a) tutelando as situações jurídicas da personalidade de modo a preservar esses bens jurídicos intrínsecos e essenciais; (b) situando a missão de parte do patrimônio, justamente na preservação das condições materiais mínimas de humanidade, o chamado patrimônio mínimo.

Em obra pioneira, Luiz Edson Fachin esclarece que "a proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessas tendências (de despatrimonialização das relações civis), posto que põe em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais".[12] Em acréscimo à terminologia tão bem empregada pelo Ministro Fachin, cremos que a moldura do patrimônio mínimo deve ser acrescida pelo predicado *existencial*. Não se trata de uma tautologia, muito pelo contrário. O objetivo é afirmar que a ordem civil de um Estado Democrático de Direito é agente de transformação social, pois a segurança jurídica não compactua com a liberdade travestida em inércia e preservação de *status quo*. A segurança no contexto brasileiro clama pela redução das desigualdades sociais e afirmação de cidadania.

[12] FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41.

Assim, o mínimo existencial é algo quantitativa e qualitativamente superior ao mínimo vital. [13] Este se identifica com a postura estatal ativa de manutenção do mínimo fisiológico e orgânico do ser humano. É o necessário para a preservação da vida. Porém, o ser humano possui demandas que não são compartilhadas pelas outras formas de vida na natureza. Na lúcida advertência de Ingo Sarlet, "a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência".[14]

Destarte, o mínimo existencial atende ao mínimo sociocultural de uma vida saudável com possibilidade de realização de escolhas que atendam ao pleno desenvolvimento da personalidade. O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, assistência social, moradia, cultura e lazer são meios tendentes à promoção da igualdade material. Esses bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interditada qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares. Ao se deferir à pessoa o acesso à titularidade, particulariza-se a expressão *propriedade pessoal*, que não se identifica nem deve ser confundida com a *propriedade individual*, da qual é titular um único sujeito. O atributo *pessoal* deve ser entendido no sentido de atinência à pessoa humana, no sentimento de instrumento apto a realizar a dignidade do sujeito. Ela tem a função de realizar a liberdade pessoal, a liberdade da necessidade.[15]

---

[13] Constato a elasticidade do conceito do "mínimo existencial" e a distância entre a noção de existência digna e aquilo que se entenda como o mínimo para uma existência digna. A dignidade é qualidade intrínseca ao ser humano, um imperativo categórico. Ela será generalizadamente respeitada e promovida, sem parâmetros quantitativos. Porém, ao tratarmos das condições mínimas para que o indivíduo subsista com dignidade, podemos fazer um giro de cento e oitenta graus entre os extremos da sobrevivência física e o desejo incessante pelo supérfluo, passando pelo plano médio da reunião de condições materiais e imateriais que permitam a fruição de direitos fundamentais e o desenvolvimento dos direitos da personalidade. Talvez os economistas estejam certos quando frisam que a noção de mínimo existencial não se prende ao estado objetivo de pobreza, mas a falta daquilo que em certo contexto enseja a reação negativa dos outros, pelo parâmetro das regras de decência. É o julgamento da comunidade sobre a nossa indecência - e não a falta de renda adequada a sobrevivência -, o dado que mais afeta as pessoas em seu sentimento de respeitabilidade. Desde o princípio, observa Ortega y Gasset na Meditação sobre a técnica: "o conceito de necessidade humana engloba indiferentemente tanto o objetivamente necessário quanto o supérfluo. Donde se deduz que o empenho do homem em viver é inseparável de seu empenho em estar bem. Mais ainda: a vida significa para ele não só um simples estar, mas um bem-estar. As necessidades biologicamente objetivas não são por si mesmas, necessidades para o ser humano. Quando se encontra atado a elas, nega-se a satisfaze-las e prefere sucumbir. Só se convertem em necessidades quando aparecem como condições de "estar no mundo", que, por sua vez, só é necessário de forma subjetiva".

[14] SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado, *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar, 2007. p. 53.

[15] PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco.

A propriedade no Brasil é tutelada de forma débil. Grande parte da população está à margem do sistema de reconhecimento legal de titularidades. Em favelas e regiões carentes vislumbramos construções que não dotam os seus possuidores de escrituras e registros, mas apenas de posse não documentada, portanto estéril no mercado. Certamente essa moradia já cumpre alguma função social, pois retira a pessoa do relento, evitando a sua coisificação. Ana Paula de Barcellos é veemente: "Ninguém terá dúvida de que uma pessoa que mora sob uma marquise ou uma ponte é um desamparado que necessita de abrigo. Ninguém questionará que esta é uma situação indigna e, *a fortiori*, que a dignidade desse indivíduo está sendo violada".[16]

Contudo, a proteção jurídica em prol de tal bem fundamental alicerçada exclusivamente na posse ainda é precária, afinal, a propriedade formal é mais significativa do que a simples posse. Com efeito, quando o sistema jurídico defere às pessoas a via institucionalizada da conversão de sua força de trabalho em propriedade e capital, apenas um grupo minoritário ainda optará pela posse. Hernando de Soto explica que a posse é um capital morto, pois não é reconhecida pelo sistema legal, "afinal um bom sistema legal de propriedade, como um canivete suíço, possui mais mecanismo do que apenas a lâmina da posse [...] a maioria das pessoas não pode participar de um mercado ampliado porque não tem acesso a um sistema legal de direitos de propriedade que represente os seus ativos de modo a torná-los amplamente transferíveis e fungíveis, que permita que sejam usados como garantia em hipotecas e que torne os seus donos responsáveis".[17]

Nas palavras de Paulo Luiz Neto Lôbo, "a propriedade é o grande foco de tensão entre as correntes ideológicas do liberalismo e do igualitarismo".[18] Com efeito, o direito *à propriedade* é uma leitura transformadora do art. 5º, XXII, da CF, bem ao sabor de um Estado Democrático de Direito: "É garantido o direito de propriedade". A ideia central é proteger o direito individual de propriedade e propiciar o direito social fundamental à propriedade, conciliando a defesa da liberdade daquele que é proprietário com a promoção do princípio da

Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 924.

[16] BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 193.

[17] Hernando de Soto explica que "a propriedade formal é essa coisa extraordinária, muito maior do que a posse. Diferentemente dos tigres e lobos, que arreganham os dentes para proteger os seus territórios, o homem, fisicamente um animal mais fraco, usou sua mente para criar um ambiente legal – a propriedade – para proteger o seu território" (*O mistério do capital*. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 149).

[18] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Leituras complementares de direito civil*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 31.

igualdade substancial pela via de sua democratização em prol dos não proprietários. O desempenho econômico de uma nação é intrinsecamente afetado pelo binômio: garantia das regras do jogo e qualidade dos jogadores. As regras do jogo representam as instituições, ou seja, os valores aceitos consensualmente pela sociedade. Já a qualidade dos jogadores corresponde à capacidade de cada pessoa de desempenhar a competição no mercado. Em sociedades heterogêneas e premidas por graves dificuldades sociais, a segurança jurídica se revela quando o Estado adota a opção de elaborar regras estáveis de proteção à propriedade já existente e eliminação do *apartheid* de titularidades, demolindo privilégios e providenciando oportunidades igualitárias de ingresso no mundo globalizado.

Aderimos plenamente à mensagem de Roberta Mauro, ao sustentar que "o direito real de propriedade apresenta hoje um duplo estatuto: um de garantia e outro de acesso [...] deverá sempre refletir os anseios do legislador constituinte que, ao alçar a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais à categoria de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, visava não apenas garantir o direito de propriedade, mas também o direito à propriedade".[19]

A propriedade privada só será plenamente realizada quando forem retiradas as travas que impedem que cidadãos de segunda categoria possam ingressar no sistema jurídico de reconhecimento de titularidades. A integração social pela via da universalização da titulação pode simbolizar uma saída digna de programas assistenciais, calcados na viabilização do mínimo orgânico, para o ingresso no plano do mínimo existencial. Afinal, como obtempera Richard Pipes, o sentido de autossuficiência é possível apenas em sociedades que reconheçam a propriedade privada: "É o sentido de independência econômica e do valor que ela gera que dá origem à ideia de liberdade".[20]

O paradigma do "*direito de excluir*" é meramente um paradigma histórico que não está mais em sintonia com o contexto atual. Na sociedade democrática, o postulado é a união entre o direito de excluir e o direito de *não ser excluído*. O que se torna necessário e urgente é definir com clareza a quem servirá o direito de propriedade em uma sociedade plural. Se o conjunto das funções da propriedade mantém apenas o direito de excluir, ela serve apenas para os indivíduos proprietários. Se, por meio de transformações na sua natureza e nos

[19] MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36-37.

[20] PIPES, Richard. Op. cit., p. 149.

conteúdos, as propriedades puderem desempenhar outras tarefas, como a de permitir acesso livre a bens essenciais, quem se servirá delas é a própria sociedade democrática. Hoje, os não proprietários percebem que a propriedade privada pode ser uma das causas principais das desigualdades e da exclusão.[21]

Na ausência de segurança jurídica – ausência do próprio Estado, diga-se de passagem –, os espaços de cidadania são perdidos para o crime organizado, "milícias"[22] ou movimentos sociais que privilegiam o uso da força para a aquisição da propriedade. O acesso a bens jurídicos – mesmo que essenciais – demanda juros altos à custa do superendividamento, haja vista que as instituições financeiras não criam atraentes canais de crédito em prol de *outsiders*.

Contudo, com a presença do Estado ao legalizar o "gueto" e urbanizar essas áreas, o novo proprietário se despede da condição de necessitado e "vitimizado", tornando-se cidadão cooperativo e responsável pela preservação e crescimento do "capital vivo" que adquiriu. Instala-se uma cadeia de prosperidade em face de uma política habitacional com juros reduzidos como contrapartida da propriedade funcionalizada como garantia de empréstimos. Com o ingresso dos "informais", na formalidade, reduz-se consideravelmente o peso da tributação que asfixia o setor formal da economia.

---

21 GASTON JACOBS, Edgard. A propriedade no estado democrático de direito, p. 76-78. Explica o autor que "é preciso diferenciar o direito de acesso às propriedades da função social em sentido restrito. Não corresponde à busca de interesses sociais em sentido amplo, mas de interesses de um sujeito que tenta se reorientar no momento em que percebe o limite de sua própria autonomia. Trata-se, agora, não de uma tutela de interesses da sociedade, mas do próprio indivíduo, que precisa estar conectado, que precisa ter direito de acesso".

22 "As extorsões em um conjunto habitacional no extremo oeste do Rio de Janeiro costumam ocorrer pela manhã, por volta das 9h, às sextas-feiras ou sábados. Os valores variam de acordo com o tamanho do comércio. Até aí, o convencional. Até que um homem invadiu um terreno baldio, loteou-o e começou a vender os espaços — inclusive uma praça foi loteada e vendida. A 200 km dali, em Arraial do Cabo, construíram uma rua em um parque estadual e passaram a lotear os terrenos. Esses são alguns de uma série de relatos que o Disque-Denúncias do Rio recebeu só nos primeiros dias de abril. Além desses casos, Polícia Civil e Ministérios Públicos estadual e federal investigam uma série de denúncias que mostram como as milícias no Rio descobriram uma maneira de expandir seu mercado: além de extorquir moradores e comerciantes em suas áreas de influência, esses grupos passaram a construir e vender casas de modo a aumentar a lista de "contribuintes". Segundo moradores, milicianos retiraram placas que sinalizavam a ocupação e marcas do governo federal e tentaram lotear a área. 'Eles passam aqui por dentro armados, mandam recados... A gente evita até procurar a polícia para não ficar exposto, preferimos tentar regularizar a terra com os órgãos federais de uma vez', afirma um senhor que prefere não ser identificado. Alguns dos casos ocorrem sobre áreas de proteção ambiental e até terras públicas. A região está em área de transbordamento dos rios Sarapuí e Iguaçu, sujeita a alagamentos e a germinação da água — inclusive por vasos sanitários. Para lotear, as milícias precisam aterrar a área, na maior parte das vezes de forma amadora, o que causa impactos no meio ambiente e até em comunidades vizinhas. Além de lotear novas áreas, cobram uma taxa entre 10% e 15% quando algum morador vende um imóvel". Matéria publicada no Jornal Folha de São Paulo em 1/5/2018, pelo jornalista Thiago Amâncio Luiza Franco.

No plano das ideias e valores, haverá uma reconstrução do imaginário coletivo, eis que, inseridos no sistema jurídico de reconhecimento, livre disposição e financiamento, os novos proprietários não mais serão seduzidos por promessas vazias, pois contarão com as garantias legais e acesso às vias institucionais de proteção patrimonial.

Em um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal garante não apenas a propriedade em termos de tutela das posições jurídicas de direito privado já existentes, mas também a possibilidade de aceder a elas.[23]

IV A FUNÇÃO SOCIAL DA(S) PROPRIEDADE(S)

A construção do modelo proprietário liga-se à total abstração do sujeito de direito, o que se reflete, como alerta Eroulths Cortiano Junior, na consequente abstração de formas de exercício dos poderes proprietários e na infinita possibilidade de bens apropriáveis. Ao pretender permanecer intocado, o modelo está sujeito a rupturas, e uma delas pode ser visualizada no reconhecimento de que a propriedade deve ser exercida funcionalmente em razão dos interesses da coletividade. [24] [25]

A expressão *função social* procede do latim *functio*, cujo significado é de cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade. Utilizamos o termo *função* para exprimir a finalidade de um modelo jurídico, um certo modo de operar um instituto, ou seja, o papel a ser cumprido por determinado ordenamento jurídico. Estrutura e função são os dois elementos que compõem o direito subjetivo. A estrutura do modelo jurídico é captada quando perguntamos "como é?"; já a função se segue à pergunta "para que serve?". Isto é, a gênese reside na estrutura, mas a orientação e a teleologia do instituto são captadas pela sua função.[26]

---

[23] "Nos moldes em que foi consagrado como direito fundamental, o direito de propriedade tem uma finalidade específica, no sentido de que não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio destinado a proteger o indivíduo e sua família contra as necessidades materiais" (STJ, AgRg no REsp 1138517/MG, 2a T., Min. Rel. Humberto Martins, *DJ* 1.9.2011).

[24] CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 137.

[25] Eros Roberto Grau sintetiza, com mestria, o escorço evolutivo da propriedade absoluta para a propriedade-função: "A revanche da Grécia sobre Roma, da filosofia sobre o direito: a concepção romana que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade de patrimônios), sucumbe diante da concepção aristotélica, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função". GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 105.

[26] Nesse sentido, PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 94.

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. É até mesmo redundante indagar acerca de uma função social do direito, pois pela própria natureza das coisas qualquer direito subjetivo deveria ser direcionado ao princípio da justiça e bem-estar social. Porém, o individualismo exacerbado dos dois últimos séculos deturpou de forma tão intensa o sentido do que é direito subjetivo que foi necessária a inserção do princípio da função social nos ordenamentos contemporâneos para o resgate de um valor deliberadamente camuflado pela ideologia então dominante.

Ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual se este for compatível com os anseios sociais que com ele se relacionam. A autonomia privada do titular descobre o plano da intersubjetividade, ao se exigir que o proprietário compreenda que a sua autodeterminação se condiciona ao complementar reconhecimento da dignidade alheia e do anseio da sociedade por bem-estar. Todo poder na ordem privada é concedido pelo sistema com a condição de que sejam satisfeitos determinados deveres perante o corpo social.[27]

Neste passo, Norberto Bobbio enfrenta a função social pelo viés da passagem do direito repressivo para o direito promocional. Enquanto o direito repressivo procurava sancionar negativamente todo aquele que praticasse uma conduta contrária aos interesses coletivos, o Estado promocional pretende incentivar todas as condutas que sejam coletivamente úteis, mediante a imposição de sanções positivas, capazes de estimular uma atividade, uma obrigação de fazer.[28]

A função social da propriedade instala-se no Código Civil como uma cláusula geral[29] que descreve valores e remete a princípios, permitindo que o direito privado seja iluminado e filtrado pela ordem constitucional, operando um corte vertical em todo o sistema de direito privado. Ela se insere na própria estrutura de qualquer direito subjetivo para justificar a razão

---

27 Nesse processo, funda-se a concepção vigente da função social da propriedade na Constituição alemã de *Weimar*, de 1919. Ela introduz uma visão avançada em relação ao modelo então vigente, ao afirmar no art. 14, § 2º, que "a propriedade obriga". Tem o mérito de fundar a concepção de propriedade como relação jurídica complexa, na qual o proprietário é apresentado ao princípio da solidariedade.

28 BOBBIO, Norberto. *Dalla strutura alla funzione*. Milão: Di Comunità, 1977. p. 80.

29 Gustavo Tepedino trata as cláusulas gerais como "normas que não prescrevem uma certa conduta, mas simplesmente definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas" (Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo código civil. Estudos na perspectiva civil constitucional,. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XIX).

pela qual ele serve e qual papel desempenha. Atualmente, cogita-se de uma função social das obrigações, da família e de outros modelos do Direito Privado. Destarte, as referidas cláusulas gerais pretendem superar o reducionismo codificador, demonstrando que o Estatuto Civil é uma operação ideológica e cultural, levando a sério a crítica de Luiz Edson Fachin quando adverte "que a pior inutilidade de uma codificação é o seu descompromisso com a transformação social".[30]

Inexiste incompatibilidade entre a propriedade e a função social, mas uma obrigatória relação de complementaridade, como princípios da mesma hierarquia. Ambos se hierarquizam axiologicamente perante os casos concretos, informando sempre materialmente o direito de acesso à propriedade de modo a instrumentalizar o domínio.[31] Consequentemente, não se pode mais conceder proteção à propriedade pelo mero aspecto formal da titularidade em razão do registro. A Lei Maior tutela a propriedade formalmente individual a partir do instante em que se exiba materialmente social, demonstrando merecimento e garantindo a sua perpetuidade e exclusividade. A propriedade que não for legitimada pela função social será sancionada pelo sistema por diversas formas e intensidades.[32]

A locução *função social* traduz o comportamento regular do proprietário, exigindo que ele atue numa dimensão na qual realize interesses sociais, sem a eliminação do direito privado do bem que lhe assegure as faculdades de uso, gozo e disposição. Em termos concretos, haverá função social da propriedade quando o Estado delimitar marcos regulatórios institucionais que tutelem a livre iniciativa, legitimando-a ao mesmo tempo. Quando uma atividade econômica concede, simultaneamente, retorno individual em termos de rendimentos e retorno social, pelos ganhos coletivos da atividade particular, a função social será alcançada. O ordenamento jurídico viabilizará o empreendedorismo, que por sua vez justificará benefícios coletivos. Em outras palavras, o sistema jurídico não medirá esforços para estabelecer diretrizes que defendam e orientem a atividade privada à produção de ganhos sociais.[33]

---

30 FACHIN, Luis Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 13.

31 ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 156.

32 A proposital ênfase à dimensão axiológica da propriedade é novamente evidenciada no art. 170, incisos II e III, da Constituição Federal. A Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre-iniciativa, com a imprescindível conciliação da propriedade com a sua função social.

33 No particular, recomenda-se como imprescindível a leitura do economista Douglas North (*Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994).

O perigo reside em entender a função social como socialização ou publicização da propriedade. Essa é uma forma de aniquilar o Estado Democrático através da edificação de um Estado Autoritário que elimina a propriedade e a autonomia. A consequência é a sensível redução do retorno social que seria viabilizado se houvesse apoio à atividade econômica privada.

Lado outro, nenhum dos expoentes contemporâneos do liberalismo defende o *laissez-faire* puro e ingênuo de outrora. É evidente que as demandas metaindividuais impedem que o proprietário do século XXI ofenda o patrimônio ecológico ou irresponsavelmente se omita no exercício do poder econômico sobre o bem de produção. Todavia, isso não nos permite supor que a propriedade em si foi relativizada, mas extirpado o abuso. Busca-se paralisar o egoísmo do proprietário, jamais o individualismo. A prevalência de valores ligados à solidariedade social permite que o exercício dos poderes dominiais seja guiado por uma conduta ética, pautada no respeito aos interesses coletivos e difusos que sejam dignos de tutela, e o acesso de todos a bens mínimos capazes de conferir-lhes uma vida digna.

Em sentido complementar, a função social não se relaciona ao exercício da propriedade. Afinal, ela não limita, mas conforma. Nas palavras apropriadas de Perlingieri, ela "deve ser entendida não como uma intervenção em ódio à propriedade privada, mas torna-se a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a um determinado sujeito, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada para o intérprete chamado a avaliar as atividades do titular".[34]

A função social penetra na própria estrutura e substância do direito subjetivo, traduzindo-se em uma necessidade de atuação promocional por parte do proprietário, pautada no estímulo a obrigações de fazer, consistentes em implementação de medidas hábeis a impulsionar a exploração racional do bem, com a finalidade de satisfazer os seus anseios econômicos sem aviltar as demandas coletivas, promovendo o desenvolvimento econômico e social, de modo a alcançar o valor supremo no ordenamento jurídico: a Justiça.

Em adendo, a função social impõe limites negativos e positivos, limitadores e impulsionadores em atenção ao direito de propriedade – não ao interesse externo da administração, da sociedade ou de vizinhos –, haja vista que todas as normas que se identificam com aquele princípio estão no interior do direito subjetivo, modelando e

[34] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 226.

conformando a propriedade, incentivando a sua adequada fruição, de modo a evitar que o exercício do domínio se revele ocioso ou especulativo. A função social, portanto, é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se às quatro faculdades conhecidas (usar, gozar, dispor e reivindicar). Em outras palavras, converte-se em um quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro elementos estruturais são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um decisivo papel de controle sobre os demais. Stefano Rodotà explica que não há confronto dialético entre a estrutura do direito de propriedade e a sua função, pois ela é um aspecto interno daquele direito subjetivo, um componente da própria estrutura.[35]

Outrossim, a função social consiste em uma série de encargos, ônus e estímulos que formam um complexo de recursos que remetem o proprietário a direcionar o bem às finalidades comuns. Daí a razão de ser a propriedade comumente chamada de poder-dever ou direito-função. O direito de propriedade, até então tido como um direito subjetivo na órbita patrimonial, passa a ser encarado como uma complexa situação jurídica subjetiva, na qual se inserem obrigações positivas do proprietário perante a comunidade.[36] O proprietário titulariza o direito subjetivo de exigir dos não proprietários um dever genérico de abstenção, como corolário da garantia individual da propriedade (art. 5º, XXII, CF). Todavia, a coletividade é titular do direito subjetivo difuso de exigir que o proprietário conceda função social ao direito de propriedade, à luz do art. 5º, XXIII, da Constituição Federal. Surge uma rede de contradireitos em prol dos não proprietários. Cuida-se de uma gama variável de recursos que acabam por "empurrar" o proprietário em direção à função social. Judith Martins-Costa sabiamente pontua que "a função social exige a compreensão da propriedade privada já não como verdadeiro monólito passível de dedução nos códigos oitocentistas, mas como uma pluralidade complexa de situações jurídicas reais, que englobam, concomitantemente, um complexo de situações jurídicas subjetivas".[37]

---

35 RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho*: estudios sobre la propiedad privada. Madri: Civitas, 1986. p. 220.

36 "O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade um poder-dever. Para estar em conformidade com o direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justice social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna" (STJ, AgRg no REsp. 1138517/MG, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, *DJ* 1.9.2011).

37 MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 148.

A locução *relação jurídica complexa* sintetiza exatamente essa dimensão plural de direitos e deveres recíprocos, derivados de um mesmo fato jurídico, exprimindo situações jurídicas contrapostas e o balanceamento de interesses de cada um dos polos da relação. O proprietário se encontrará em situações ativa e passiva e só poderá demandar abstenção da coletividade se, a seu turno, conceder função social. Mais uma vez com arrimo em Stefano Rodotà, a propriedade se apresenta como um centro de imputação de interesses diversos, a partir de uma articulação entre o interesse do titular e a utilidade social.[38]

Caso o proprietário descure do exercício de seu dever jurídico, sofrerá sanções diferenciadas do sistema jurídico, conforme o grau de desídia e a forma pela qual o ordenamento prioriza determinado modelo de propriedade. Ou seja, não existe uma função social da propriedade, mas funções sociais de diversas propriedades pois, em uma sociedade plural, variados são os sujeitos que exercem o direito subjetivo, como múltiplos são os bens jurídicos e as formas de satisfação patrimonial.

Em tamanha profusão de propriedades, o que relevará para valorar cada centro de interesses não será o rótulo e sim a finalidade.[39] Certamente, a função social será mais intensa nos bens de produção do que nos de mera fruição ou consumo. Da mesma maneira, a balança deverá pender de modo mais acentuado para a tutela dos não proprietários nas questões que envolvam meio ambiente e saúde. Em qualquer caso, a função social é um conceito maleável que será interpretado pelo magistrado com base na concretude do caso, com arrimo em precedentes, sempre se preservando o chamado conteúdo essencial mínimo da propriedade. Isto é, exceto nas hipóteses radicais de desapropriação, jamais se confundirá a função social da propriedade com socialização da propriedade, pois será respeitado um círculo mínimo de exclusividade dos poderes dominiais ao proprietário, imune à ação de terceiros.[40]

---

38 RODOTÁ, Stefano. Op. cit., p. 420.

39 Nas palavras de Carlos Eduardo Pianovsky Ruzyk, "Trata-se de uma superação de uma compreensão primordialmente totalizante sobre a função social, que, sem descurar de sua vocação historicamente vinculada ao algum sentido de coletivo, volta-se, também, aos interesses de destinatários concretos – tudo isso sem uma preocupação, em termos de fundamentação, centrada em uma solidariedade como coesão, mas, sim, como alteridade" (*Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s).* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011, p. 287).

40 "*Cinge-se a questão em verificar se é devido o ITR pelo proprietário que teve sua propriedade esbulhada pelo movimento dos "sem terra". Para o Min. Relator, no caso, houve a efetiva violação do dever constitucional do Estado em garantir a propriedade da impetrante, configurando-se uma grave omissão do seu dever de garantir a observância dos direitos fundamentais da Constituição. Em que pese ser a propriedade um dos fatos geradores do ITR, ela não é plena quando o imóvel encontra-se invadido (art. 1.228 do CC/2002). Com a invasão, seu direito ficou tolhido de praticamente todos seus elementos: não há mais posse, possibilidade de uso ou fruição do bem; consequentemente, não havendo a exploração do imóvel, não há, a partir dele, qualquer tipo de geração de renda ou de benefícios para a proprietária.*

Ao defender a intervenção da ordem jurídica sobre a propriedade inadimplente na função social, repugnamos qualquer forma de incitação ao uso da violência ou exercício arbitrário das próprias razões como forma transversa de efetivação da função social, ainda que os esbulhadores estejam carregados de boas intenções quanto à concretização futura de função social.[41] A tutela dos interesses difusos e coletivos dos não proprietários será incumbida aos legitimados extraordinários, especialmente ao Ministério Público pela via da ação civil pública, com imposição de obrigações de fazer (*v. g.*, exigir o fim da subprodutividade), não fazer (cessar o abuso do direito) e dar (indenizar pelos danos) com os diversos meios facultados pela Lei nº 7.347/85 para a efetivação do princípio da função social. As sanções variam em intensidade, podendo culminar na revogação da titularidade do direito subjetivo por quebra de legitimidade, nas modalidades de desapropriação-sanção.

Isto é, só mediante norma expressa será lícito determinar qualquer forma de condicionamento ao direito de propriedade, nem mesmo sendo admitida interferência de ato administrativo nessa seara. Forte em Perlingieri, os limites à propriedade que não se inserem na norma são "lesivos da reserva de lei que caracteriza a propriedade, ora porque não merecedores da tutela na medida em que são limitativos ou impeditivos da função social ou da acessibilidade a todos da propriedade".[42] [43]

Entendeu o Min. Relator que se espera, no mínimo, que o Estado reconheça que, diante da sua própria omissão e da dramaticidade dos conflitos agrários no País, aquele que não tem mais direito algum não possa ser tributado por algo que, somente em razão de uma ficção jurídica, detém sobre o bem o título de propriedade. Ofende o princípio da razoabilidade, o da boa-fé objetiva e o próprio bom-senso o Estado utilizar-se da aparência desse direito ou do resquício que ele deixou, para cobrar tributos que pressupõem a incolumidade e a existência nos planos jurídicos (formal) e fáticos (material) dos direitos inerentes à propriedade" STJ. REsp 1.144.982-PR Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 13/10/2009.

41 "O esbulho possessório, além de qualificar-se como ilícito civil, também pode configurar situação revestida de tipicidade penal, caracterizando-se, desse modo, como ato criminoso (CP, art. 161, § 1º, II; Lei nº 4.947/66, art. 20). Essa asserção impõe que se repudie qualquer medida que importe em arbitrária negação ou em injusto sacrifício do direito de propriedade, notadamente quando o Poder Público se deparar com atos de espoliação ou de violação possessória, ainda que tais atos sejam praticados por movimentos sociais organizados, como o MST. – A necessidade de observância do império da lei ("rule of Law") e a possibilidade de acesso à tutela jurisdicional do Estado – que configuram valores essenciais em uma sociedade democrática – devem representar o sopro inspirador da harmonia social, significando, por isso mesmo, um veto permanente a qualquer tipo de comportamento cuja motivação resulte do intuito deliberado de praticar atos inaceitáveis de violência e de ilicitude, como os atos de invasão da propriedade alheia e de desrespeito à autoridade das leis e à supremacia da Constituição da República perpetrados por movimentos sociais organizados, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST)" Supremo Tribunal Federal - MS 32752 AgR/DF - Relator: Min. CELSO DE MELLO 17/06/2015 Tribunal Pleno

42 PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Op. cit., p. 229.

43 Maria Elisabeth Moreira Fernandez examina a propriedade como direito fundamental de dupla face por assumir "uma vertente ou dimensão objetivo-institucional (derivada da função social que cada categoria de bens se encontra obrigada a cumprir) e, simultaneamente, uma vertente subjetiva-individual que integra o conteúdo essencial deste direito. Estas duas vertentes não se opõem uma à outra, antes pelo contrário, a

V A TRIDIMENSIONALIDADE DA PROPRIEDADE E AS DIMENSÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em vinculação direta com as dimensões de direitos fundamentais, percebemos que o fenômeno da propriedade se prende em maior ou menor grau à liberdade, igualdade e solidariedade. Há de se garantir a liberdade de quem é titular (propriedade como garantia); promover a igualdade material em prol dos que aspiram a titularidade (propriedade como acesso) e mediar a solidariedade na tensão entre proprietários e não proprietários, a fim de que seja possível extrair dos bens o melhor em proveito individual e coletivo (função social). Na tensão entre os três princípios, será possível conciliar a garantia do direito de propriedade com a garantia e acesso ao direito de propriedade, sem em nenhum momento limitar ou restringir um pelo outro.[44]

O direito fundamental de propriedade será uma garantia fundamental em todas as circunstâncias que instrumentalize liberdade. O art. 170, II, da Constituição Federal insere a propriedade privada como princípio da ordem econômica. A propriedade que represente a economia de mercado e a livre iniciativa será resguardada pelo sistema, como demonstração de apreço do Estado de Direito pela proteção dos contratos e segurança jurídica. A preservação da propriedade se imbrica com a própria subsistência da sociedade, como instrumento por excelência da liberdade de ação de cada qual de seus membros. Qualquer intromissão não razoável no direito de propriedade representará uma violação à esfera de liberdade e privacidade de seu titular e/ou entidade familiar.

Já o direito à propriedade é uma leitura igualitária do art. 5º, XXII, da CF: "É garantido o acesso ao direito de propriedade". A ideia central é proteger os direitos individuais das propriedades e propiciar o direito social fundamental às propriedades. O desempenho econômico de uma nação é intrinsecamente afetado pelo binômio: garantia das regras do jogo e qualidade dos jogadores. As regras do jogo representam as instituições, ou

---

determinação do aspecto objetivo não visa senão a reforçar o aspecto subjetivo do mesmo". *Direito ao ambiente e propriedade privada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 178.

44. Essa conciliação principiológica é bem-posta por Leonardo Brandelli: "Não é possível o desenvolvimento da vida humana de forma adequada sem a proteção estatal adequada ao direito de propriedade. É claro que há, ainda em obediência à dignidade humana, a necessidade de haver uma distribuição correta do direito de propriedade, de haver a garantia do acesso à propriedade de um mínimo de bens por todas as pessoas, bem como haver o exercício adequado de tal direito pelo seu titular, o que não justifica eventual não proteção ao direito de propriedade, já que tais abusos encontram solução dentro do próprio sistema jurídico, mediante a atuação estatal, em prol do bem-estar social" (A função econômica e social do registro de imóveis diante do fenômeno da despatrimonialização do direito civil. *Boletim do IRIB em Revista*, v. 323, p. 48-61, 2005. p. 199).

seja, os valores aceitos consensualmente pela sociedade. Já a qualidade dos jogadores corresponde à capacidade de cada pessoa desempenhar a competição no mercado. Em sociedades heterogêneas e premidas por graves dificuldades sociais, a segurança jurídica se revela quando o Estado adota a opção de elaborar regras estáveis de proteção à propriedade já existente e eliminação do *apartheid* de titularidades, demolindo privilégios e providenciando oportunidades igualitárias de ingresso no mundo globalizado.

A síntese entre a tutela dos direitos de propriedade e o resguardo ao acesso ao mínimo existencial propiciará a possibilidade de uma equilibrada construção da locução *função social das propriedades* por um viés que se aproxime do Estado Democrático de Direito e não do Estado Social, como costumeiramente percebido na doutrina brasileira. Se a democracia pressupõe um regime que considere as pessoas livres e iguais com respeito à dignidade de cada ser humano – proprietário ou não proprietário –, ela exigirá que o Estado contenha sua postura arbitrária em favor da preservação das liberdades econômicas e civis sem se descurar de conceder garantias de inclusão social para a massa da população, para que as liberdades se exercitem com autonomia real.

A saída consiste em tornar a globalização mais inclusiva, difundindo-se o sistema formal de propriedade em favor da população pobre, a ponto de injetar vida em seus ativos e fazê-los gerar capital em um sólido e integrado contrato social. O capital é a fonte de riqueza das nações e deve ser globalizado dentro do país, pois as pessoas são os agentes fundamentais de mudanças. O acesso às propriedades significa mais do que acesso à moradia, pois impõe acesso à saúde, educação e cultura. O direito civil é, por excelência, o direito das pessoas. Os bens, a propriedade e o patrimônio são instrumentos de uma vida digna.

VI CONCLUSÃO

A apropriação de bens é um dado essencial da autodeterminação humana e requer um complexo de garantias jurídicas que tutelem esse direito fundamental. Em uma ordem democrática de livre mercado, a organização de titularidades confere segurança jurídica às transações econômicas. A combinação de um eficiente sistema registral com um aparato normativo que iniba e seja apto a punir agressões à propriedade, propicia benefícios sociais em termos de emprego, renda e uma cultura de respeito à lei.

Por outro lado, milhões de brasileiros formam o núcleo dos não proprietários. Almejam o bem-estar, algo que extrapola a sobrevivência física. Assim, lateralmente ao

direito de propriedade, posta-se o direito à propriedade. Trata-se do direito fundamental de acesso ao mínimo existencial, pois a pretensão ao "ser" requer um conjunto básico de bens jurídicos que formam o núcleo irredutível da dignidade da pessoa humana. A moradia se encontra entre eles. Já dizia Pompeu que não era necessário viver, mas era necessário navegar.

O direito à propriedade é viabilizado por um conjunto de normas e programas governamentais de multiplicação de titularidades, associando-se o ganho documental a outros mecanismos de plena inserção dos neófitos proprietários a sociedade civil. Essa é a via institucionalizada para converter "outsiders" em cidadãos que não mais dependam de bolsas estatais. Surgem novos empreendedores com incentivos adequados de obtenção de crédito através das garantias da hipoteca e alienação fiduciária. Se "os males da propriedade se curam com mais propriedade" e o direito civil é o direito das pessoas, a propriedade é inexoravelmente um instrumento para uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Dalla strutura alla funzione.* Milão: Di Comunità, 1977.

BRANDELLI, Leonardo. A função econômica e social do registro de imóveis diante do fenômeno da despatrimonialização do direito civil. *Boletim do IRIB em Revista*, v. 323, 2005. p. 48-61,

CANE, Peter. *Tort Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2017.

CASTEL, Robert. *La Inseguridad social.* Buenos Aires: Manantial, 2015.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*: teoria geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

_____; EL DEBS, Martha; DIAS, Wagner Inácio. *Direito de laje.* Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDEZ, Maria Elizabeth Moreira. *Direito ao ambiente e propriedade privada.* Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROSSI, Paolo. *História da propriedade e outros ensaios*. Tradução de Luis Ernane Fritoli. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (coord.). *Leituras complementares de direito civil.* Salvador: JusPodivm, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2002.

MAURO, Roberta. A propriedade na Constituição de 1988 e o problema do acesso aos bens. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luis Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil.* V. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MUELLER Bernardo P. Machado. Direitos de Propriedade na Nova Economia das Instituições e em Direito e Economia. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômica e Financeiro*, São Paulo, v. 126, n. abr-jun, 2002. p. 112-116.

NORTH, Douglas. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

ORTEGA Y GASSET, Meditação sobre a técnica. São Paulo: Fim do Século edições, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Perfis do direito civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIPES, Richard. *Propriedade e liberdade.* Rio de Janeiro: Record, 2001.

RIFKIN, Jeremy. *A era do acesso.* São Paulo: Pearson, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RODOTÀ, Stefano. *El terrible derecho*: estudios sobre la propiedad privada. Madri: Civitas, 1986.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovsky. *Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s).* Rio de Janeiro: GZ Editora, 2011.

SAMPAIO, José Adércio Leite, NARDY, Afrânio José Fonseca. *Direito fundamental de propriedade, direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio constitucional da precaução*. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coordenadores). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mínimo existencial e direito privado, *Revista de Direito do Consumidor: RDC*, v. 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar, 2007.

SOTO, Hernando de. *O mistério do capital*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). A parte geral do novo código civil. Estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.