

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE EM SUA DIMENSÃO HORIZONTAL: UMA CONTÍNUA DISPUTA, UMA ININTERRUPTA APRENDIZAGEM

Maria Fernanda Salcedo Repolês¹

Francisco de Castilho Prates²

Juliano dos Santos Calixto³

Fecha de publicación: 01/07/2015

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Direito à propriedade e a dimensão *horizontal* dos direitos fundamentais. 2. A propriedade na Constituição de 1988: *explicitando disputas*. Conclusão. Referências.

RESUMO

Buscamos, neste artigo, problematizar o sentido de propriedade privada a partir da chamada aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Além disso, procuramos destacar que qualquer instituto jurídico é marcado pela historicidade, a qual faz com que o sentido normativo seja sempre uma construção, não um dado pronto e acabado, à espera da revelação. Nesta linha, a propriedade passa a ser um direito que interessa à sociedade, não um bem privado que precisa ser protegido de um público estatal, pois o direito de acesso do não proprietário também precisa ser considerado. Impõe-se, então, a centralidade da função social

¹ Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Doutora pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte - MG. mfrepoles@ufmg.br

² Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte - MG. Bolsista do Capes/DS. castilho_2011@yahoo.com.br

³ Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte - MG. Professor Substituto de Direito Civil da Universidade Federal de Lavras (UFLA). juliano.direito@yahoo.com.br

em um paradigma democrático de direito, não para eliminar conflitos, mas para potencializar posturas críticas diante das inúmeras visões que disputam, na arena pública e constitucional de debates, o significado do que seja *propriedade privada*.

Palavras-chaves: Propriedade privada; função social; aplicação horizontal de direitos; direitos fundamentais.

FUNDAMENTAL RIGHT TO PROPERTY IN YOUR HORIZONTAL APPLICATION: A CONTINUING DISPUTE, UNINTERRUPTED LEARNING

ABSTRACT

This article questions the meaning of private property from the standpoint of the horizontal application of fundamental rights. We argue that any legal institute has the mark its historicity, which makes its meaning a process of constant construction and not some kind of finished fact that has to be revealed. Thus, private property is a right that interests all society, not a mere private good that has to be protected from state intervention, since the rights to access of non-proprietors has to be considered too. Therefore the centrality of the social function of property emerge as a democratic legal paradigm that does not eliminate conflict, but promotes critical postures of the diverse visions that dispute in constitutional debates in public arena, the senses of *private property*.

Key-words: Private property; social function, horizontal application of rights; fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Nosso ponto de partida é o das democracias constitucionais, como a configurada em nosso texto maior de 1988 que refletem um contínuo, árduo e contingente projeto histórico de aprendizagem (HABERMAS, 2003) e inclusão social. Nesse contexto o alcance e o sentido dos direitos fundamentais são sempre passíveis de serem revisitados, não sendo estáticos e nem imune a retrocessos, conformando, em realidade, um sistema dinâmico, conflituoso, indivisível e interdependente das mais variadas liberdades e igualdades. Nesse sentido o Estado Democrático de Direito pode ser visto como espaço privilegiado de batalhas simbólicas (BOURDIEU, 1989) sobre o âmbito normativo deste mesmo complexo de direitos fundamentais, potencializando críticas desconstrutivas e dissolventes do estabelecido naturalizadamente.

Dentro deste quadro, no qual se reconhece que todo instituto jurídico-constitucional é carregado de historicidade, de memórias em disputa, como pensarmos o exercício e a construção de um direito fundamental como o direito à propriedade? Haveria a prevalência da figura do proprietário sobre a do cidadão ou estas seriam indissociáveis? Ou seja, o direito de propriedade é “apenas” um direito privado e negativo contra o Estado, voltado a limitar a atuação e as interferências deste último no campo da liberdade individual ou, ao contrário, teria também um componente público, em que este público não é redutível ao estatal, dizendo respeito a toda sociedade?

Em outros termos, não seria o direito à propriedade um relevante parâmetro de aferição do grau de pertença constitucional, de cidadania, de violência simbólica (BOURDIEU, 1989, p.14), demarcando a diferença entre lutas e pretensões por interesses, bens e direitos? Assim, também indagamos, *quais* seriam os destinatários do direito à propriedade, seriam só os proprietários ou toda a sociedade potencialmente?

Em suma,

[...] para se debater a questão da propriedade a fundo é preciso superar o conceito sacralizado ou imutável do tema. Entender que o conceito foi construído historicamente permite analisar os efeitos gerados pelas transformações no direito de propriedade. Além disso, permite que se ultrapasse a visão da sacralização do

instituto e que se tome posição sobre as questões atuais e futuras sobre a propriedade privada. (CALIXTO, 2013, p. 35)

Vale dizer, quando o nosso atual texto constitucional dispõe, em inúmeros momentos, que a propriedade privada deve cumprir sua função social, devemos confrontar esta exigência normativa com a dimensão simbólica subjacente ao âmbito do que seja propriedade em uma democracia constitucional. Tal dimensão simbólica é marcada por disputas e deslocamentos normativos a respeito deste direito fundamental, o qual, em razão de toda a sua historicidade, constitui claro exemplo de como o fenômeno jurídico-constitucional encontra-se imerso em um tenso e arriscado, mas ainda assim, potencialmente emancipatório, processo histórico de aprendizagem, o que desvela um elemento que estará sempre nas entrelinhas de nossas análises, qual seja, que a

[...] cidadania requer a dimensão pública ou eu reduzo a dimensão individual, os direitos individuais, a mero egoísmo, inviabilizando a própria noção de convivência comum, do respeito ao outro, que é a dimensão pública inafastável dos direitos privados. (CARVALHO NETTO, 2003a, p.130)

Com efeito, ao refletirmos sobre o sentido de propriedade e proprietário a partir de um marco constitucional que coloca de modo explícito, entre os seus princípios e objetivos fundamentais, a incessante busca de cidadania, de construirmos uma sociedade livre, justa e solidária, precisamos ir além do *textual*, do *formal* e do *visível*. Precisamos assumir que muitas das nossas desigualdades e misérias sociais gravitam em torno de significados naturalizados do que seja propriedade, muitos dos quais se pautam por posturas demasiadamente unidimensionais deste direito fundamental, vinculando este somente à sua faceta de mercadoria, de ativo financeiro ou de especulação, interpretando o projeto constitucional a partir de uma ótica exclusivamente econômica. Nesta visão, opta-se por desconhecer, por exemplo, a relevância de categorias como trabalho ou moradia para a configuração normativa do que seja propriedade em um Estado Democrático de Direito, além de se ocultar a circunstância de que em um contexto como o brasileiro, o significado tradicional de propriedade também reflete dadas visões de mundo altamente hierarquizadas e normativamente conservadoras.

Neste sentido, concebemos a Constituição de 1988 como um marco central em um projeto histórico-constitucional de crítica das bases tradicionais do significado e do papel da propriedade, recuperando e explicitando sentidos alternativos que, em um passado recente, foram descartados pelo pensamento jurídico-político dominante. Isto é, o nosso atual *texto magno* faz inserir os direitos dos proprietários em um complexo sistema de garantias e liberdades fundamentais, no qual a propriedade curva-se diante de imperativos sócio-funcionais, os quais fazem confluir as representações da propriedade e da cidadania, onde o indivíduo proprietário não é mais o titular inquestionável de uma “coisa”, mas sim um detentor de direitos como qualquer outro cidadão, sendo, em virtude de tal contexto, também responsável perante “todos” pelas pretensões normativas que levanta.

Assim, em um Estado Democrático de Direito como o conformatado pela Constituição de 1988, o direito à propriedade transcende sua dimensão mercadológica ou patrimonial, já que o mesmo é, cotidianamente, confrontado com exigências, também constitucionais, de moradias dignas, da preservação racional do meio-ambiente e de efetivação dos direitos trabalhistas daqueles que trabalham para e na propriedade, entre outras. Ou seja, o sentido e âmbito do direito à propriedade vai além dos textos formais, conduzindo ao “*ocaso do binômio propriedade-liberdade*” (TEPEDINO, 2001, p. 277), incluindo a dimensão, intersubjetivamente compartilhada, da igualdade de todos como construtores e legisladores do projeto constitucional de sociedade que desejam estabelecer. Assim, propriedade torna-se uma questão constitucional, abrindo-se a problematização de posições unidimensionais, centradas excessivamente no indivíduo-proprietário, como se tal direito fundamental fosse exclusivo da esfera civilista⁴, potencializando o desvelar da tensão constitutiva entre liberdade e igualdade.

Como escreve *Menelick de Carvalho Netto*, “este é um desafio à compreensão dos direitos fundamentais; tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania.” (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 145)

Deste modo, o artigo buscará construir argumentos que demonstrem que a propriedade, ainda que tomada como um direito privado, não está fora da Constituição, não sendo absoluta ou infensa a interferências *horizontais* de um público não reduzido à sua face governamental. Isso

⁴ Conferir, por todos: (SILVA, 2010).

porque, em um Estado Democrático de Direito, as esferas pública e privada mostram-se constitutivamente em permanente tensão, ou seja, a liberdade do proprietário deve sempre ser confrontada com o sistema de direitos fundamentais como configurado no texto constitucional, implicando uma espécie de ressignificação, constitucionalmente orientada, do próprio instituto da propriedade, o qual passa a ser pensado não só como uma defesa contra o Estado, mas também a partir das relações sociais ocorrentes entre os diversos atores privados.

1. O Direito à propriedade e a dimensão *horizontal* dos direitos fundamentais

Partindo da conjuntura brasileira, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988, a qual, ao mesmo tempo em que garantiu o direito fundamental à propriedade, também estipulou que este deveria atender sua função social, muitas das indagações e assertivas, acima elencadas, passaram a ser mais debatidas. O fato é que o atual texto constitucional abriu a possibilidade de problematizarmos anacrônicos sentidos de propriedade, os quais tomam a propriedade tão-somente como mais um direito real sobre um bem objeto de proteção do direito civil, protegidos contra qualquer ingerência ou interferência de terceiros, dimensão exclusivamente individual, excluindo não só o Estado de sua configuração e concretização, mas a própria sociedade como um todo.

A título exemplificativo, visualizamos que referida posição era predominante em nosso anterior Código Civil de 1916, o qual enfatizava, profundamente, no seu artigo 524 e seguintes, a representação da figura do proprietário, de seu domínio quase incontestável, de seus direitos. O que interessava era a titularidade da propriedade, sendo que a dinâmica social que subjaz ao instituto era posta em plano secundário, edificando um sentido de proprietário e propriedade que confluía e coadunava-se com um contexto social em que imperavam, de modo naturalizado, um exercício do poder excludente e subordinativo, onde alguns poucos (os proprietários), eram tidos como cidadãos de primeira classe, quando comparados com os muitos não-proprietários.

Era o liberalismo em seu grau máximo, onde as exigências de liberdade e igualdade do moderno constitucionalismo⁵ (CARVALHO

⁵ “Constitucionalismo que, em último termo, se traduz na permanente tentativa de se instaurar e de se efetivar concretamente a exigência idealizante que inaugura a modernidade no nível da organização de sua sociedade complexa a qual não mais pode lançar mão de fundamentos absolutos para legitimar o seu próprio sistema de direitos e a sua organização política: a crença

NETTO, 2001, p. 12) foram reduzidas à sua dimensão formal, como se qualquer violação aos direitos fundamentais só fosse produzida pelo Estado, o qual deveria ser mantido distante do *privado*, reino da liberdade individual, da meritocracia construída de modo solipsista.

Em suma, neste contexto, o direito à propriedade tornou-se chave de interpretação dos demais *direitos*, transformando-se em conformador do modo como as estruturas, interações e gramáticas sociais eram pensadas e construídas. O sistema de direitos fundamentais não vinculava aos particulares-proprietários, constituindo, em realidade, em anteparo defensivo contra intervenções estatais, tidas, *aprioristicamente*, como ilegítimas, pois impediriam o livre curso e desenvolvimento da capacidade individual, onde autonomia privada, lida desde a ótica do mercado e da competição incondicionada, era quase sinônimo de autossuficiência. Nesta linha, Dieter Grimm nos lembra que

[...] a função dos direitos fundamentais era tornar mais segura a liberdade já existente ao impedir o governo, incluindo o ramo legislativo, de interferir com os direitos individuais. Para desempenhar essa função os direitos negativos eram suficientes. (GRIMM, 2007, p. 151-152)

Ao nos lembrar das injustiças sociais cometidas durante o período da chamada *Revolução Industrial*, muitas das quais, produzidas com base na garantia da mais ampla liberdade de cada um, Menelick de Carvalho Netto anota que

o constitucionalismo clássico, ao desconhecer as diferenças materiais, as desigualdades efetivamente existentes entre os indivíduos, a título de buscar proteger-lhe a liberdade, afirmou uma compreensão exclusivamente formal e intimamente associada à propriedade privada da igualdade e da liberdade, que possibilitou a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história. (CARVALHO NETTO, 2003a, p.149)

Como resposta aos excessos desta visão de liberdade, constrói-se, paulatinamente, uma crítica que luta para que a dimensão da (des)igualdade fática e da necessidade de solidariedade social sejam consideradas na

que constituímos uma comunidade de homens livres e iguais, coautores das leis que regem o nosso viver em comum.” (CARVALHO NETTO, 2001: 12)

conformação do sentido de qualquer instituto, noção ou mecanismo jurídico, retraduzindo e deslocando o âmbito dos direitos fundamentais, os quais passam a ser concebidos também em seu aspecto positivo⁶. Isto é, ocorre uma desconstrução daquelas posições normativas que viam a propriedade privada como o centro do sistema de liberdades e igualdades fundamentais, demonstrando a necessidade de confrontarmos este direito fundamental da propriedade, de ser proprietário, com os demais direitos, desvelando o fato de que pretensões abusivas e ilegítimas a direitos não eram exclusividade apenas do Estado, podendo ocorrer também entre sujeitos privados.

Dentro deste quadro argumentativo, o professor português Jorge Reis Novais salienta que a

[...] tríade liberdade/segurança/propriedade, que resumia o programa constitucional do Estado de Direito liberal, não significava outra coisa: a garantia da liberdade (propriedade) exigia que o Estado providenciasse segurança, externa e interna (ou na linguagem de hoje, que assumisse o dever de proteção da liberdade individual). Esta dimensão interna da segurança não significava outra coisa que a consciência da existência de ameaças sociais à liberdade, entendida esta na perspectiva particular do público ilustrado da época (ou, dito de outra forma, da classe dominante), ou seja, numa vinculação estreita e indissociável à garantia da propriedade própria do individualismo possessivo que identificava, à época, liberdade individual com liberdade do proprietário. (NOVAIS, 2007, p.366)

Assim, podemos verificar que este deslocar dos direitos fundamentais, faz com que estes não só vinculem e limitem o direito privado, mas passem também a ser condição de possibilidade da própria autonomia privada, a qual não é mais tida como contrária à autonomia pública, pois ambas pressupõem-se em constitutiva tensão. O público não é, ele próprio, propriedade do Estado, dizendo respeito a toda a sociedade, ocorrendo uma constitucionalização do debate, que sai da esfera daquele *eu* monológica e isoladamente pensado, e passa à dimensão, dialogicamente construída, do *nós*, transcendendo, desta maneira, uma “*concepção minimalista dos direitos fundamentais*.” (GRIMM, 2007, p. 154)

⁶ Nesta linha, verificar, entre outros, os escritos elaborados pelos professores Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck.

Esta perspectiva de interpretação e concretização dos direitos fundamentais, ainda que apresentada de modo extremamente sintético, que recebe por parte da doutrina alemã o nome de *Drittwirkung*, remete-nos à questão de eficácia e aplicação horizontal dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre sujeitos de direito privado (CANARAI, 2003). Tal interpretação implica que estes mesmos direitos fundamentais, além de seu aspecto defensivo diante do Estado, passem a ter também uma outra face, qual seja, a de exigirem do aparato estatal, em situações fáticas concretas, onde o próprio projeto constitucional de construção de uma sociedade inclusiva e socialmente justa esteja em jogo, obrigações positivas e não abstencionistas diante das relações inter-privadas. Ou seja, “fala-se, nesse tocante, dos direitos fundamentais enquanto *mandamentos de tutela ou deveres de proteção [Schutzgebote]*” (CANARAI, 2006, p. 239), o que, em termos de Brasil, pode ser visualizado em disposições legislativas como as encontradas, por exemplo, no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Aqui, o redimensionamento e a tensão entre público e privado aparecem de modo claro, haja vista que o privado deixa de ser o espaço da incondicionada competição entre atores particulares formalmente iguais, e o público não significa que a dimensão individual de direitos fundamentais, como o da propriedade, precise ser abandonada para que a desigualdade material seja reconhecida. Estas duas esferas normativas do social, o público e o privado, são então analisadas como complementares, “*equiprimordiais*”, revelando que o sentido e alcance dos direitos fundamentais sempre estão em disputa, onde o risco de uma *privatização do público* pode ser ampliado tanto por posturas extremamente individualistas e liberais, quanto por intervenções desnecessárias e desproporcionais do Estado, desvelando que a “*tarefa primordial do Direito nas sociedades modernas foi e ainda é a de ser um dos media de integração social.*” (OLIVEIRA, 2007, p. 545)

Esta tarefa, que parte de argumentos e posições como as acima delineadas, é que realça o papel social dos direitos fundamentais, os quais não mais são restritos a concretizarem tão-somente os interesses e a autorrealização individual, não obstante a relevância de tal visão no projeto de afirmação democrática. Ocorre que, simultaneamente, temos também os impactos coletivos destes mesmos direitos em democracias constitucionais que se pretendem plurais, igualitárias e não excludentes, devem ser reconhecidos e sopesados no momento da aplicação normativa ou, como o Tribunal Constitucional alemão afirma, para já pensarmos especificamente o direito de propriedade:

La exigencia constitucional de utilizar la propiedad en beneficio del bien común [...] comprende el mandato de considerar los intereses de aquellos conciudadanos que se encuentran en la necesidad de usar el objeto de la respectiva propiedad [...]. Esta implicación fundamenta una distribución social y una especial *función social* del objeto de la propiedad. (Sentencia BVerfGE 38, 348 [Dedicación de vivienda a fines distintos], 1975)⁷

Percebe-se nesta transição de uma dimensão exclusivamente negativa dos direitos fundamentais, na qual predominava, de modo quase absoluto, a noção de uma liberdade do indivíduo no mercado, onde o social é reduzido à competição e o direito a interesse, para uma que, por admitir a vulnerabilidade e hipossuficiência de certos grupos sociais, reconhecendo as assimetrias entre os atores privados, enfatiza a solidariedade e a exigência de deveres de cidadania com a sociedade.

Há um deslocamento do significado do que seja propriedade, pois, não obstante afirmarmos estar ela garantida e protegida, a mesma, em situações específicas e com o efetivo respeito ao *devido processo legal*, não só pode, como deve ser restringida, sendo que tais restrições mostram-se necessárias ao próprio funcionamento do Estado Democrático de Direito e de seu sistema de direitos fundamentais.

Isto é, não se parte de algum “absoluto que deve ser restrito”, haja vista que entendemos que o direito à propriedade já é constituído por imperativos constitucionais que não permitem seu “uso antissocial”. Ainda que sabedores de que tais questões vão muito além do espaço e tempo que dispomos neste artigo, devemos realçar que em uma democracia constitucional, como a aqui explicitada, dizermos direito à propriedade é, simultaneamente, dizer “função social”, sendo esta qualificação empregada apenas por questões metodológicas, já que não há propriedade que não carregue tal “função”.

Em termos outros, o direito de propriedade, de sermos proprietários, quando superdimensionado, é tão grave para a conformação da cidadania quanto um Estado que pretenda abarcar todas as esferas do social, demonstrando, novamente, que a tensão e os conflitos entre público e privado não são só constitutivos da ordem jurídica, como também são produtivos na configuração social de uma democracia constitucional como

⁷ Decisões da Corte Constitucional alemã, coletadas em: (SCHWABE, 2009).

a disposta em nossa atual Constituição. Tal tensão potencializa questionamentos e a desconstrução de interpretações naturalizadas, não tematizadas, sobre o alcance e o âmbito dos direitos fundamentais, como, por exemplo, àquelas que viam (vêem) na posição do proprietário o reflexo de um quadro social hierarquizado, onde o acesso à propriedade expressa a distinção entre indivíduos mais capazes, de “primeira classe” e os não-proprietários, àqueles que não conseguiram meritoriamente, na “livre concorrência” do *laissez-faire*, garantir o seu “exclusivo” espaço de propriedade.

Ora, esta última perspectiva sobre o sentido de propriedade, a qual se revela altamente excludente, apoiando-se na já exposta concepção liberal do direito, onde o papel esperado do Estado é a inércia e omissão, vem sendo, como também por nós já dito, crescentemente questionado, haja vista que, desconhece que o indivíduo-proprietário é um *cidadão entre cidadãos*, e que o direito fundamental de propriedade não tem o seu sentido construído fora da sociedade. Ao contrário, o direito de propriedade está profundamente imerso em um cenário de disputas por afirmação do sistema de direitos fundamentais, sistema este pautado pelas exigências de liberdade e igualdade do moderno constitucionalismo, onde estas mesmas liberdades e igualdades, “[...] *como direitos fundamentais, não mais podem ser entendidas em seu sentido exclusivamente formal*” (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 149). Deste modo, o direito privado, especialmente o direito civil, só é direito se estiver em conformidade com os princípios constitucionais.

É tal linha argumentativa que explica porque a *Lei Fundamental* alemã, em seu artigo 14º, ao dispor e garantir o direito de propriedade, anota, em seu ponto segundo, que “*a propriedade obriga*”, sendo que o “*seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem-estar geral*”, desvelando o componente social e relacional do direito fundamental de ser proprietário, haja vista que o sentido de propriedade passa a depender dos debates, publicamente travados, leia-se, na sociedade civil, em torno das necessidades e dos direitos, também fundamentais, dos não proprietários, ou seja,

cuida-se de tese que altera, radicalmente, o entendimento tradicional que identifica na propriedade uma relação entre sujeito e objeto, característica típica da noção de direito real absoluto (ou pleno), expressão da “*massima signoria sulla cosa*” – formulação incompatível com a ideia de relação intersubjetiva. (TEPEDINO, 2001, p. 280)

Denota-se a superação crítica de uma interpretação por demais patrimonial e econômica do direito de propriedade, deslocando o eixo das disputas para uma hermenêutica constitucionalmente mais adequada, na qual a interdependência dos multidimensionais direitos fundamentais (PIOVESAN, 2012, p. 405) é assumida como parâmetro ou vetor de concretização constitucional, implicando uma

[...] passagem de uma jurisprudência civil de interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Estes não podem mais ser confinados aprioristicamente no papel de limites ou finalidades exteriores, como se não fossem idôneos a incidir sobre a função do instituto e portanto sobre sua natureza. (PERLINGIERI *apud* CARDOSO, 2008, p. 03-04)

Esta passagem é visível na acima citada decisão da Corte Suprema da Alemanha, quando a mesma, em um caso que dizia respeito, *grosso modo*, ao aumento possível dos valores dos “aluguéis”, decide que a limitação de tais aumentos seria constitucional em razão do modelo social adotado no contexto normativo alemão, modelo este que determina que a “suficiente cobertura de la población en materia de vivienda en condiciones adecuadas sirve directamente para que el individuo y su familia dispongan de la indispensable vivienda” (Sentencia BVerfGE 38, 348 [Dedicación de vivienda a fines distintos], 1975). A decisão ilustra a obrigação positiva por parte do Estado, em uma típica situação de aplicação horizontal dos direitos fundamentais, haja vista que a intervenção, em uma situação entre agentes privados, deveu-se aos imperativos constitucionais de fomento à função social que reveste qualquer propriedade em um Estado que se pretenda ou se afirme Democrático de Direito.

Constata-se, assim, que a máxima do liberalismo clássico de que os direitos fundamentais seriam oponíveis somente contra a atuação estatal na esfera privada das relações cotidianas encontra-se hoje em *xeque*. Pois, se ao Estado é vedado agir desnecessária e abusivamente no campo dos conflitos inter-particulares, ao mesmo, simultaneamente, dele se exige intervenções positivas diante de situações fáticas em que, entre os atores envolvidos, haja um enorme desequilíbrio de forças e do poder de influenciar. Circunstância esta visível, por exemplo, em várias normas do direito do trabalho ou nas posturas mais recentes a respeito da conformação e execução dos contratos. Ou seja, na esfera dos direitos fundamentais, na

qual está o direito de propriedade, há uma tensão insuperável, pois constitutiva do fenômeno jurídico moderno, entre visões *restritivas* e *ampliativas* de aplicação do direito, onde as disputas, ao fim e ao cabo, refletem e referem-se à força normativa do projeto, sempre aberto, dos movimentos constitucionais.

2. A propriedade na Constituição de 1988: *explicitando disputas*

Estas batalhas por sentido de Constituição e dos direitos fundamentais sempre existiram. Dizer que o direito de propriedade, antes de 1988, era quase absoluto em termos legislativos, não implica que não havia resistência ou questionamentos sobre o papel social da propriedade, nem que o Estado sempre se absteve de qualquer ação diante dos usos que à propriedade eram conferidos. Isto é, não há dúvida de que o direito de propriedade já foi tido como marco determinante da maneira como os demais direitos fundamentais eram aplicados, todavia, como qualquer direito, a propriedade está na história, carrega sua historicidade e conflituosidade, demonstrando que o seu conteúdo nunca foi algo estático ou tranquilo, realçando o fato de que as chamadas questões sociais sempre gravitaram, em maior ou menor medida, em seu em torno.

Podemos perceber tais assertivas quando fazemos uma análise mais atenta de algumas decisões, não tão recentes do Supremo Tribunal Federal, que versavam sobre possíveis condicionamentos ao exercício da propriedade e a presença de obrigações positivas do aparato estatal no domínio privado, onde certos argumentos empregados já confluíam com a perspectiva constitucional dos direitos fundamentais. Isto é, não obstante garantir-se a propriedade como um direito individual fundamental, não se negava a dimensão social deste direito, o que já salientava que indagar a *função* da propriedade privada ou os deveres do proprietário não é sinônimo de abolição do referido instituto.

Assim, o STF, ainda nos idos de 1950, ao decidir sobre a possibilidade ou não do proprietário “pedir de volta” sua propriedade alugada, afirmou que:

Direito de Retomada. Inteligência da Lei. Necessidade do prédio, não comodidade, interesse ou vantagem. [...] O Direito de Propriedade não é absoluto, tornando-se cada vez mais denso seu conteúdo social. As leis do inquilinato, tutelares dos locatários, vexados de notória crise de habitação, visam a garantir as exigências do bem comum, impostergáveis na

aplicação da Lei. Deve o intérprete, na conceituação dessa necessidade, pender para critérios que favoreçam a permanência da locação. Ação de Despejo. Prova de necessidade o locador. [...]. (RE 14263, Rel. Min. Orozimbo Nonato. Primeira Turma. Julgamento: 10/10/1950)

Em outra oportunidade, no ano de 1954, o mesmo Supremo Tribunal, em caso similar, decidiu que:

Locação. Prédio ocupado por estabelecimento de ensino. Proibição de despejo, salvo nos casos de infração dos deveres da locatária. [...] Restrição imposta ao direito de propriedade, em homenagem a socialização do direito civil hodierno. Pela própria Constituição (refere-se a de 1946), o uso da propriedade deve ser condicionado ao bem estar social (Art.147). [...]. (RE 24065, Rel. Min. Luiz Gallotti. Primeira Turma. Julgamento: 24/06/1954)⁸

Nesse sentido, já pensando especificamente o vigente contexto brasileiro, e na companhia de todos os argumentos aqui abordados, verificamos que a preocupação com a destinação social da propriedade e o âmbito normativo dos direitos fundamentais não é um fenômeno que surge somente após a Constituição de 1988, pois se o atual texto é, indubitavelmente, um marco central de nossa história constitucional, oriundo de árdua e dolorosa experiência de redemocratização, é também, ele próprio, resultado de todo um longo processo histórico de aprendizagem, no qual podemos “encontrar” uma gama variada de indagações e acirradas disputas a respeito do sentido de propriedade, sendo que muitas destas *tematizações* foram recuperadas e retomadas, por exemplo, nos acalorados debates travados durante a Assembleia Nacional Constituinte, instaurada em 1986.

Convocada pela Emenda Constitucional 26/1985, a Constituinte, que acabaria por escrever a Constituição de 1988, destapou e explicitou uma série de conflitos sociais até então emudecidos, tornando-os *questões constitucionais*, não mais apenas “caso de segurança pública”. A concepção de propriedade privada, como direito fundamental individual, passa a não ser mais restrito à proteção do “titular do domínio”, abarcando também a já

⁸ Decisões do Supremo Tribunal Federal. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17/02/2014.

citada função social. Ou seja, já na Constituinte, procurou-se colocar o direito de propriedade “entre parênteses”, inserindo o mesmo em um sistema maior de direitos fundamentais que conforma e configura um projeto de Estado Democrático de Direito, o qual traz à tona, quando refletimos sobre o alcance normativo da propriedade privada, a relevância de não descolarmos o referido direito dos demais “direitos fundamentais”.

Na Assembleia Nacional Constituinte vários destes elementos foram iluminados, saindo do naturalizado “*pano de fundo de silêncio compartilhado*”, para nos apropriarmos de um pensamento habermasiano. Exemplificativamente, na Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica, o então Presidente da FIESP, ao ser indagado sobre o que entendia como função social da propriedade e da empresa, refletindo bem uma posição liberal sobre o mesmo, afirmou que “*a empresa tem a função social na medida em que tenha lucros e é geradora de empregos*”.⁹

Em linha próxima, na mesma subcomissão, o então constituinte Roberto Campos, ao indagar sobre o significado de função e justiça social, expôs que:

A expressão justiça social é altamente subjetiva, quem nos indicou isso, com soberba claridade foi o Mestre Hayek que fala que o máximo a que uma sociedade deve aspirar é ter normas justas de conduta, normas iguais de aplicação geral aos indivíduos. Não se pode garantir justiça social, porque isso seria garantir resultados e acontece que Deus foi profundamente injusto, fez-nos absolutamente desiguais, filhos de uma mesma família, com o mesmo nível de educação, com o mesmo treinamento universitário, têm na vida, resultados completamente diferentes, um pode ser um playboy, outro pode ser um grande empresário e, um terceiro, um artista. Será isso justo ou injusto? Ninguém sabe dizê-lo. Tudo o que a sociedade pode prometer aos indivíduos é que traçará normas justas de conduta. Os resultados serão função exclusiva do grau de talento e de aplicação dos indivíduos. É esse o único conceito compatível com a liberdade. Não se pode impor a justiça social,

⁹ Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento, p.31. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente>. Acesso em: 03/03/2014.

pode-se apenas esperar que o Estado formule regras justas de conduta.¹⁰

O célebre economista, traduzindo a questão a partir de suas posições *liberais-conservadoras*, conclui anotando que “*basicamente, a função da propriedade, segundo os princípios lockianos, é proteger a liberdade do indivíduo contra o Estado. O que se deve pensar em regular é o uso eficiente da propriedade, não propriamente sua função social.*”¹¹

De outro lado, dentro deste mesmo debate, temos as posições defendidas, por exemplo, pelo constituinte Luiz Salomão, o qual escreve que, em sua visão, ao contrário do defendido por pensadores como Roberto Campos, para os quais “sucessos e derrotas” seriam ligados a “*falta de atributos pessoais, de características individuais*”, haveria “[...] *gente de muito valor que sequer tem oportunidade de mostrar os seus valores por causa das estruturas sociais injustas que marcam a realidade brasileira.*”¹²

Especificamente sobre a relação entre função social e direito de propriedade, o mesmo constituinte colocou que

na questão da função social, eu me permito também discordar do nobre Senador [Roberto Campos], quando S. Ex.^a imagina que a função social da propriedade é proteger o indivíduo do Estado. É claro que a propriedade territorial rural, por exemplo, que é descumprida, é aquela propriedade que não gera empregos, que não gera produção de alimentos ou de matérias-primas industriais extraídas da terra, que não gera impostos, enfim, que não permite que nada menos que 12 milhões de brasileiros vivam em busca de um pedaço de terra para produzir e para morar. Esse é um caso flagrante de injustiça social, meu caro Senador, de gente que quer produzir, de gente que tem valor, de gente que poderia perfeitamente ter uma existência digna e que não tem acesso à propriedade da terra. Porquanto os institutos

¹⁰ Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento, p.56.

¹¹ Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento, p.57.

¹² Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento, p.58.

que presidem a detenção da propriedade da terra são profundamente injustos e antidemocráticos.¹³

Ora, o que se denota destas rápidas passagens, não são somente disputas sobre o alcance normativo do direito de propriedade, mas dos direitos fundamentais como um todo, pois algumas posições defendem que as liberdades e igualdades centrais são apenas aplicáveis contra interferências do Estado no campo das atividades privadas, intervenções estas que se guiariam por uma espécie de meritocracia construída em termos de indivíduos isolados, os quais, antes de serem cidadãos, são vistos como *competidores*.

Do outro lado do espectro, temos os argumentos que afirmam que assegurar a “livre iniciativa e concorrência”, dentro de um contexto que se pretenda democrático e constitucional, não é sinônimo de omissão ou inércia do Estado diante dos desequilíbrios concretos, historicamente aferíveis, existentes entre os diversos atores sociais, o que faz, por exemplo, com que o direito de propriedade não seja mais interpretado como incondicionado e exclusivo espaço de um proprietário soberano, imune a interferências “externas”. Ou seja, a propriedade tem seu sentido construído intersubjetivamente, dentro de uma conjuntura de imperativos sociais que obrigam não apenas ao Estado, mas também aos próprios proprietários privados.

Esta última “vertente interpretativa” fica ainda mais nítida quando das discussões travadas na denominada Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, onde se propôs que a noção de função social da propriedade, tida, por alguns, como demasiadamente abstrata, “evoluisse” na direção de uma concepção que teria um grau maior de “objetividade”, de conteúdo mais “concreto”, como a da noção de “obrigação social”, na linha do existente na Lei Fundamental alemã de 1949 [art.14, acima citado], já que seria mais vinculante normativamente e, por isso mesmo, mais exigível em termos jurídicos, coadunando-se, segundo seus defensores, com os princípios de justiça social que conformariam um Estado Democrático de Direito.¹⁴

¹³ Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica. Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento, p.58.

¹⁴ Subcomissão da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária. Assembleia Nacional Constituinte, Atas das Comissões, pp.11-239. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-asmbleia-nacional-constituinte>. Acesso em: 03/03/2014.

Ainda que a proposta da noção de “obrigação social” não prosperasse na redação final do texto constitucional, sendo adotada a concepção da “*função social*” da propriedade, tida pela maioria como mais “tradicional”, o fato é que os debates explicitaram que posições que ainda viam o direito fundamental de propriedade como intrinsecamente privado e individual, voltando-se tão somente contra o Estado, não encontravam mais legitimidade em um contexto em que a redemocratização emergia, contexto este que, por fim, possibilitaria a construção da Constituição de 1988, onde “a determinação do conteúdo da propriedade [...] dependerá de centros de interesses extra-proprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.” (TEPEDINO, 2001, p. 280)

Deste modo, o texto constitucional de 1988 potencializa as indagações acerca dos limites e condicionantes do direito de propriedade, irradiando-se para o Código Civil de 2002 e outras legislações infra-constitucionais, as quais absorvem e refletem a tensão constitutiva entre as dimensões privada e pública da propriedade, enfatizando que esta tem que atender às exigências e expectativas sociais e econômicas da coletividade, onde a ênfase normativa do direito de propriedade passa, necessariamente, pela ideia de uma “gestão democrática e compartilhada” do acesso e do “uso” deste direito fundamental.

Por conseguinte, “incluir a propriedade como direito fundamental remete para a necessidade de proteção do direito de propriedade e, por outro lado, remete também à garantia de acesso à propriedade.” (CALIXTO, 2013, p.35)

Nesta linha, como escreve Fernanda Lousada Cardoso, ao analisar a propriedade privada urbana,

pode-se concluir, portanto, que, sob o novo ordenamento constitucional, a propriedade urbana deixa de ser um direito subjetivo, cuja legitimidade se assenta exclusivamente em sua origem, renovando-se constantemente, em razão de seu uso conforme os interesses nela envolvidos. (CARDOSO, 2008, p.43)

Tais assertivas são corroboradas por uma série de decisões do nosso judiciário, nas quais a dimensão social e pluralista da propriedade é ressaltada, onde a titularidade do domínio é confrontada com as mais variadas facetas que a função social pode revelar dentro da complexa rede de interações e práticas sociais, o que só reforça a tese de que dizer função

social ou interesse público não é sinônimo de Estado ou governo, assim como nem toda interferência estatal na seara da propriedade é tida como ilegítima ou abusiva.

O próprio Supremo Tribunal Federal já assentou que:

O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. [...] Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade. [...]. (STF. ADI 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4-4-2002, Plenário, DJ de 23-4-2004.)¹⁵

Também o Superior Tribunal de Justiça, em linha próxima, num caso concreto em que se discutia o cumprimento ou não da função social de uma propriedade envolvida em um processo de desapropriação para fins de reforma agrária, ressaltou a centralidade, nas situações fáticas de aplicação, do parâmetro constitucional deste direito fundamental no que se refere ao seu às suas inter-relações normativas, *in verbis*:

[...]

3. Nos moldes em que foi consagrado como um 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. Enquanto adstrita a essa finalidade, a propriedade consiste em um direito

¹⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>. Acesso em: 22/01/2014. Acrescente-se, que essa decisão admite ser interpretada como uma tendência que distingue a noção de função social da propriedade do conceito econômico de “exploração”, sendo preciso que outros princípios e valores constitucionais também sejam aferidos, como os já lembrados direitos protetivos do meio ambiente e das relações trabalhistas, entre outros, o que pode ser visualizado, por exemplo, nas disposições contidas no artigo 186 da Constituição de 1988.

individual e, iniludivelmente, cumpre a sua função individual.

[...]

5. Sobre essa propriedade recai o influxo de outros interesses – que não os meramente individuais do proprietário - que a condicionam ao cumprimento de uma função social.

6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF.

7. 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 justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

8. Há, conforme se observa, uma nítida distinção entre a propriedade que realiza uma função individual e aquela condicionada pela função social. Enquanto a primeira exige que o proprietário não a utilize em prejuízo de outrem (sob pena de sofrer restrições decorrentes do poder de polícia), a segunda, de modo inverso, impõe a exploração do bem em benefício de terceiros.

9. Assim, nos termos dos arts. 186 da CF, e 9º da Lei n. 8.629/1993, a função social só estará sendo cumprida quando o proprietário promover a exploração racional e adequada de sua terra e, simultaneamente, respeitar a legislação trabalhista e ambiental, além de favorecer o bem-estar dos trabalhadores.

[...] (STJ. Agravo Regimental em Recurso Especial 1138517/MG. Rel. Min. Humberto Martins, julgamento em 18-08-2011.)¹⁶

Ora, o aporte constitucional presente nos argumentos em ambos os casos reforçam a noção de que o direito à propriedade, em um Estado Democrático de Direito, vai além da dimensão individual sem, contudo, negar esta mesma dimensão. Assim, os direitos do proprietário de “usar, gozar e dispor” não são ilimitados ou incondicionados, pois, subjacentes às “faculdades” do proprietário, encontramos os direitos fundamentais dos cidadãos *não-proprietários*, desvelando um espaço, discursivamente

¹⁶ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22/01/2014.

estruturado, de disputas que, dentro de balizas constitucionalmente asseguradas, ao contrário de serem contraproducentes, possuem um potencial socialmente emancipatório e democrático.

Daí, que a Constituição de 1988, ao ressaltar a função social da propriedade, exige a desconstrução de posições que se pautam pela perspectiva de que o papel central do Estado, quando diante de conflitos envolvendo a determinação do sentido dos direitos individuais, é de não interferir nas contendas entre particulares, ainda que estes particulares, como historicamente comprovado, não participem da esfera pública de debates com o mesmo peso e a mesma possibilidade de influir nos processos decisórios. Desvela-se, deste modo, que a aplicação horizontal dos direitos fundamentais não pode ser descartada em nome da garantia de uma liberdade que desconhece a desigualdade presente nos contextos.

Como escreve e salienta Flávia Piovesan, ao refletir sobre o papel do Estado diante dos desafios da inclusão social e de uma cidadania ativa, “*o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de Direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável*” (PIOVESAN, 2012, p.402). Como a mesma professora paulista anota um pouco mais a frente, “*não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade.*” (PIOVESAN, 2012, p. 405)

Pelo exposto até aqui, podemos perceber que se faz necessário constitucionalizarmos os debates em torno do que seja o *direito à propriedade*, inserindo os mesmos na história, tematizando uma dimensão normativa, simbolicamente estruturada, que busca vincular os contextos, assumindo que a *Constituição* é mais que um texto de “belas intenções” ou uma “carta para o futuro”, haja vista, que a mesma, ao pluralizar as pautas reivindicatórias de direitos, acaba por explicitar conflitos por muito tempo abafados por estas mesmas estruturas simbólicas, possibilitando que grupos sociais, historicamente excluídos, possam levantar, discursiva e publicamente, suas pretensões, demonstrando que

[...] a Constituição, se é texto, só é Constituição se não for apenas texto, ou seja, se for norma, se o sentido desses textos for internalizado e vivenciado intersubjetivamente por todos. Este o nosso desafio: possibilitar a esses excluídos se reconhecerem e atuarem como cidadãos! (CARVALHO NETTO, 2003b, p.130)

Este desafio pode ser visto em um julgado (HC 5.574/SP), muito citado e analisado, do Superior Tribunal de Justiça, no qual se discutiu a correção ou não, de uma decisão da justiça estadual, que determinara a cassação de fiança concedida, pelo mesmo STJ, a alguns líderes do *Movimento dos Trabalhadores sem Terra* (MST), com o consequente restabelecimento da prisão preventiva, pela suposta prática de uma nova infração penal, qual seja, *da tentativa de esbulho possessório* (art.161, II, CPBr).

A ementa deste julgamento, no qual, ao final, e por maioria, a “ordem” seria concedida, já desvela a relevância dos debates travados, pois nela podemos ler que

[...] movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático. (STJ. 6ª Turma. Habeas Corpus 5.574/SP. Rel. Min. William Patterson. Rel. para o acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgamento em 08-04-1997.)¹⁷

A importância paradigmática deste *habeas corpus* deve-se, em grande medida, aos argumentos expostos e defendidos pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, o qual, entre outras posições, destacou as “obrigações constitucionais” do aparato estatal, deixando registrado que:

Na ampla arca dos Direitos de Cidadania, situa-se o direito de reivindicar a realização dos princípios e normas constitucionais. A Carta Política não é mero conjunto de intenções. De um lado, expressa o perfil político de uma sociedade; de outro, gera direitos. É, pois, direito reclamar a implementação da reforma agrária. Legítima a pressão aos órgãos competentes para que aconteça [...]. (Voto Min. Luiz V. Cernicchiaro. STJ. 6ª Turma. Habeas Corpus 5.574/SP. Rel. Min. William Patterson. Rel. para o acórdão Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgamento em 08-04-1997.)

¹⁷ Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22/01/2014.

Em outro momento de seu voto, o mesmo ministro escreveu que “reivindicar [...] insista-se é direito. O Estado não pode impedi-lo. O *modus faciendi*, sem dúvida, também é relevante, urge contudo, não olvidar o princípio da proporcionalidade [...]. Arrematando, então, que “os conflitos resultantes, evidente, precisam ser dimensionados na devida expressão. [...] Não se está diante de crimes contra o patrimônio. Indispensável a sensibilidade do magistrado para não colocar, no mesmo diapasão, situações jurídicas distintas.” (Voto Min. Luiz V. Cernicchiaro. STJ. Habeas Corpus 5.574/SP.)

Ora, realizando um rápido parêntesis, podemos verificar que, na verdade, em muitos casos, o que tem ocorrido é um verdadeiro ato de “desobediência civil”¹⁸ diante da inércia e abstenção dos poderes públicos diante de certos anacronismos subjacentes ao exercício do direito da propriedade, como, a título ilustrativo, a enorme especulação imobiliária existente nos grandes centros urbanos, que desconsideram o também direito fundamental a uma digna moradia, ou seja, nestes termos,

[O]s desobedientes civis defendem os princípios constitucionais adotados na sociedade em que vivem e, com base nesses princípios, questionam a validade de um determinado preceito normativo ou de determinada política governamental, alegando que esse preceito ou essa política, em última instância, não estão em conformidade com a Constituição. (SALCEDO REPOLÊS, 2003, p. 20)

Esta linha de pensamento é que nos permite aferir que ressignificar os direitos do proprietário não implica, como já tivemos oportunidade de destacar, destruir ou aniquilar a propriedade privada, pois o parâmetro normativo de garantias como o devido processo legal e o contraditório não pode, ainda mais em uma conjuntura constitucional que se afirma democrática, ser desprezado ou tido como secundário, haja vista que pretensões abusivas a direito não são exclusividade de algum grupo específico da sociedade. Deste modo, somente nas situações singulares e concretas de aplicação do direito é que a presença ou não do, constitucionalmente previsto, imperativo social da propriedade, pode ser visualizado, o que revela que “*concebir la propiedad en términos*

¹⁸ “Desobediência Civil é um ato não violento. Os desobedientes civis visam mobilizar a opinião pública, buscando mostrar, a uma maioria desatenta, a princípio insensível, o caráter geral e não particularista dos problemas que levantam.” (SALCEDO REPOLÊS, 2003, p. 19)

abstractos e intertemporales es una ficción.” (PEREZ-LUNO apud CARDOSO, 2008, p.12)

CONCLUSÃO

Do até aqui exposto, pode-se perceber uma crescente explicitação ou desocultamento de disputas e tensões sobre a legitimidade¹⁹ de certos sentidos do que seja propriedade e proprietário, onde alguns movimentos sociais como que “forçam” a sociedade a repensar o destino do direito de propriedade, onde vários setores destes mesmos movimentos têm lutado, não pelo “fim” da propriedade privada, mas por sua redefinição democrática, onde ser proprietário não signifique mais ser “senhorio perpétuo, ilimitado e exclusivo” de certo “território vital”, mas ao contrário, ser um cidadão entre cidadãos, devendo exercer constitucionalmente o seu direito fundamental de propriedade, isto é, os conflitos, normativamente travados, em torno do alcance e significado do direito de propriedade, refletem a própria constitutiva abertura e incompletude constitucional²⁰ que um Estado Democrático de Direito, como o configurado pelo texto de 1988, garante e potencializa.

Em palavras outras, tal “abertura e incompletude”, ao fomentar os debates e as discussões sobre os institutos jurídicos²¹, tornando os mesmos “pauta pública”, não aceitando “passivamente” interpretações

¹⁹ Assume-se, aqui, o sentido de um legítimo construído intersubjetivamente, a partir de interações sociais discursivamente pensadas, não sendo sinônimo de legalidade, onde os cidadãos podem se reconhecer não apenas como destinatários das normas que compartilham, mas também como “coautores” destas mesmas normatividades. Ou seja, legitimidade vinculada a noção de “autolegislação” como por Habermas trabalhada, onde, por exemplo, o âmbito normativo do direito à propriedade implica a necessária “sensibilidade” do aplicador diante de cada caso concreto, de cada situação específica e singular de concretização jurídico-constitucional. Conferir: (HABERMAS, 1997). Também: (GUSTIN, 1999, p. 194-199, 216-221).

²⁰ Esta incompletude que todo texto constitucional e democrático desvela pode ser “visualizada”, por exemplo, no parágrafo segundo de nosso artigo 5º, pois o mesmo afirma que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”* Artigo 5º, par. 2º, da Constituição Brasileira de 1988.

²¹ Não obstante toda a riqueza dos debates travados em torno do direito à propriedade, principalmente durante e após o movimento de redemocratização que nos conduziu ao texto constitucional de 1988, devemos sempre recuperar uma espécie de *advertência* realizada por Eduardo Galeano ao escrever sobre a reforma agrária nos países latino-americanos, que se mostra válida para outros pontos que gravitam em torno da “propriedade”, qual seja: *“a reforma agrária já não é um assunto maldito: os políticos aprenderam que a melhor maneira de não fazê-la consiste em não parar de falar nela.”* (GALEANO, 2011, p. 183)

naturalizadas pelo tempo e pelas tradições, possibilitam, por exemplo, que verifiquemos que qualquer sentido de propriedade é uma construção e expressão de um certo contexto, de um certo período, carregada de historicidade, não algo estático, dado pela “natureza”, o que permite que deslocamentos semânticos possam advir das contendas deliberativas, fazendo emergir outras narrativas e escritas sobre o direito de propriedade, o qual não é mais posto em um nível preferencial ou em algum degrau superior em relação às demais liberdades e igualdades que compõem um sistema de direitos fundamentais como o presente no atual texto maior.

Ora, o que buscamos demonstrar foi algo que, aparentemente, deveria ser tido como por demais óbvio, que é a circunstância de que o sentido de propriedade não mais admite ser construído, em razão da hipercomplexidade social existente, a partir de uma posição exclusivamente privada-civilista como tradicionalmente posto, sendo em realidade, uma questão constitucional, que interessa à sociedade, não apenas às “partes” envolvidas nas lides, individualmente consideradas, fazendo com que o público não seja, ele próprio, “propriedade” do Estado/Governo e nem contrário a um privado que não é identificado, naturalizadamente, nem ao egoísmo, nem conformado a partir de uma ótica não solidária, mas que se mostram em uma contínua, recíproca e produtiva tensão, haja vista que é esta “relação tensional” que possibilita novas interpretações e ressignificações constitucionais do direito à propriedade, o qual, como qualquer outro “direito”, encontra-se sempre sujeito a ser “outro”, ou seja, desvela-se assim um “ponto” central para um Estado Democrático de Direito, que é o de que “*o Direito Constitucional é vida; ou é vida ou não é nada.*” (CARVALHO NETTO, 2003a, p. 141)

Não há como nos furtarmos, neste momento, de lembrar do professor *José Afonso da Silva*, o qual, em obra clássica sobre o direito urbanístico, ao enfatizar a dimensão constitucional da propriedade, escreve e anota que:

[...] em verdade, o regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição. Esta garante o direito de propriedade, desde que ela atenda à sua função social (art. 5º, XXII e XXIII). A própria Constituição dá consequência a isso quanto autoriza a desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública, de propriedade que não cumpra sua função social (arts. 182, § 4º, e 184). Significa isso que o direito civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente

regula as relações civis a ela pertinentes.” (SILVA, 2010, p.71)

Daí, que ao se refletir sobre o direito fundamental à propriedade, não podemos desconsiderar a força normativa dos inúmeros dispositivos constitucionais, os quais, não apenas garantem a propriedade privada, mas também exigem desta o cumprimento de verdadeiras obrigações coletivas e sociais, onde o direito de propriedade surge de modo, diríamos nós, multidimensional, pois se relaciona, dinamicamente, com imperativos ambientais, tributários e trabalhistas, entre outros, ou seja, o descumprimento, por parte do proprietário, de tais “imperativos constitucionais”, pode levar à necessidade de intervenções estatais que sancionem os abusos porventura cometidos, até mesmo com a “desapropriação”, sempre, por óbvio, respeitando o devido processo legal, como pode ser visto, por exemplo, nas normas presentes no art.182, par. 4º, da Constituição de 1988.

Contudo, antes de finalizamos, faz-se necessário ressaltarmos que assumirmos a propriedade como um direito fundamental marcado pela exigência de sua função social não significa desconhecermos a circunstância de que pretensões ilegítimas podem estar subjacentes a defesa desta mesma *função*, já que sabedores que o risco de abuso de direitos não pode ser eliminado, já que constitutivo do fenômeno jurídico. Isto é:

[...] alguns discursos de inclusão e garantia da propriedade podem ser utilizados para esconder lutas simbólicas. Se a garantia da propriedade como direito fundamental apenas protege a propriedade, desconsiderando os não-proprietários, ela impede o acesso ao instituto. A função social da propriedade também pode servir apenas como um discurso que “embeleza” o conceito de propriedade, e servir apenas à sua manutenção ao invés de garantir que a propriedade seja socialmente controlada. Com isso a sua substância permanece intocada. Tais discursos escondem os conflitos pela propriedade e se tornam uma forma de conservação da propriedade liberal. (CALIXTO, 2013, p. 49-50)

Isto posto, podemos afirmar que proteger e garantir o direito de propriedade, em um Estado Democrático de Direito, não é sinônimo de imunização ou de não condicionamentos, mas de limites

constitucionalmente orientados, inseridos em uma rede de direitos fundamentais que se pressupõe conflituosa, rede esta que desvela o fato, por nós já colocado, mas que deve ser sempre realçado, que a esfera privada não exclui a pública, além do que esta última não é reduzida a “interesse estatal” (GUSTIN, 1999, p. 218). Isto é, não há como se negar que a tese da função social é uma restrição, mas uma restrição decorrente de uma obrigação constitucional que impõe, simultaneamente, que qualquer ato de restringir os direitos dos proprietários em contextos democráticos opera, em realidade, como uma condição de possibilidade e de legitimidade do próprio instituto da propriedade. Desconstrói-se, assim, perspectivas demasiadamente liberais e privatísticas, adstritas que são às dimensões do domínio e da titularidade, reconhecendo toda a historicidade presente no arriscado projeto moderno do constitucionalismo, destacando-se o caráter interacional, geracional e horizontal do direito da propriedade dentro de um sistema de direitos fundamentais como o construído no texto magno de outubro de 1988, no qual, o sentido deste mesmo direito desvincula-se de concepções exclusivamente econômicas, mercadológicas e/ou financeiras, tornando-se tema de agenda constitucional.

REFERÊNCIAS

- ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE. **DIÁRIO/ATAS** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente>. Acesso em: 22/01/2014.
- BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL, 1989.
- CALIXTO, Juliano dos Santos. **O Direito à propriedade privada urbana como objeto de luta simbólica**. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FD-UFMG), Belo Horizonte, 2013.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha**. Trad. Peter Naumann. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, Direitos*

Fundamentais e Direito Privado. 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p.225-245.

CARDOSO, Fernanda Lousada. **A Propriedade Privada Urbana Obriga? Análise do Discurso Doutrinário e da Aplicação Jurisprudencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais**. In: LEITE SAMPAIO, José Adércio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a, pp. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick. **Intervenção**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, pp. 124-130.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **A Contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição**. In: *Revista Fórum Administrativo*, n.º 01, Belo Horizonte: Fórum Limitada, março, 2001. pp. 11-20.

FERNÁNDEZ, J. Manuel. **La noción de violencia simbólica en la obra de Pierre Bourdieu: una aproximación crítica**. *Cuadernos de Trabajo Social*, v.18, p. 7-31, 2005.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Trad. Sergio Faraco. Porto Alegre, RS: L&PM, 2011.

GRIMM, Dieter. **A Função Protetiva do Estado**. Trad. Eduardo Mendonça. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 149-165.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Era das Transições**. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- NOVAIS, Jorge Reis. **Os Direitos Fundamentais nas Relações Jurídicas entre Particulares.** In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 355-389.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Da Constitucionalização do Processo à Procedimentalização da Constituição: Uma Reflexão no Marco da Teoria Discursiva do Direito.** In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Coords.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 541-547.
- SCHWABE, Jürgen. **Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Federal Alemán** (extractos de las sentencias más relevantes). Montevideo (Uruguay): Fundación Konrad Adenauer, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 6ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.
- DECISÕES. **STF.** Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 17/02/2014.
- DECISÕES. **STJ.** Disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22/01/2014.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2ª. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.