

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA NAS CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS BRASILEIRAS: DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

THE SOCIAL RESPONSABILITY OF REAL ESTATE IN BRAZILIAN REPUBLICAN CONSTITUCIONS: THROUGH THE STRUCTURE OF FUNCTION

Leonardo Caixeta Santos

Mestrando em Direito na Faculdade de Direito do Sul de Minas. E-mail: leonardo-caixeta@uol.com.br

Leandro Corrêa Oliveira

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá -UNESA-RJ. Professor Doutor na Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: leandro_coliveira@me.com

Recebido em: 08/04/2016

Aprovado em: 27/05/2016

Doi: 10.5585/rdb.v14i6.378

RESUMO: A função social é assunto muito relevante nas mais variadas disciplinas jurídicas e mereceu tratamento relevante na Carta Política de 1988. Mas, apesar do destaque dispensado pela última Assembléia Constituinte, a literatura jurídica carece de um estudo sobre o tratamento jurídico dispensado a função social pelas Constituições brasileiras republicanas, ou seja, nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1964 e 1988. Este estudo é importante porque o conceito estático de propriedade foi substituído pelo conceito dinâmico. A Constituição de 1988 prestigiou a função social. A partir desse novo paradigma, os institutos devem ser observados pela sua função e não apenas pelo prisma da sua estrutura, já que pode haver a mudança da natureza econômica sem alteração no texto legal. O direito deve ser exercido em favor da coletividade.

Palavras-chave: Função social. Propriedade. Constituições republicanas brasileiras.

ABSTRACT: The social function is very relevant subject in various legal disciplines relevant and deserved treatment in the Charter of 1988. Policy But despite the emphasis released last Constituent Assembly, the legal literature lacks a study on the legal treatment of the social function in the Constitutions Brazilian republican, that is, in the Constitutions of 1891, 1934, 1937, 1946, 1964 and 1988. This study is important because the static concept of property was replaced by dynamic concept. The Constitution of 1988 honored the social function. From this new paradigm, the institutes must be observed by its function and not only through the prism of its structure, as there may be a change of economic nature without changing the legal text. The right must be exercised in favor of the community.

Keywords: Social Function. Property. Brazilian republican constitutions.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Considerações iniciais sobre a função social; 2. A função social no solidarismo jurídico de León Duguit; 3. A propriedade em sua plenitude (1891); 4. A proteção ao interesse social ou coletivo (1934); 5. Limites regulados por lei (1937); 6. O uso condicionado ao bem-estar social (1946); 7. A função social da propriedade como princípio da ordem econômica

(1964); 8. A função social como princípio da ordem econômica e dever fundamental (1988); Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 garante o direito de propriedade e afirma que a propriedade atenderá a sua função social. Diz, ainda, que a função social é princípio da ordem econômica e está diretamente relacionada aos fundamentos (cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e objetivos (sociedade justa, solidária, desenvolvimento nacional, promoção do bem de todos) da República.

A função social é tema recorrente nos livros e manuais de direito constitucional, direito administrativo, direito civil e até mesmo direito empresarial.

A questão controvertida neste tema é saber desde quando a função social recebeu tratamento constitucional, isto é, todas as Constituições brasileiras trataram da função social? E, ainda, qual a repercussão da função social na propriedade?

Não raro se fala em função social da propriedade, da posse, da família, do casamento, da empresa, do contrato.

Desde já é importante expor que o presente artigo irá delimitar sua pesquisa à função social imobiliária – bem imóveis - apenas, ou seja, não se pretende aqui abordar reflexos da função social na família, contratos, empresa, dentre outros.

Outra delimitação é temporal, a pesquisa se limitará ao tratamento jurídico dispensado à função social pelas Constituições brasileiras do período republicano, enfim, a partir da Constituição de 1891.

O objetivo do artigo é, destarte, analisar o tratamento jurídico constitucional dado pelas Constituições brasileiras republicanas à função social imobiliária.

Por questões didáticas, o trabalho foi subdividido em tantas Constituições o Brasil teve desde a proclamação da República, que se deu em 15 de novembro de 1889, assim, a função social da propriedade imóvel foi pesquisada nas Constituições de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Neste sentido, deve-se explicar que, apesar de reconhecer que há controvérsia, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não foi tratada como fruto do poder constituinte originário, mas sim do poder constituinte derivado reformador, e, logo, não foi objeto de estudos neste momento.

Finalmente, quanto à questão metodológica, foi utilizado o método analítico, valendo-se da técnica bibliográfica a fim de obter uma resposta satisfatória em face da problemática proposta.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL

O termo função social, curiosamente, não é unânime nas leis nacionais da América do Sul, isto porque, a lei peruana a chamou de uso em harmonia com o interesse social; a da Colômbia, de adequada exploração e utilização social das águas e das terras; a da Venezuela, assim como a brasileira, se utilizam da expressão função social da propriedade¹.

O debate sobre a função social traz uma grande novidade, que é a possibilidade de um instituto jurídico mudar a sua natureza econômica sem qualquer modificação no texto da lei².

¹MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 89.

²BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 145.

A *contrario sensu*, vê-se, modernamente, que a função social da propriedade consiste em “elemento do direito de propriedade, aspecto funcional que integra o conteúdo do direito, ao lado do aspecto estrutural” (feixe de direitos do proprietário)³.

Em um sistema que tem a solidariedade e a dignidade da pessoa humana como fundamento ou objetivo fundamental da República, o conteúdo da função social assume um papel promocional, o que exige que a disciplina das formas proprietárias e a sua interpretação deverão ocorrer de forma a garantir e promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento⁴.

Por outro lado, há quem não veja mudanças de paradigma na vida real, sustentando que os Tribunais continuam julgando e os administradores públicos continuam compreendendo a propriedade na concepção da Constituição de 1822 que dizia, no artigo 6º, ser a propriedade “o direito sagrado e inviolável de se dispor à vontade de todos os bens”⁵.

Em outra perspectiva, é controvertida a natureza jurídica da função social: cláusula geral, princípio, regra, princípio ou regra (se rural ou urbano), ônus, limitações e até mesmo direito e dever simultaneamente, caracterizando uma situação jurídica complexa⁶.

Se não é cláusula geral, nem apenas princípios ou regras, a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do titular do direito de propriedade, ou seja, reconhece-se o direito do proprietário de exigir a abstenção dos sujeitos passivos, mas impõe ao proprietário o dever de utilizar a propriedade a favor do interesse coletivo, tal e qual uma condição de adimplemento⁷.

2. A FUNÇÃO SOCIAL NO SOLIDARISMO JURÍDICO DE LEÓN DUGUIT

Para Duguit, é incontestável que o homem vive em sociedade, sempre viveu e só nela pode viver, daí que todo homem, desde o seu nascimento, integra um agrupamento humano, além disso, a sociedade não é produto da vontade humana, mas é fato primitivo e humano⁸.

No pensamento de Duguit, o ser humano se concebe como criatura individual, com necessidades, tendências e aspirações próprias, mas esses anseios só podem ser satisfeitos pela vida em comunidade com outros homens, daí que solidariedade social é o liame que mantém os homens unidos, são os laços de interdependência de um homem com os demais⁹.

Neste sentido, o conceito de pessoa, para Perlingieri, inclui o cuidado com o outro, ou seja, a pessoa é inseparável da solidariedade¹⁰.

Historicamente, ainda na concepção de León Duguit, o homem sempre procura dirigir a sua solidariedade para os membros de seu grupo, que se organizaram no decorrer dos séculos: primeiro a “horda” (homens sem lar fixo), depois a família, a cidade e, por fim, a nação. Em outras palavras, os homens são solidários dentro do seu grupo social e quanto mais forte a solidariedade entre seus integrantes mais forte será esta sociedade¹¹.

Neste entendimento, o homem em sociedade tem direitos não por ser homem, mas porque, como homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las. Em

³TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Temas de Direito Civil: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 187.

⁴PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 940.

⁵MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 15.

⁶LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. *Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 780.

⁷CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: Função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17.

⁸DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 35.

⁹DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 36.

¹⁰PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 461.

¹¹DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 36.

outras palavras, não são os direitos naturais, individuais que fundamentam a regra de direito imposta aos homens em sociedade. É justamente o contrário. Como o homem tem determinados papéis sociais a desempenhar que ele goza de direitos, ou seja, tem direitos porque tem deveres, tem que cumprir tarefas junto à sociedade¹².

Daí que a liberdade é um direito porque o homem tem o dever de desenvolver sua atividade o melhor possível, já que sua atividade pessoal é essencial na solidariedade por divisão de trabalho; ademais, o homem pode desenvolver sua atividade com liberdade, desde que esse exercício seja voltado à concretização da solidariedade social, ou seja, o homem tem a liberdade de cumprir o dever social¹³.

Os estudos de Augusto Comte influenciaram muito feito por Duguit, em especial a noção do direito fundada na concepção do dever, para quem todos têm deveres para com todos, mas ninguém tem direito algum propriamente dito, já que ninguém tem outro direito senão o de cumprir sempre o seu dever¹⁴.

Comte defendia que todos, sem qualquer distinção, deveriam ser concebidos como servidores, com atribuições simultaneamente de deveres e obrigações¹⁵.

Nesta perspectiva, o direito do proprietário é justo se concomitantemente for limitado pela missão social que lhe incumbe, daí porque somente a certos indivíduos pode ser atribuído o direito de propriedade, a aqueles que podem desempenhar a missão social que lhes cabe¹⁶.

3. A PROPRIEDADE EM SUA PLENITUDE (1891)

A revolução no pensamento da humanidade de que os homens nascem iguais e não há posição social e política a ser ocupada de forma predeterminada, mudou a relação dos homens com suas vidas, por se tornarem cidadãos, por tornarem a História em suas próprias mãos, sendo assim, o maior significado das Constituições, devendo sempre ser lembrado que “o esquecimento é o adubo da tirania”¹⁷.

A primeira Constituição republicana foi exigência da queda da monarquia, que se deu em 15 de novembro de 1889, pelo então marechal Deodoro da Fonseca que assume o comando das tropas e marcha em direção ao Ministério da Guerra, onde se encontra o governo, local em que oficiais e soldados se confraternizam e depõem o gabinete, sendo proclamada a república e comunicada, na tarde do mesmo dia, por José do Patrocínio, na Câmara Municipal do Rio de Janeiro¹⁸.

Quase não houve resistência a queda da monarquia, já que o regime estava desgastado, sem bases sociais, sem apoio dos escravocratas e sem a adesão dos setores dinâmicos da nova economia.¹⁹

A Constituição brasileira de 1891 veio impregnada dos ideais da Revolução Francesa de 1789, e visava a preservação das liberdades individuais (liberalismo econômico). Naquele Brasil,

¹²DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 43.

¹³DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 43.

¹⁴DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 43.

¹⁵FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. *A função social e a propriedade imóvel privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 73.

¹⁶DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 44.

¹⁷BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 483.

¹⁸CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 437.

¹⁹VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 25.

na economia preponderava a atividade rural e na política vigorava o “café-com-leite” em que predominavam os interesses dos estados de Minas Gerais e São Paulo²⁰.

Apesar do ranço oligárquico, que prejudicou a implantação integral do liberalismo, a Constituinte republicana operou o esperado corte com o Império, pondo fim à infeliz dinastia, enterrando o Conselho de Estado, o Senado vitalício e a dissolvendo a Câmara da monarquia²¹.

A Carta de 1891 é a mais enxuta da história brasileira com apenas 91 artigos e 8 disposições transitórias e teve apenas 58 dias de sessões, mas, curiosamente, a celeridade não se deve à eficiência da Assembleia Constituinte, mas sim, em grande parte, da ameaça de um surto de febre amarela na Capital Federal, o que teria assustado os constituintes²².

É também característica desse período, a construção pelo governo federal da política dos governadores, como uma tentativa de se escorar nos poderes estaduais, reacendendo os poderes regionais e locais, em detrimento do poder central, sem esquecer que o poder real e efetivo era o do coronelismo, que elegiam os governadores, os deputados e senadores²³.

Com a República, as antigas províncias imperiais foram transformadas em estados com autonomia federativa, mas o poder real estava nas mãos das oligarquias e coronéis que formavam o patronato do poder na esfera local de governo, com as bênçãos da autoridade central²⁴.

O liberalismo, tão presente na Constituição de 1891, foi uma reação da burguesia ao poder estabelecido àquela época – a monarquia absolutista – e seus esforços sempre convergiam para a limitação do poder daquela classe²⁵.

Na ideologia do alto capitalismo – o liberalismo - há a defesa da desnecessidade da intervenção do Estado na vida social e a concepção individualista de liberdade, com a concepção de que todos são livres para contratar e de dispor de seus bens, limitando a atuação do poder estatal pelo império da lei²⁶.

A primeira Constituição republicana, por influência dos ventos da Revolução Francesa, buscava limitações ao poder estatal, a proteção do indivíduo em contraposição ao poder anterior.

Em certo momento histórico, a ordem fundiária é muito mais aquilo que circula invisível no ar do que o que está visível na paisagem agrária²⁷.

Quem se propõe a reconstruir a história da propriedade deverá analisá-la “no interior de uma mentalidade e de um sistema fundiário com função eminentemente interpretativa”, pois a propriedade não é apenas uma regra técnica, a propriedade está sempre no centro de uma sociedade e de uma civilidade²⁸.

Nessa perspectiva, a primeira Constituição republicana do país é fruto das Revoluções liberais, com destaque para a Revolução Francesa.

²⁰AZEVEDO, Tatiana Soares de; BEDNARSKI, José Luiz. *Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. Barueri: Minha Editora, 2007. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano, p. 33.

²¹CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 451.

²²VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 32.

²³SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 82.

²⁴BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, set. 2000. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2015, p. 171.

²⁵BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 162.

²⁶SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. Barueri: Minha Editora, 2007. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano, p. 56.

²⁷GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

²⁸GROSSI, Paolo. Op. cit., p. 16.

Sem diminuir sua relevância, vale lembrar que a Constituição de 1891 foi resultado de um golpe (golpe ou revolução?) em que os militares, no início do novo regime – regime de exceção no qual o governo não se sustentava pela Constituição, mas pela força - passaram a comandar o Estado e, através do Decreto nº 1, redigido por Rui Barbosa, editado no mesmo dia do movimento que derrubou o império, foi estabelecida uma normatividade temporária em conjunto com outros decretos posteriores do governo provisório²⁹.

Não obstante, a Constituição de 1891 é reconhecida por ser a primeira Constituição do período republicano brasileiro e por ter sido promulgada sob os ideais liberais, com grande influência das Constituições americana e francesa.

A Revolução Francesa, na noite de 4 de agosto de 1789, pôs fim à desigualdade entre povo e realeza e clero, já que estes últimos foram forçados a renunciar a seus privilégios, o que extinguiu a condição de servo, a jurisdição senhorial, dentre outras regalias.

Antes da Revolução Francesa era evidente o “binômio absolutismo-feudalidade”, em que o poder do rei (poder político) tinha ascendência sobre o feudo (poder econômico). Depois da Revolução surge outro binômio “democracia-burguesia” ou “democracia-liberalismo”, caracterizado pelo controle pelo econômico (burguesia e industrialismo) sobre o político (democracia)³⁰.

No liberalismo, o Estado era denominado de *État Gendarme*, pois cabia ao Estado cuidar da ordem pública, oferecer um aparato policial para defender as instituições, inclusive de agressões internacionais, enquanto concedia liberdade ao mercado, atuando apenas nos setores não interessantes à iniciativa privada ou para prestar segurança³¹.

O postulado da livre-iniciativa é muito caro ao liberalismo, que defende o direito de qualquer pessoa exercer atividade econômica livre de restrições impostas pelo Estado, aceitando que a liberdade individual é indispensável à satisfação humana³².

O enunciado sobre o conteúdo do direito de propriedade repercutiu a ideologia vigente naquele contexto.

Neste sentido, dizia a redação original do art. 72, § 17, da Constituição de 1891:

O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

O enunciado “o direito de propriedade se mantém em toda sua plenitude”, ao enfatizar a palavra “plenitude”, mostra que o legislador tinha em vista a concepção individualista dos romanos – a *plena in rem potestas*³³.

A primeira Constituição republicana sequer fazia menção à função social da propriedade, em que pese admitir a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, demonstrando a opção pela propriedade como direito subjetivo absoluto³⁴.

²⁹SANTOS, Gustavo Ferreira. *A constituição da Primeira República Brasileira*. Historia Constitucional (revista eletrônica), n. 4, 2003. Disponível em: file:///C:/Users/Win7/Downloads/200-744-1-PB.pdf. Acessado em: 15 de setembro de 2015, p. 337.

³⁰BONAVIDES³⁰, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993, p. 41.

³¹TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 46.

³²TAVARES, André Ramos, ob., cit., p. 47.

³³PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil Brasileiro*, volume VIII: direito das coisas da propriedade. Coordenador Paulo Lacerda. 2. ed. histórica atualizada legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

A propriedade, enfim, na Constituição liberal de 1891 era direito individual absoluto; direito inviolável e sagrado; direito natural, sem qualquer função que atendesse à coletividade, vigorando o individualismo e egoísmo daquele período histórico. Como direito natural e individual, a propriedade converte-se em barreira frente aos poderes públicos, assinalando uma fronteira entre a atuação estatal que jamais poderia ser avançada³⁵.

4. A PROTEÇÃO AO INTERESSE SOCIAL OU COLETIVO (1934)

A década de 1920 foi marcada pelas “rebeliões tenentistas”, mas a temperatura política aumentou também em razão da recessão econômica gerada pela crise mundial de 1929, com efeitos negativos no setor de exportação do café, o produto mais importante da balança comercial brasileira naquele período³⁶.

A Revolução de 1930 decorre do esgotamento do modelo agrário-exportador praticado pela política burguesa hegemônica cafeeira de São Paulo e parte de Minas Gerais³⁷.

Do movimento de 1930 resulta a Constituição de 1934, das mudanças iniciadas pelo Governo Provisório e pela Revolução Constitucionalista de 1932, ou seja, seu contexto político é totalmente diverso daquele que deu origem à Constituição de 1891. A população acolheu com entusiasmo a Assembléia Constituinte reunida em 1933, enquanto na 1891 houve total indiferença³⁸.

Merece lembrança a menção ao fato de que era típico do período o culto ao Estado forte, com inspiração do totalitarismo europeu, e o repúdio as ideias liberais, chamadas de anacrônicas³⁹.

Se, de um lado, foi elogiável a recepção da população com a Assembléia Constituinte de 1933, por outro, seu texto, chamado de dúbio, recebeu inúmeras críticas.

O texto, apesar do brilhantismo jurídico, era uma colcha de retalhos, marcado de indecisões e ambiguidades, que não delineava, como se esperava, um projeto hegemônico para o País, que era fundamental, questão de vida ou morte, já que se a hegemonia não fosse resolvida no plenário, seria obtida nos bastidores políticos ou mesmo com a força das armas⁴⁰.

Para Bastos *apud* Mendes, o traço dominante da Constituição de 1934 foi seu caráter democrático e com viés social, tentando conciliar, no domínio econômico social, a democracia liberal com o socialismo, no âmbito político, o federalismo com o unitarismo, na esfera governamental, o presidencialismo com o parlamentarismo⁴¹.

Há quem, aliás, considera a Constituição de 1934 uma Constituição “supostamente revolucionária”, pois, em princípio, deveria institucionalizar a inovadora Revolução de 1930, mas

³⁴ LOTUFO, Renan. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008, p. 339.

³⁵ FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. *A função social e a propriedade imóvel privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 51.

³⁶ VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 43.

³⁷ CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 474.

³⁸ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 319.

³⁹ VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 49.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, 320.

⁴¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190.

o tenentismo não passou de uma insurreição, dentre tantas na história da primeira República, com um saldo de reformas muito abaixo das expectativas⁴².

Apesar desta crítica, não se duvida que a Constituição de 1934 foi marcada pelo seu teor social, sem suprimir direitos e garantias contidas na primeira Constituição republicana, de cunho individualista, transportando para o direito brasileiro princípios e instituições reconhecidos em outros países⁴³.

Assim, a Constituição de 1934 funda o Estado social brasileiro, que na Alemanha foi estabelecido um século antes por Bismarck, aperfeiçoado com Preuss (Weimar) e proclamado na Lei Fundamental de Bonn, de 1949, chamado por lá de Estado social de direito⁴⁴.

A Constituição mexicana de 1917 influenciou sensivelmente a Constituição brasileira de 1934⁴⁵ e da alemã (Weimar). Neste sentido, foi nela o primeiro registro da idéia de função social da propriedade, por influência da Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919⁴⁶, no artigo 113, “17”:

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior. (grifo nosso)

O Texto constitucional não usou a expressão “função social”, mas asseverava que o direito de propriedade não podia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o que já seria uma evolução frente à Carta de 1891, que tratava a propriedade como direito natural, direito absoluto.

A Constituição de 1934 não repete a fórmula do direito de propriedade em toda a sua plenitude, ou seja, rompe com a tradição individualista romana da *plena in rem potestas*.

À evidência, há quem defenda, não sem muita divergência que a função social foi recepcionada no ordenamento jurídico brasileiro em 1934, sendo repetida nas Cartas que a sucederam, já que é razoável entender que mais importante que o texto da lei é o seu conteúdo, teor ideológico, sua aspiração política.

5. LIMITES REGULADOS POR LEI (1937)

Para Getúlio Vargas, a Constituição de 1934 era uma espécie de pedra no seu caminho e é sabido que somente aceitou a constituinte em virtude dos acontecimentos que desencadearam a Revolução Constitucionalista de 1932⁴⁷.

⁴²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 189.

⁴³BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 325.

⁴⁴BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 325.

⁴⁵VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 50.

⁴⁶SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana: regularização fundiária*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

⁴⁷VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 61.

A Carta de 1937 foi inspirada em diversas fontes, dentre elas a influência do fascismo de Mussolini, do nazismo de Hitler, no corporativismo português, na Constituição estadual do Rio Grande do Sul de 1890, estado natal de Getúlio Vargas, e com ainda maior influência da Constituição da Polônia, o que permitiu o apelido malicioso de “A Polaca”⁴⁸.

Para alguns, “A Polaca” foi a primeira Constituição a dispensar o trabalho de representação popular constituinte, pois foi inaugurada com o golpe de 10 de novembro do mesmo ano e, antes dela, todas as anteriores resultaram de debates e decisões constituintes; inclusive, a Constituinte de 1824, outorgada por D. Pedro I, foi fruto do trabalho dos constituintes, isto porque, a Assembléia foi dissolvida pelo Imperador quando o texto já estava concluído, mas quase sua totalidade foi preparada pelos irmãos Andradas e outros ilustres brasileiros⁴⁹.

Francisco de Assis Alves *apud* Mendes critica duramente a Carta de 1937. Para ele, o Presidente da República, autointitulado de *inocultável caudilho*, elevou-se acima da Constituição, desvinculando-se dela e conduzindo o governo segundo sua conveniência pessoal⁵⁰.

Sem dúvida, o autoritarismo foi a marca indelével nos seus 187 artigos, mesmo porque, Getúlio Vargas não buscava apenas a manutenção no poder, queria poderes discricionários⁵¹.

Neste sentido, o “caudilho” sequer convocou o plebiscito, previsto na Constituição de 1937 e destinado a legitimá-la, o que leva a alguns a afirmar que ela sequer vigorou de direito. Neste sentido, Pontes de Miranda *apud* Mendes dizia que ela “não se realizou; não foi respeitada - quase toda, *nem sequer, existiu*”⁵².

Em relação ao tema deste trabalho, a Constituição de 1937 manteve a idéia da função social da propriedade, mas remetendo à legislação regulamentar o ordenamento do exercício da propriedade, o que culminou na edição dos Decretos Lei nº 25/1937 (Proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) e o nº 58/1937 (Regras de Loteamentos Urbanos e Venda de Lotes)⁵³, conforme previsto no artigo 122, 14, da Constituição de 1937:

Artigo 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício. (grifo nosso)

Se, por um lado, não repetiu a fórmula da Constituição de 1934 (o direito de propriedade não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo), por outro, não retrocedeu ao texto da primeira Constituição republicana (a propriedade como direito absoluto).

⁴⁸BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 339/340.

⁴⁹BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 339.

⁵⁰BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

⁵¹VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 62-67.

⁵²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193.

⁵³SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana: regularização fundiária*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

Para infelicidade dos brasileiros, a Constituição de 1937 é o registro definitivo da derrota da tendência liberal⁵⁴.

6. O USO CONDICIONADO AO BEM-ESTAR SOCIAL (1946)

Com a proximidade do fim da Segunda Grande Guerra, o cenário político foi se alterando e a Constituição de 1937 começou a ser duramente atacada e foram desaparecendo os seus adutores⁵⁵.

Felizmente, toda ditadura, por mais longa e sombria, está determinada a ter um fim, como se depreende da Constituição de 1946⁵⁶, que nasceu de um movimento de repúdio ao Estado Novo, um regime de arbítrio que sujeitou a Nação a uma ditadura pessoal de inspiração fascista e totalitária, o que denota uma grande contradição, já que o sangue de soldados brasileiros foi derramado nos campos da Itália pela restauração dos princípios da liberdade e democracia, mas internamente o Brasil vivia sem liberdade de imprensa, sem partidos políticos, sem Constituição⁵⁷.

Para Hauriou *apud* Cerqueira, a Constituição de 1946 se manteve fiel às premissas do liberalismo clássico, representando pequeno avanço em relação às constituições anteriores (de 1891 e 1934), em especial se for considerada a profunda mudança verificada no Brasil a partir da década de 30, mas, sem dúvida, reafirmou os princípios liberais e incorporou a legislação social feita durante o Estado Novo⁵⁸.

Apesar de inovadora em algumas questões, a Constituição de 1946, nas palavras de Miguel Reale *apud* Mendes, teve quatro graves equívocos: o Poder Executivo foi enfraquecido, deixado à mercê do Poder Legislativo; o fortalecimento do Poder Legislativo, porém, com um quadro normativo reduzido à lei ordinária e à lei constitucional; a obstaculização da intervenção do Estado no domínio econômico, em que pese a emergente sociedade industrial; a adoção do pluralismo partidário, sem cautelas, o que favoreceu à criação de partidos nacionais de fachada e a política estadual⁵⁹.

O tratamento à propriedade foi previsto no artigo 141, § 16, da Constituição de 1946.

Artigo 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

⁵⁴BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 320.

⁵⁵VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 77.

⁵⁶BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 409.

⁵⁷BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 349.

⁵⁸CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 496.

⁵⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195.

O avanço, na Constituição de 1946, foi o vínculo que a propriedade privada deveria ter com o “bem estar social, possibilitando a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”⁶⁰. Vejamos:

Artigo 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento da prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

Como se vê, o texto constitucional de 1946, acautelando direitos individuais, reforçou o direito à propriedade ao dispor que a indenização justa e prévia, no caso de desapropriação, se fazia em dinheiro, pondo fim ao silêncio e omissão da Constituição de 34⁶¹.

À evidência, o constituinte não se atenta para a expressão “função social”, mas diz que o uso da propriedade se condiciona ao bem estar social, o que também já demonstra o não comprometimento com os interesses puramente individuais, egoísticos, rompendo de vez com o conceito de propriedade como direito absoluto e exercício em plenitude.

Isto posto, há aqueles que defendem que a função social teria sido introduzida no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1946, ainda que com “outro discurso” (bem-estar social)⁶², para outros, a função social teria sido introduzida no sistema jurídico brasileiro com a Constituição de 1934.

7. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA (1964)

Com o Golpe civil-militar de 1964, o novos donos do poder foram hábeis na imposição de uma renovada ordem legal marcada pela violência e pelo arbítrio, apesar da Constituição de 1946 ainda estar em vigor, mantendo as aparências, desprezando a sucessão legal do poder, ignorando o Congresso⁶³.

A Constituição de 1967 pretendia consolidar os ideais e princípios da Revolução de 1964 e foi aprovada por um Congresso Nacional constrangido a deliberar em sessão extraordinária de apenas quarenta e dois dias, enviada por um Presidente apoiado pelas Forças Armadas, sob ameaça, se necessário, do fechamento do Parlamento, naquele momento em

⁶⁰SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana:regularização fundiária*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

⁶¹BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 411

⁶²TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*.Temas de Direito Civil: tomo III.Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 145.

⁶³VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras:200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 93.

recesso forçado e já sem os principais líderes oposicionistas cujo mandado e direitos políticos haviam sido cassados pelos chefes da insurreição⁶⁴.

A Carta de 1967 foi denominada por Gustavo Capanema *apud* Bonavides de “super-polaca”: “você, da UDN, que tanto combateram a ‘Carta Polaca’, de 1937, aparecem-nos, agora, em 1966, defendendo essa Carta Super-polaca”⁶⁵.

O estilo da Constituição de 1967 era do Estado Novo temperado com a linguagem do “pronunciamento” de 1º de abril de 1964, prendendo uma espada de Dâmocles sobre os parlamentares, já que o texto previa definições de “abusar” e “atentar contra a ordem democrática” que, por serem elásticas, serviam ao poder de acordo com suas conveniências⁶⁶.

É controversa a tese se a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 foi uma nova constituição ou se apenas decorrente do poder constituinte derivado. Bonavides e Paes de Andrade entendem que a Emenda nº 1, ao substituir a Constituição de 1967, adaptou os vários atos institucionais e complementares, tornando-se de fato uma nova Carta⁶⁷, mas que não se trata de nova Constituição.

Afonso Arinos *apud* Mendes dizia ser a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 uma Constituição do tipo instrumental que se destinava apenas e tão somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato⁶⁸.

Certo é que a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, impingida aos brasileiros de “cima para baixo”, assim como as Constituições de 1824 e 1937, deve ser apagada da experiência constitucional brasileira, recolhida ao museu das antiguidades, útil como testemunho de uma época que todos devem conhecer, ainda que para evitar que sua repetição⁶⁹.

A respeito da propriedade e sua função social no Texto de 1967, Liana Portilho Mattos *apud* Santos entende que “a menção expressa à função social da propriedade como princípio constitucional deu-se naquele momento”⁷⁰.

O direito à propriedade foi tratado no artigo 150, § 22 da Constituição de 1967, que dizia:

Artigo 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 22 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

⁶⁴BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197.

⁶⁵BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 431.

⁶⁶VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 98-99.

⁶⁷BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 443.

⁶⁸BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

⁶⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

⁷⁰SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana: regularização fundiária*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

A novidade, contudo, estava na redação do artigo 157, III, da Carta que trata a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica que tem por fim realizar a justiça social. Vejamos:

Artigo 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:
III - função social da propriedade.

Se, por um lado, é certo que a Constituição de 1946 foi a primeira a abordar a questão da propriedade pelo prisma da socialidade, ao dizer que o uso da propriedade se condiciona ao bem estar social, também é correto expor que a Constituição de 1967 - não desmerecendo as justas críticas a ela imputadas - foi a primeira a trazer a expressão “função social”.

Em outras palavras, a concepção de função social adveio com a Constituição de 1946, mas a expressão “função social da propriedade” foi exposta de forma inédita pela Constituição de 1967.

Finalmente, houve a superação, de forma muito negativa, da antiga Carta totalitária de 1937 por outra ainda mais centralizadora, a de 1967, mesmo porque, houve a manutenção formal, na Constituição de 1967, dos mesmos direitos e garantias individuais, mas o texto adotado foi contestado na prática, já que deixou para a lei ordinária o estabelecimento dos termos em que seriam exercidos⁷¹.

O ponto de inflexão do regime militar, felizmente, veio com as eleições de 1974, com campanha eleitoral realizada com relativa liberdade, permitindo ao MDB denunciar a grave crise econômica, escândalos financeiros e a enorme dívida externa⁷². Era, assim, o início do fim de estado autoritário e antidemocrático que não pode ser esquecido, pois “o esquecimento é o adubo da tirania”, conforme já salientado por Bonavides e Andrade.

8. A FUNÇÃO SOCIAL COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA E DEVER FUNDAMENTAL (1988)

A minuta de um projeto de convocação de uma Constituinte, por solicitação do ministro da Justiça, Fernando Lyra, em junho de 1985, foi apresentada de forma que refletisse a posição do grupo mais avançado do governo, havendo divergência com relação à convocação da Constituinte: a primeira proposta postulava a convocação de uma Assembléia Constituinte livre, soberana e exclusiva, com a única atribuição de votar o novo pacto político; a segunda proposta defendia a tese de conferir poderes aquele Congresso Nacional, frise-se em final de legislatura, para redigir uma nova Constituição; a terceira, ao final vitoriosa, como se sabe, propunha proposta intermediária, preconizando a convocação de um Congresso Constituinte⁷³.

Não é possível definir o perfil ideológico da Constituinte de 1986, mas duas tendências ficaram evidentes no debate e votação dos temas sociais e direitos dos trabalhadores, na questão da terra e da propriedade, da reforma agrária, do capital estrangeiro, das riquezas do subsolo, da política de informática, da comunicação, da estrutura sindical com o pluralismo ou a unidade (a

⁷¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 431.

⁷² CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 526.

⁷³ CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 529-530.

esquerda dividida ou abstendo-se de votar como ocorreu com o PT), do direito de greve, da reforma tributária⁷⁴.

Na votação do texto final da Constituição, na sessão de 22 de setembro de 1988, o placar foi amplamente favorável à aprovação, com 474 votos, e apenas 15 foram contrários, aliás, todos da bancada do PT (Partido dos Trabalhadores) que consideraram a Constituição “elitista e conservadora”⁷⁵.

A Constituição de 1988 é a mais democrática das constituições brasileiras, considerada uma constituição verdadeiramente espontânea, pois elaborada de baixo para cima e de fora para dentro, ao contrário das anteriores que foram ou impostas por “déspotas” ou induzidas por tutores intelectuais que não acreditava na possibilidade do país caminhar com as próprias pernas e traçar o próprio destino⁷⁶.

Em uma análise aparente, pode-se dizer que a Constituição de 1988 foi a primeira a se originar sem ruptura anterior das instituições, mas sem dúvida seria uma análise incorreta, já que a ruptura – que não precedida de um ato de independência ou da queda de um império ou do fim da república oligárquica ou da ruína de uma ditadura ou mesmo um golpe de Estado - se deu na “alma da nação, profundamente rebelada contra o mais longo eclipse das liberdades públicas”⁷⁷.

Para Marés, “emergido da noite autoritária”, a nova Constituição enfrentou com vigor o caráter absoluto do direito de propriedade⁷⁸.

A Constituição de 1988 trata do regime jurídico da propriedade no artigo 5º, incisos XXII e XXIII, quando garante o direito de propriedade, mas dispõe que a propriedade atenderá a sua função social.

A propriedade e a função social também recebem tratamento no artigo 170, ao afirmar que são princípios da ordem econômica a propriedade privada (inciso II) e a função social da propriedade privada (inciso III).

Em virtude desse tratamento jurídico, há quem sustente que a propriedade, com o advento da Constituição de 1988, como concebida no Código Civil e antes ainda pela primeira Constituição republicana de 1891, simplesmente desapareceu do sistema jurídico, ou seja, houve uma ruptura na medida em que houve a substituição da idéia de aproveitamento *pro se* pelo de função de caráter social⁷⁹.

Por outro lado, há quem defenda que a propriedade deveria ser prevista apenas como instituição do direito econômico e não como direito individual, pois, o princípio da função social, em que pese não autorizar a sua supressão, modifica a natureza da propriedade⁸⁰.

Certo é que concepção da função social vem romper com a concepção individualista e liberal do direito de propriedade inspirado pelo modelo do Código Napoleônico – e adotada pela Constituição de 1891 e pelo Código Civil de 1916 - que tratava a propriedade apenas pelo prisma

⁷⁴BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 473.

⁷⁵VILLA, Marco Antonio. *A história das constituições brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio*. São Paulo: Leya, 2011, p. 115.

⁷⁶BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 203.

⁷⁷BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 451.

⁷⁸MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 114.

⁷⁹TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Temas de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. Cap. 12, p. 283.

⁸⁰SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 286.

estrutural, um feixe de direitos, enquanto a Constituição de 1988 analisa a propriedade como finalidade, objetivo, função⁸¹.

A evolução jurídica não se dá apenas com a mudança da norma, mas também com a alteração da sua função e falar em função social não é fazer referência às limitações negativas do direito de propriedade, não a sua substância; antes disso, a função é o poder de dar à propriedade determinado destino, de vinculá-la a um objetivo social, que corresponda ao interesse coletivo e não individual do detentor do poder⁸².

A função social da propriedade não se satisfaz com o não prejuízo a outrem, ao contrário, a função social exige que o proprietário exerça o direito em benefício de outrem. Em outras palavras, não basta se abster de prejudicar, mas exige uma conduta positiva, de beneficiar outrem⁸³.

Sem dúvida, para que a propriedade seja reconhecida no campo jurídico, não basta não buscar fins anti-sociais ou não-sociais, deverá também se avaliar se está de acordo à razão pela qual o direito de propriedade foi garantido e reconhecido⁸⁴.

Quanto às sanções constitucionais – artigos 182 e 186 da Constituição - impostas em decorrência do descumprimento da função social são autêntico dever imposto ao Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão administrativa e não mera possibilidade⁸⁵. Em outras palavras, o Estado tem o dever – não há discricionariedade – de aplicá-las.

Não há que se tratar a função social como um comando vazio de conteúdo, nem um apelo à discricionariedade, tendo em vista que o artigo 186 da Constituição traz seus requisitos que devem ser atendidos simultaneamente⁸⁶.

A propriedade que descumpra a função social perde, para alguns, a proteção possessória, isto é, retira a possibilidade de concessão das garantias processuais ao proprietário que teve a posse turbada ou esbulhada⁸⁷, afinal, há quem entenda não merecer garantia e reconhecimento a propriedade que não tem uma função social⁸⁸.

Na Constituição de 1988, a propriedade que cumpre a função social é justificada pelos seus serviços, pelas suas funções, pelos seus fins⁸⁹; até porque, a posse não é somente o conteúdo do direito de propriedade, mas sua causa e sua necessidade; causa porque é sua força geradora; necessidade porque indispensável sua manutenção sob pena de recair sobre aquele bem a força aquisitiva⁹⁰.

Em outras palavras, no atual panorama constitucional, a propriedade privada não apenas atende os interesses do titular do direito, é instrumento para a proteção da pessoa humana e,

⁸¹TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005. Anual, p. 102-105.

⁸²BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 146-147.

⁸³GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 245.

⁸⁴PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 228.

⁸⁵COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, out./96, p. 75.

⁸⁶LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. *Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 779.

⁸⁷BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 167.

⁸⁸PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 229.

⁸⁹GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 238.

⁹⁰FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

assim, a utilização dos bens privados, o exercício do direito de propriedade, deve respeitar e promover situações jurídicas subjetivas existenciais e sociais por ela atingidas⁹¹.

CONCLUSÃO

A primeira Constituição republicana do Brasil, de 1891, refletindo o momento histórico, político e jurídico, influenciada pelos ideais liberais da Revolução Francesa, quase 100 anos antes, abordou a propriedade como direito absoluto, mantido em sua plenitude, e, apesar de prever a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, sem dúvida, a propriedade tinha um viés individualista e não fazia a mínima menção à função social da propriedade.

A Carta seguinte, de 1934, consequência da Revolução de 1930, repudiava os ideais liberais e pregava um Estado forte e com teor social, inaugurando o Estado social brasileiro.

É possível extrair da Carta de 34 o primeiro registro da idéia de função social da propriedade. Se, de um lado, é verdadeiro dizer que não havia a expressa menção à função social da propriedade, de outro, garantiu-se o direito de propriedade, que não podia ser exercido contra o interesse social ou coletivo.

A propriedade como direito absoluto e exercida em sua plenitude foi, sem dúvida, suplantada na Constituição de 1934 pelo “germe” da concepção social da propriedade.

Apenas 3 anos depois, em 1937, inspirado especialmente nos regimes totalitários europeus, certo de que a Carta em vigor era um obstáculo ao seu projeto de poder, Getúlio Vargas impôs a nova Constituição, já que inaugurada com um golpe e sem o trabalho de uma Assembléia Constituinte legítima.

Apesar de alguns não a reconhecerem como uma Constituição –o plebiscito que iria legitimá-la jamais ocorreu –, manteve a concepção da função social da propriedade ao afirmar que a propriedade teria conteúdo e limites definidos em lei regulamentadora do seu exercício.

Com o final da Segunda Grande Guerra e com a derrocada dos regimes autoritários que inspiraram a Constituição de 1937, nasceu um movimento de repúdio ao Estado Novo que favoreceu a concepção de uma nova Carta política.

Na Constituição de 1946, o uso da propriedade foi condicionado ao bem-estar social e almejava a justa distribuição da propriedade, com oportunidade igual para todos. A propriedade já não era mais direito individual, já havia um fim social, apesar da omissão da expressão função social da propriedade.

Quase 20 anos depois, em 1964, veio o Golpe Militar e, em seguida, um período de violência e arbitrariedade, em 1967, a Constituição apelidada por alguns de “super-polaca”, em referência ao fato de ser ainda mais arbitrária que a Constituição de 1937, chamada de “polaca”.

Irônico é que foi a Constituição “super-polaca” que trouxe pela primeira vez, em nível constitucional, a expressão “função social da propriedade”, também princípio da ordem econômica.

Verdade é que, em essência, a idéia da propriedade como função fora prevista, inicialmente, na Constituição de 1934, ao proibir o exercício do direito de propriedade contra o interesse social ou coletivo, e não na Constituição de 64, como pode aparentar uma leitura superficial.

Finalmente, adveio a mais democrática das Constituições brasileiras, a de 1988, originada de uma ruptura que se deu na alma do povo rebelado oprimido após quase duas décadas de “eclipse das liberdades públicas”.

⁹¹TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Temas de Direito Civil: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 184.

De forma definitiva, no âmbito da propriedade, foi suplantada a idéia individualista pela concepção social, o que demonstra a louvável evolução da concepção da função social na história e no ordenamento jurídico brasileiro.

Na primeira Constituição republicana, não havia restrição do uso do direito (direito absoluto exercido em plenitude), a propriedade não tinha uma função social, mas função meramente privada, individualista.

A partir da Constituição de 1934, o uso da propriedade não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, o que marca a ruptura com a propriedade clássica, tradicional, pois já se percebe um fim, um objetivo social. Entretanto, não há, ainda, nesse período, a exigência de que a propriedade seja benéfica a terceiros ou a coletividade, satisfaz-se com que não seja prejudicial a outrem.

Vale mencionar a opinião de que quem cumpre a função social não é a propriedade, que é um conceito, mas a terra, por isso, a função social relaciona-se com o bem e o seu uso, e não ao direito de propriedade, que é abstrato⁹².

Indiscutível é que a função social altera o conceito da propriedade, mas não pode ser vista como elemento exterior a ela e sim como elemento integrante da sua estrutura⁹³.

Em outras palavras, a função social da propriedade institui um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, em contraponto à visão individualista⁹⁴, ou seja, não se fala mais em estrutura do direito de propriedade, mas em função social da propriedade.

O ordenamento, portanto, não mais subsidia a visão da propriedade privada como espaço imune à ingerência do Poder Público, uma espécie de salvo-conduto para a liberdade individual⁹⁵.

É o prestígio à função social. Não basta que o direito não seja exercido contra terceiros ou a sociedade, é indispensável que seja exercido em favor de alguém ou da sociedade, o que demonstra uma nova perspectiva nos institutos jurídicos, não contemplados pela sua estrutura, mas sua função.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Tatiana Soares de; BEDNARSKI, José Luiz. *Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. Barueri: Minha Editora, 2007. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estudos Avançados, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, set. 2000. Quadrimestral. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142000000300016&script=sci_arttext>. Acesso em: 15 set. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 5. ed. Belo Horizonte: Livraria Del Rey, 1993.

⁹²MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 116.

⁹³LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁹⁴FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

⁹⁵TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Temas de Direito Civil: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 182.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história: origem e reforma: da Revolução Inglesa de 1640 à crise do Leste Europeu*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

CHALHUB, Melhim Namem. *Propriedade imobiliária: Função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 732, out./96.

DUGUIT, León. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

FORNEROLLI, Luiz Antônio Zanini. *A função social e a propriedade imóvel privada*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GROSSI, Paolo. *História da Propriedade e Outros Ensaio*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LOTUFO, Renan. *Direito Civil Contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional: anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro*. Organizador Gustavo Tepedino. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. *A propriedade como relação jurídica complexa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LUDWIG, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. *Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil Brasileiro*, volume VIII: direito das coisas da propriedade. Coordenador Paulo Lacerda. 2. ed. histórica atualizada legislativamente. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao direito civil constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Anderson. *Função social da propriedade urbana: regularização fundiária*. 2008. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *A constituição da Primeira República Brasileira*. Historia Constitucional (revista electrónica), n. 4, 2003. Disponível em: file:///C:/Users/Win7/Downloads/200-744-1-PB.pdf. Acessado em: 15 de setembro de 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *Direito constitucional econômico: uma releitura da constituição econômica brasileira de 1988*. Barueri: Minha Editora, 2007. (Culturalismo Jurídico). Coordenadores Cláudio Lembro e Monica Herman S. Caggiano.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. *Contornos Constitucionais da Propriedade Privada*. Temas de Direito Civil. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. Cap. 12, p. 283.

TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Temas de Direito Civil: tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 187.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. *A garantia da propriedade no direito brasileiro*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Campos, v. 6, n. 6, p. 101-119, jun. 2005. Anual, p. 102-105.