

# O direito que foi privado

A defesa do pacto civilizatório emancipador e dos ataques a bombordo e a boreste

Luiz Edson Fachin

## Sumário

1. Nota prévia. 2. Introdução preliminar: a Constituição normativa vinculante. 3. Introdução temática: a nova Constituição do Direito Privado. 4. Os direitos de família e dos contratos: deitados em constitucional berço esplêndido. 5. Breve retomada histórica da propriedade imobiliária. 5.1. Entre o pretérito e o presente. 5.2. Perspectivas para o direito que foi privado da Constituição. 6. Conclusão: um futuro possível.

### 1. Nota prévia

O campo hermenêutico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – nome extenso de uma Carta Política que por aí anuncia o que se pretende – tornou-se instrumento que maior poder discursivo ofertou aos juristas.

Tal texto normativo vinculante forma-se por regras e princípios, como será exposto na primeira parte deste artigo<sup>1</sup>. Pauta-se, sobretudo, pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, seu fim e razão de ser, como bem frisou o constituinte nos diversos dispositivos<sup>2</sup> que protegem o cidadão no decorrer da Carta Constitucional.

A partir dessa ordem de idéias, o presente texto de fundo e forma coloquial trará à cena

<sup>1</sup> Para uma análise mais aprofundada sobre o tema das regras e princípios, vide CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 171-199.

<sup>2</sup> Veja-se o extenso art. 5º ao enumerar grande parte desses dispositivos protetivos.

um mote a ser aqui problematizado: a relação entre a Constituição de 1988 e o Direito Privado, numa reflexão que parte do movimento de publicização do direito privado à época do *Welfare State* e desemboca no movimento da constitucionalização, cujo ápice jurídico nacional é justamente a Carta hodierna.

Brevemente será exposta a projeção da protetividade constitucional apta a alcançar os direitos de família e dos contratos, constitucionalizando-os, pautando-se o primeiro pelas profundas alterações nas relações parentais e o segundo pela boa-fé em nível constitucional.

Adiante, será retomado o instituto da propriedade imobiliária privada na quarta parte, apenas de modo a localizar essa leitura no momento histórico atual.

Ver-se-á como a função social da propriedade atravessou os textos constitucionais pretéritos, até chegar à atual configuração. Ademais, em tal contexto, tratar-se-á do dilema constituinte sobre como funcionam os modos de aquisição da propriedade por meio do descumprimento da função social e como a prática contrasta com o pacto constitucional de 1988.

Emerge no exame o direito de propriedade, que continua privado, da Constituição e, na continuidade, impõe-se investigar como é possível extrair um molde para uma futura ampliação do direito constitucional, naquilo que concerne à propriedade, sem que com isso seja configurada mera cópia acrílica de um exemplo estrangeiro.

Por fim, na conclusão, é visto como ainda há um futuro possível, focando-se a Constituição como instrumento facilitador do desenvolvimento nacional, com base no princípio fundante da dignidade da pessoa humana, com espaço para a crítica à realidade que escapa dessa moldura.

## 2. Introdução preliminar: a Constituição normativa vinculante

É elementar afirmar-se que a Lei Máxima brasileira é formada por regras e

princípios. Nada obstante, a doutrina, ver-se-á a seguir, não é consensual ao tratar das diferenças entre uns e outros. Nem mesmo as próprias palavras são unívocas, como não raro ocorre no discurso jurídico.

O princípio jurídico como expressão “Princípios Fundamentais” da Constituição definir-se-ia, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2005, p. 450-451), “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas (...)”.

As normas, por sua vez, segundo José Afonso da Silva (2006, p. 91), seriam “preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, às pessoas ou às entidades a faculdade de realizarem certos interesses por um ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, ação ou abstenção em favor de outrem”.

As regras, com os princípios, seriam espécies do gênero norma, segundo Canotilho (1991, p. 172)<sup>3</sup>.

Entretanto, em outra obra<sup>4</sup>, diferencia as normas dos princípios à medida que aquelas contêm em si regras.

As normas, quando se expressam por regras, admitem a subsunção. A premissa maior – regra – subsume a premissa menor – caso concreto –, incidindo, ou não. Incidiria a conhecida lógica do “tudo ou nada”, ou seja, há um conflito entre as regras

<sup>3</sup> Sobre o tema: GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias. Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. p. 22. No artigo intitulado “A estrutura normativa das normas constitucionais. Notas sobre a distinção entre princípios e regras”, os autores chegam à conclusão de que as regras e os princípios são espécies do gênero norma, remetendo a diferenciação dos primeiros à distinção feita por Alexy.

<sup>4</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

(DWORKIN, 2002); ou vale esta, ou aquela, ou nenhuma norma, mas não as duas. Por sua vez, as normas que expressam princípios não acolhem a regra do “tudo ou nada”. Os princípios, ao colidirem, não se excluem, pois, pela amplitude que possuem – como diretrizes do ordenamento jurídico em que se inserem –, sempre possibilitam sua inserção nos casos concretos.

Isso demonstra quão tênue é a linha que separa as regras, os princípios e as normas, uns dos outros. Entretanto, sua diferenciação é importante na instrumentalização da Constituição.

O jurista do constitucionalismo pós-guerra deve ter, sobretudo, o princípio fundante da Carta Política como diretriz axiológica na análise hermenêutica, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, ou, nas palavras de Segado (apud SARLET, 2006, p. 99), deve pautar-se pela “elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional (...)”.

Voltemo-nos, agora, ao momento histórico ocorrido há vinte anos que serviu de nascedouro à Constituição brasileira, constitucionalizando parte do Direito Privado de forma bastante acentuada, mas privando volumosos segmentos da Lei Máxima brasileira.

### 3. Introdução temática: a nova Constituição do Direito Privado

O movimento de “Publicização do Direito Privado” já dimanava desde o Pós-II Guerra Mundial, mas a Constituição-cidadã salientava-o de maneira dramática, afetando frontalmente os pilares das Codificações Oitocentistas Privadas, fazendo com que o Código Civil perdesse a centralidade de outrora para o texto constitucional (PERLINGIERI, 1999, p. 6).

Com o advento da Constituição da República, em 5 de outubro de 1988, o direito privado passou, novamente, por ampla transformação. Por certo, tal trans-

formação não se iniciou<sup>5</sup> com a Carta de 88, mas ela foi o momento mais visível desse movimento, quando os dispositivos antes inerentes apenas ao Direito Privado constitucionalizaram-se<sup>6</sup>, passando à leitura pelas lentes da Constituição:

“Com a aceitação da idéia de que o direito civil não pode ser analisado apenas a partir dele próprio, devendo sofrer o influxo do direito constitucional, começou-se a questionar o tipo de eficácia que os direitos fundamentais (justamente a parte mais nobre do direito constitucional) poderiam ter no âmbito das relações estritamente subjetivas” (FACCHINI NETO, 2006, p. 43).

Assim, o Código Civil não é mais a “espinha dorsal” do Direito Privado, seja pelo surgimento de microsistemas legais, seja pelo advento da nova Constituição. Por isso, na dicção de Moraes (1991, p. 59-73):

“Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados microsistemas, como, por exemplo, a Lei do Direito Autoral, e, recentemente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Locações, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia

<sup>5</sup> A intervenção estatal na vida sócio-econômica foi bastante perceptível com o modelo do *Welfare State*. Isso, por óbvio, não passou ao largo do mundo jurídico, mas o afetou, inclusive no direito civil. Antes, o que era deixado ao livre jogo da iniciativa privada e do mercado, passou a sofrer intervenção imperativa estatal e a consequência disso foi certa publicização do direito privado como um todo. Esse movimento, de publicização, desembocaria, anos à frente, na constitucionalização dos institutos privados na Constituição da República em 1988.

<sup>6</sup> A Constituição passou a disciplinar os princípios dos três mais básicos institutos jurídicos, quais sejam o projeto parental, o regime das titularidades e o trânsito jurídico. Para mais, vide a obra de CARBONIER, Jean. *Flexible Droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Milano: Guiffrè, 1997.

das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento”.

Ou seja, trata-se, nas palavras de Tepe-dino (1999, p. 22), de estabelecer:

“novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo parâmetro deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.

No momento histórico de 1988, o Brasil saía dos “anos de chumbo” para se aventurar novamente no mergulho democrático. A liberdade política novamente aflorava no seio brasileiro; a abertura econômica que tomara corpo nos anos seguintes já dava seus primeiros sinais; os movimentos sociais ganhavam novo fôlego; do arroio Chuí ao monte Caburaí, os ares da retomada democrática eram sensivelmente percebidos pela população.

Tal conjuntura gerou, no constituinte de 1988, uma grande vontade política em tornar a Carta Magna da jovem nação brasileira algo mais que a Constituição de papel que Ferdinand Lassale (1998) desenhara nos idos do século XIX. Setores inteiros da sociedade civil eram chamados a participar ativamente do projeto da Constituição da República, num esforço bastante considerável num país com proporções continentais como o nosso. Entretanto, os setores antagônicos que permeavam a Constituinte lutavam por suas bandeiras, fazendo da vindoura Constituição um arcabouço ainda sob construção. A dignidade da pessoa humana, contudo, emergia como princípio fundante da nova ordem constitucional. Nas palavras de Sarlet (2005, p. 19), a dignidade constitui:

“qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável,

constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade”.

Em 26 de julho de 1988, num pronunciamento em rede nacional de rádio e televisão, o então presidente José Sarney disse que “ou se mudava o texto constitucional ou o país tornar-se-ia ingovernável”, haja vista a seguridade social de elevada envergadura no combate às disparidades sociais e a reforma tributária, que transferia mais recursos aos estados e municípios do que a Constituição anterior fazia. Ulysses Guimarães, no inolvidável discurso proferido na tribuna, cunha, então, a expressão “Constituição Cidadã”, para fazer alusão à Constituição vindoura.

Passado o primeiro ímpeto da Magna Carta, começou-se então a avistar os efeitos que ela teria sobre a vida jurídica em curso e quais seriam os desdobramentos que adviriam no porvir constitucional. Sonhos e pesadelos povoaram as quimeras discursivas de juristas, políticos e legatários de interesses de peso específico.

As fronteiras entre os direitos Público e Privado ficam cada vez menos claras, de difícil precisão, pois se emaranham sobremaneira:

“Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser meramente quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado” (TEPEDINO, 2004, p. 19).

Paulatinamente, todavia, o texto maior passava a ser incorporado na práxis jurídica, notadamente na seara privada. O influxo constitucional é tão acentuado que muitos autores, ao tratar das implicações da Carta no Direito Privado, em especial

no Direito Civil, cunharam a consagrada expressão “Constitucionalização do Direito Civil”<sup>7</sup>, que demonstra justamente a força que a Carta constitucional emprestou a distintos institutos tipicamente de Direito Privado.

Consolidada a Carta Política, partes inteiras do Direito Privado são nela petrificadas, instituindo novo arcabouço num plano, agora, hierarquicamente superior na normatividade nacional. Diversas leis – *lato sensu* – vieram a ser declaradas inconstitucionais e, por outro sentido, tantas outras são abraçadas pela nova Lei Maior. Efervescem, assim, trabalhos acerca daquilo que a nova Constituição tornou constitucional, com produção técnico-jurídica copiosa.

O contrato, a propriedade, a família, a função social, a boa-fé, todos eles passam agora pelo crivo constitucional. Tratar de algum desses temas sem fazer uma releitura dos institutos privados à luz da Constituição de 1988 é fazer trabalho lacunoso, sem o rigor jurídico-científico assaz necessário aos juristas. Ademais, o princípio da interpretação conforme a Constituição (HESSE, 1998, p. 70) – segundo o qual uma lei não deve ser declarada nula quando pode ser interpretada em consonância com o comando constitucional – passou a ser amplamente adotado pela jurisprudência.

O Judiciário nacional, forçosamente, foi também chamado a adotar a Constituição como parâmetro fundamental e fundante das decisões proferidas em sede dos pleitos a ele apresentados:

“Se as fronteiras entre o público e o privado já não são mais tão nítidas, se o direito constitucional passou a tratar também de aspectos classicamente disciplinados pelo direito privado, enunciando princípios e consagrando

<sup>7</sup> Para análise mais profunda sobre o tema, vide o artigo que transcreve a aula inaugural proferida no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 12 de março de 1992, intitulada “Premissas metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil” do Prof. Gustavo Tepedino (2004, p. 1-22).

valores que se aplicam também às relações entre os particulares – se tudo isso é verdade, como é, então parece claro que o juiz, no exercício de sua atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar o direito privado, deva também levar em conta as regras e os princípios constitucionais que tratam diretamente do tema objeto de litígio” (FACCHINI NETO, 2006, p. 45).

No entanto, passados 20 anos sob a égide da Constituição Cidadã, muito do direito privado tornou-se Constituição, mas resta a pergunta: *qual direito foi privado da Constituição?*

Principiemos, então, a reflexão.

#### 4. Os direitos de família e dos contratos: deitados em constitucional berço esplêndido

Dos institutos jurídicos de Direito Privado, sobretudo civis, alguns deles, notadamente, foram alterados de maneira intensa.

O Direito de Família e o Direito dos Contratos foram profundamente rejuvenescidos pela Constituição de 1988, sob alguns aspectos de maneira vanguardista. É dispensável tratar neste artigo sobre os institutos jurídicos que foram alterados pelo constituinte, sob pena de desnecessário eco de abundantes trabalhos doutrinários e jurisprudenciais apresentados após a promulgação da Lei Máxima e notadamente após o Novo Código Civil.

A Constituição passou a ter função promocional nos contratos, e a partir dela “teremos, então, a presença do Poder Público interferindo nas relações contratuais, definindo limites (...)” (TEPEDINO, 2004, p. 223), constitucionalizando o Direito dos Contratos que não era, até então, seara de ingerência do Direito Público. Do mesmo modo, o Direito de Família constitucionalizou-se, imposta “radical reformulação dos critérios interpretativos adotados em matéria de família” (Idem, p. 396).

Cabe-nos a árdua tarefa de pontuar alguns institutos que não foram abraçados

pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como adiante ver-se-á.

### 5. Breve retomada histórica da propriedade imobiliária

A estatuição do berço moderno da propriedade colheu-se dos romanos, como bem lembra Athayde (1933), ao afirmar que “os romanos foram propriamente os criadores do direito da propriedade privada”. Arnaldo Wald (1947, p. 117) reconhece que, *mutatis mutandis*, a teoria romanística mantém-se contemporaneamente. O *Code Napoléon* petrifica, na parte primeira de seu art. 544, o “absolutismo” da propriedade: “La propriété est le droit de jouir des choses de la manière plus absolue”.

Apenas com o advento da Constituição de Weimar, em 1919, há limitação ao direito de propriedade, com o reconhecimento progressivo das implicações sócio-econômicas à propriedade. Essas limitações foram acolhidas pela Constituição italiana de 1947 – que dispõe no art. 42 que “*il modo di acquisto, di godimento e limite allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti*” –, com a estatuição da função social da propriedade, bem como pelo direito constitucional brasileiro, com a Constituição de 1946<sup>8</sup>.

#### 5.1. Entre o pretérito e o presente

A função social da propriedade, ainda que não tivesse tal denominação à época, surgiu com a Constituição de 1946, que previa no art. 147 que “o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social”. Na Constituição de 1969<sup>9</sup>, por sua vez, a função

<sup>8</sup> Para tratamento mais adequadamente extenso desse ponto específico, vide o nosso: FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea – uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

<sup>9</sup> Que formalmente não era uma Constituição, mas uma emenda constitucional de 1969 à Constituição de 1967, com redação nova dada pelos “Ministros militares no exercício da Presidência da República”. José Afonso da Silva afirma categoricamente que “teórica

social torna-se instituto assentado, com a clara denominação dada pelo art. 160, III:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

III – função social da propriedade”.

Avançou, limitando o direito de propriedade e autorizando a desapropriação para fins de reforma agrária (FACHIN, 1988).

Na fase da elaboração constitucional após o fim do regime militar, variados setores da sociedade eram chamados a colaborar com a feitura do texto constitucional. Chegava-se a um momento importantíssimo, pois as relações de propriedade alteravam-se, seja regredindo, progredindo, seja apenas se mantendo como na Constituição pretérita.

Era visível o embate travado pelos defensores dos que pretendiam, ainda que não abertamente, manter as relações agrárias como estavam e, se possível, aprofundar a inviolabilidade da propriedade; e os defensores da função social que a propriedade deveria cumprir, avançando-a no sentido de sua socialização, relativizando o direito à propriedade, facilitando seu acesso e impedindo sua concentração.

Logo após a parte inicial da Constituição, que trata dos princípios fundamentais, abre-se o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, com o extenso art. 5<sup>o</sup>. O *caput* trata, entre outros, da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, todos eles num mesmo nível hierárquico, *a priori*. Aqui já aparecem os contornos que definirão os rumos que o constituinte tomou: elevar ao

e tecnicamente, porém, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil”. Vide: SILVA, 2006, p. 87.

plano constitucional o direito de propriedade; e não apenas constitucionalizando-o, mas o fazendo no mesmo artigo que trata da vida, da liberdade e da igualdade.

O texto constitucional que hodiernamente vigora torna, como visto supra, o direito de propriedade um direito fundamental. Avançou no art. 182, § 2º, ao estabelecer que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; no § 3º, ao estabelecer desapropriações; bem como no art. 183, que cria a possibilidade de usucapião ao possuidor de imóvel urbano de até duzentos e cinquenta metros quadrados.

No mesmo sentido, foi adiante no atinente à propriedade rural, como no art. 185, quando tornou “insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I – a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II – a propriedade produtiva”; bem como no art. 186, quando tornou mais claros os contornos do atendimento da função social do imóvel rural: “I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”. Também houve avanço no art. 191, que assenta novo modo de aquisição da propriedade rural de área inferior a cinquenta hectares.

Assim, a função social da propriedade torna-se essencial na compreensão do direito de propriedade. A Constituição-cidadã, nesse sentido, deu grande passo para tornar mais justa sua utilização. Pareceram vencer, assim, os setores da sociedade que clamavam pela justa distribuição da propriedade, e que, dentro em muito breve, os conflitos agrários seriam resolvidos todos pelo Judiciário, munido de farta legislação constitucional que abraçava a função social

da propriedade e sua justa distribuição e utilização.

Contudo, o que se vê na prática não corresponde exatamente aos anseios gerados pela Constituição-cidadã, que procurou projetar na realidade fática a norma-fim da proteção da dignidade da pessoa humana. Analisemos, agora, mais detidamente tal prática.

Do art. 182 depreende-se que, caso o imóvel urbano não cumpra com sua função social, não atendendo ao plano diretor, sendo subutilizado ou não utilizado, cujo aproveitamento é inadequado, poderá ser desapropriado. Do art. 186, por sua vez, depreende-se que, não cumprida a função social, conforme os requisitos nele estabelecidos, far-se-á a desapropriação do imóvel rural. Essas presunções, entretanto, não se verificam com tanta facilidade na prática.

Tratemos, pois, da propriedade urbana, primeiramente. O Estatuto da Cidade trouxe grandes avanços, isso é inegável. Quando analisado com mais profundidade, porém, nota-se que virtualmente impediu a desapropriação dos imóveis urbanos. Apenas quando nos demoramos um pouco mais no plano processual, denota-se que somente após janeiro de 2011 será possível alguma desapropriação pelo descumprimento da função social da propriedade. Além disso, seu procedimento tomará, no mínimo, alguns anos, quanto mais célere for possível.

Explicar-nos-emos. A Resolução nº 78, editada pelo Senado em 1998, vedou aos Municípios a emissão de títulos da dívida pública, exceto nos casos de financiamento das obrigações representadas por esse título. Ou seja, é ilegal aos Municípios emitir títulos da dívida pública, pelo menos até dezembro de 2010, para pagamento de desapropriação de imóvel urbano, que é um dos requisitos ao procedimento de desapropriação, conforme o art. 182, § 4º, III, da Constituição Federal.

Transposto tal obstáculo, adentramos no procedimento propriamente dito. Passada a

fase de aprovação do plano diretor<sup>10</sup>, deverá ser aprovado projeto de imposição de IPTU progressivo. Depois da fase legislativa, o Município deverá notificar o proprietário que descumpra a função social para apresentar projeto de regularização em até um ano e aguardar mais dois anos para que as obras tenham início. Não regularizada a situação, iniciar-se-á a cobrança progressiva do IPTU por, no mínimo, cinco anos. Não cumprindo o proprietário as exigências, só então o Município poderá efetuar a desapropriação do imóvel, o que, na melhor das hipóteses, levou oito anos.<sup>11</sup>

Agora, voltemos os olhos à questão da desapropriação rural. Também aqui, a Constituição acolheu diversos avanços. A função social da propriedade é instrumento de extrema importância no manejo da desapropriação dos imóveis rurais, sem dúvida. Deve-se reconhecer a Constituição de 1988 como ensejadora de possibilitar a reforma agrária. No entanto, na prática, muito desse avanço acabou à margem da moldura constitucional.

O art. 185, II, incluiu, entre as propriedades rurais insuscetíveis de desapropriação, a propriedade produtiva. Aqui a hermenêutica assume cabal importância, pois a decisão entre a possibilidade e a impossi-

bilidade em desapropriar um imóvel rural depende da combinação dos dispositivos constitucionais.

*A priori*, parece-nos evidente qual a conclusão, óbvia, a se chegar. Não obstante o critério de “produtividade”<sup>12</sup> esteja sendo cumprido, descumpridos os outros critérios que embasam a função social da propriedade, quais sejam, de acordo com o art. 186, o aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos e preservação do meio ambiente, observação das disposições trabalhistas e a exploração que favoreça o bem-estar de proprietários e trabalhadores, a propriedade rural é suscetível de desapropriação.

Entretanto, não é desse modo que a hermenêutica judicial prosaicamente entende, como bem traduz Marés (2003, p. 119):

“O art. 185 dispõe que o imóvel improdutivo é insuscetível de desapropriação, isto tem sido interpretado como: mesmo que não cumpra a função social, a propriedade produtiva não pode ser desapropriada, o que inverte toda a lógica do sistema constitucional, porque se juntarmos esta interpretação com o equívoco anterior [referência do autor à restrição das possibilidades de desapropriação rural advinda da conclusão de que uma única consequência pelo descumprimento da função social é a possibilidade de desapropriação pelo Poder Público Federal, já que se não se desse causa à consequência, a desapropriação poderia ser feita não apenas pela União, mas por Estados, Distrito Federal e Municípios, como se faz nos casos de desapropriação por utilidade pública, conforme a distribuição de competências presente no art. 5º], a conclusão é desastrosa: a propriedade considerada produtiva não sofre qualquer sanção ou restrição pelo fato de não cumprir a função social”.

<sup>10</sup> Se o plano diretor, nos moldes especificados pelo Estatuto das Cidades, é obrigatório apenas para cidades com mais de 20 mil habitantes, conforme o art. 182, § 1º, como ficam as desapropriações nas cidades com menos de 20 mil habitantes e que não possuem plano diretor? Apenas a título de registro, apesar da obrigatoriedade, ao que consta, há capital do Sul do País ainda em fase de discussão acerca do novo plano diretor, que deve estar de acordo com as linhas mestras do Estatuto das Cidades, já que a cidade conta com um plano diretor, de 1997, apenas para a parte central da cidade e um plano de 1985 para os balneários. Disponível em: <<http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br>>; <[http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id\\_ultimas-335](http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id_ultimas-335)>; <[http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no\\_ar/arquivos\\_pdf/midial.pdf](http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no_ar/arquivos_pdf/midial.pdf)>. Acesso em: 27 mar. 2008.

<sup>11</sup> Para um aprofundamento no tema, vide NEVES, Maria Carolina Scheidgger. Desapropriação para fins de reforma urbana e o Estatuto da Cidade - Lei nº 10.257/2001. Teresina: Jus Navigandi. ano 8, n. 284, 17 abr. 2004.

<sup>12</sup> Critério esse baseado numa visão de índole econômica.



Desses apontamentos, pode-se notar que, ainda que alguns dispositivos constitucionais referentes ao cumprimento da função social não sejam plenamente atendidos, uma propriedade rural não poderá ser desapropriada se for produtiva; ou que um imóvel urbano desocupado há tempos é intocável pelo menos até 2010 ou, passada tal data, ainda que descumprindo sua função social, poderá regularizar-se em oito anos e se tornar novamente insuscetível de desapropriação.

A função social da propriedade presente na Magna Carta torna-se, destarte, incapaz de resolver os conflitos sociais pela propriedade urbana e rural, caso a prática continue a se nos mostrar como os ideais constitucionais são desrespeitados.

A população tem um poderoso instrumento para dirimir as disparidades sociais, mas esse instrumento tornou-se débil, uma Constituição-papel, nas palavras de Lassale. Ele serve para continuar absolutizando a propriedade privada absentista na prática. Cristaliza-a, petrifica-a nas mãos daqueles que, a despeito de descumprirem a Constituição-cidadã e a função social da propriedade, encontram guarida no próprio texto constitucional para defender interesses diferentes dos que ela pretendia, contribuindo para a desigualdade social.

A Constituição avançou no direito de propriedade cimentando a função social em seu texto, mas foi muito tímida, podendo ter avançado mais, sem privar tão importante parcela do direito privado de sua proteção. Ela expõe, como novamente nos recorda Lassale (1996), as forças reais de poder.

### *5.2. Perspectivas para o direito que foi privado da Constituição*

A prática, porém, se nos mostra ainda diversa do pacto social pretendido pela Constituição. Deve-se sempre criticar o que restou fora da moldura protetiva objetivada pelo texto constitucional, de modo a alcançar o ideal da justiça social pautada no

princípio fundante da dignidade da pessoa humana, base de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nas palavras de Facchini Neto (2006, p. 57), trata-se de afirmar que:

“o jurista, especialmente o juiz, deve firmemente orientar sua atividade jurisdicional – quer quando julga litígios de natureza pública, quer quando decide conflitos intersubjetivos de natureza privada – no sentido do horizonte traçado pela Constituição, qual seja, repita-se, a edificação de uma sociedade mais justa, livre e solidária, construída sobre o fundamentalíssimo pilar da dignidade de *todos* os seus cidadãos. Isso significa que a magistratura necessariamente deve ser co-partícipe de uma política de inclusão social, não podendo aplicar acriticamente institutos que possam representar formas excludentes de cidadania”.

Embora a Constituição Mexicana de 1917 tenha sido a pioneira em inserir a função social da propriedade em seu texto normativo, ainda que não de forma expressa, como fez a nossa Constituição de 1946, a Constituição de Weimar é tida como pioneira, pois vinha de um país europeu, dito mais “civilizado”, e era mais copiada à época pelos juristas dos países em desenvolvimento. A Constituição de Weimar de 1919, em seu célebre § 153, dispõe que a propriedade obriga. Ou seja, muito mais que um direito de propriedade, há um poder-dever de propriedade. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949, feita Constituição Alemã em 1990, repete o dispositivo de Weimar.<sup>13</sup>

A Constituição brasileira de 1988 poderia, guardadas as devidas proporções jurídicas, sociais, econômicas e fáticas, conter dispositivo normativo semelhante

<sup>13</sup> Lei Fundamental porque a Alemanha encontrava-se dividida entre o Bloco Capitalista e o Comunista. Tornar-se-ia Constituição da Alemanha apenas em 1990, com a unificação da RDA e da RFA, após a Queda do Muro de Berlim no ano anterior.

ao do § 153 da Constituição de Weimar, emprestando mais força à admirável função social da propriedade.

#### 6. Conclusão: um futuro possível

A Carta Magna de 1988 ainda é de tenra idade – acaba de completar vinte anos – e seu anseio de ser “cidadã” não foi integralmente assimilado pelos juristas, mas já se encaixa no complexo legislativo nacional. Como o *Code Civil*, também a Carta Política brasileira é “una fonte *novissima* ben incastonata in una nuova civiltà giuridica e di essa fedelmente espressiva”, como bem pontuou Paolo Grossi (2006), ao inaugurar seu *Convegno na Accademia Nazionale dei Licei*, em Roma.

Ainda que assim se apreenda, muitos continuarão à margem da realidade social justa e equânime. Essa negação deve ser refutada a partir do texto constitucional, criando um discurso de reafirmação das vítimas cujos direitos lhes são negados, ou, nas palavras de Dussel (2002), a “negatividade das vítimas”. Um discurso que não parta dessas negações apenas reafirmará o direito posto, sem um conteúdo emancipatório tão necessário, haja vista que a dignidade da pessoa humana, norma-fim da Carta Política, é a base do ordenamento jurídico brasileiro, como explica Häberle (apud SARLET, 2005, p. 151):

“A dignidade humana é aqui e lá ‘norma e tarefa’, pretensão e realidade, fundamento de validade de uma Constituição viva e sempre um novo resultado de cada Constituição *vivida* – em última instância, cada Homem e a humanidade nele contida decide, ele próprio, sobre o futuro da dignidade humana: ‘a dignidade da humanidade foi posta em suas mãos, conservem-na!’ (Friedrich von Schiller, no ano de 1789)”.

Não é demais concluir que a Constituição de 1988 abraçou o Direito Privado, mas não podemos privá-la de fundamental

parte dele por mais tempo. Cabe uma reflexão sobre o comentário final de Grossi (2006) na conferência ao Bicentenário do Código Napoleônico, no inverno de 2004:

“Una conclusione finale: esaminando il Code nella sua preparazione faticosa, globalmente, senza indulgere a strategie isolanti e separatorie di opinioni e di atti (non dimentichiamo ci mai che le dissezioni convengono all’istologo e non allo storico): esaminandolo nel complesso della sua struttura positiva, esso risalta quale creatura nuova, fonte nuova per la nuova civiltà giuridica post-illuministica e pos-revoluzionaria. Disconoscere questa sua spettacolarità significa tradire la sua essenziale cifra storico-giuridica”.

Deve-se reconhecer, na Constituição de 1988, um pacto social, econômico, político e jurídico suscetível de dar instrumento à reforma agrária e urbana e ao desenvolvimento brasileiro. Mas não se deve deixar de criticar o que, na prática, continua a restar fora dessa moldura, impossibilitando que se alcance a dignidade da pessoa humana, norma-fim da Carta Política. Basta-nos continuar a perseguir os ideais que a Constituição, em seu preâmbulo, outrora já proclamara.

Criticável na formação e na ausência de efetividade, a Constituição, em duas décadas, resistiu, enquanto pôde, às investidas e ao discurso de desconstrução. O futuro nos dirá se essa defesa constitucional não terá naufragado por ataques a bombardeio e a boreste.

#### Referências

- ATHAYDE, Tristão de. *Introdução ao direito moderno: o materialismo jurídico*. Rio de Janeiro: Centro D. Vital, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- \_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra, 1984.
- CARBONIER, Jean. *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*. Milano: Guiffrè, 1997.
- DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GROSSI, Paolo. Extrato da palestra proferida em 20 de dezembro de 2004 na Accademia Nazionale dei Licei: *Il bicentenario Del codice napoleônico*. Roma: Bardi Editore, 2006.
- GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly; PEIXINHO, Manoel Messias. *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- HÄBERLE, Peter. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.
- \_\_\_\_\_. *¿Qué és una constitución?* México: Colofón, 1996.
- MARÉS, Carlos Frederico. *A função social da terra*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista Estado, Direito e Sociedade*. v. 1. Rio de Janeiro: PUC, 1991.
- NEVES, Maria Carolina Scheidgger. *Desapropriação para fins de reforma urbana e o Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001*. ano 8, n. 284. Teresina: Jus Navigandi, 17 abr. 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PLANO diretor participativo. Disponível em: <<http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/pdp.php>>; <[http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id\\_ultimas-335](http://www.senge-sc.org.br/novosite/index.php?center-ultimas&id_ultimas-335)>; <[http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no\\_ar/arquivos\\_pdf/midial.pdf](http://www.planodiretorfloripa.sc.gov.br/no_ar/arquivos_pdf/midial.pdf)> acesso em: 27 mar. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: \_\_\_\_\_. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SEGADO, Francisco Fernández. La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Jurisdição e direitos fundamentais*. v.1, tomo 2. Anuário 2004/ 2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- WALD, Arnoldo. Propriedade. In: SANTOS, João Manuel Carvalho (Org.). *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*. v. 42. Rio de Janeiro: Borsoi, 1947.