

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARIANA VIALE PEREIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA APLICAÇÃO SOB A
PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO**

ORIENTADORA
Claudia Lima Marques

Porto Alegre

2017

MARIANA VIALE PEREIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA APLICAÇÃO SOB A
PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ORIENTADORA

Claudia Lima Marques

Porto Alegre

2017

MARIANA VIALE PEREIRA

**A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E SUA APLICAÇÃO SOB A
PERSPECTIVA DO DISCURSO JURÍDICO**

Dissertação apresentada como requisito para a
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Claudia Lima Marques (Orientadora)

Porto Alegre

2017

RESUMO

A inclusão da função social da propriedade no texto constitucional brasileiro, está em consoância com a passagem do Estado Liberal ao Estado Social. A função social deve ser analisada, portanto, no sentido de garantir faticamente as liberdades e igualdades garantidas apenas juridicamente pelo Estado Liberal. O Estado Social é uma evolução em relação ao Estado Liberal, mas ele o pressupõe. A função social não transformou a propriedade, em direito-função, mas impôs um equilíbrio entre posições jurídicas que garantem, a partir de direitos e interesses contrários, esferas de liberdade colidentes. Uma análise comparativa entre o direito alemão e o direito brasileiro, nesse sentido, mostra-se relevante ao exame dos enunciados normativos referentes a função social e a propriedade, sob a perspectiva do discurso jurídico. No âmbito dos direitos fundamentais, juízos são corretos apenas se puderem ser o resultado de uma ponderação corretamente realizada. A teoria ampla do tipo legal, no presente estudo, relacionada tanto ao direito de propriedade quanto ao de função social, permite, a partir do exame das condições concretas que foram consideradas à época, a análise da ponderação realizada pelo constituinte, quando da restrição dos enunciados normativos na CF/88, a partir da fixação das regras estabelecidas nos artigos 182 e 186. É possível também uma averiguação acerca da questão da igualdade como um critério independente de ponderação, ante a sua estrutura de direito geral de igualdade.

Palavras-chave: Função social. Propriedade. Estado Social. Estado Liberal. Discurso jurídico. Ponderação. Direito geral de igualdade.

ABSTRACT

The inclusion of the social function of property in the Brazilian constitutional text is in line with the transition from the Liberal State to the Welfare State. The social function must be analyzed, therefore, in the sense of guaranteeing the freedoms and equality only guaranteed judicially by the Liberal State. The Welfare State is an evolution in relation to the Liberal State, but it presages it. The social function did not transform property, in right-function, but imposed a balance between legal positions that guarantee conflicting spheres of liberty from conflicting rights and interests. A comparative analysis between German law and Brazilian law, in this sense, is relevant to the examination of normative statements referring to social function and property, from the perspective of legal discourse theory. In the scope of fundamental rights, judgments are only correct if they can be the result of a properly balancing consideration. The theory of broad legal type, in the present study, related to both the property right and the social function, allows, from the examination of the concrete conditions that were considered at the time, the analysis of the balancing performed by the constituent, when restricting the statements Normative in CF/88, from the establishment of the rules disposed in the articles 182 and 186. It is also possible to inquire about the question of equality as an independent criterion of balancing, given its structure of general equality law.

Keywords: Social function. Property. Welfare State. Liberal State. Legal discourse. Balancing. General equality right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
PRIMEIRA PARTE: A INTRODUÇÃO DA NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO ALEMÃO E BRASILEIRO.....	11
Capítulo 1. Breve histórico da noção de função social da propriedade no direito constitucional alemão	11
1.1. Primeiras declarações de direitos fundamentais	11
1.2. Desenvolvimentos do catálogo de direitos fundamentais na Alemanha	13
1.3. Lei Fundamental Alemã	15
Capítulo 2. Breve histórico da noção de função social da propriedade no direito constitucional brasileiro	17
2.1. Evolução constitucional interpretada pela doutrina constitucional brasileira	17
2.2. Legislação infraconstitucional antes de 1988.....	24
2.3. Constituição Federal de 1988	25
2.4. Legislação infraconstitucional após 1988	27
2.5. Paralelos legais	28
Capítulo 3. Pressupostos dogmáticos à ideia de função social	33
3.1. Teorias objetivas e teorias subjetivas	33
3.1.1. Teorias objetivas.....	33
3.1.1.1. Tese de Leon Duguit	33
3.1.1.2. Análise da tese de Leon Duguit.....	36
3.1.1.3. Tese de Hans Kelsen	37
3.1.1.4. Análise da tese de Hans Kelsen.....	40
3.1.1.5. Contraposições relevantes	42
3.1.1.5.1. Direito subjetivo em Kelsen	42
3.1.1.5.2. A expressão direito natural em Kelsen.....	45
3.1.2. Teorias subjetivas	48
3.1.3. Observações às teorias objetivas e subjetivas	51
3.2. Tomada de posição	54

SEGUNDA PARTE: O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS PRINCÍPIOS GERAIS DE LIBERDADE E DE IGUALDADE. 62

Capítulo 1. Teoria da justiça baseada em ponderação	62
Capítulo 2. Princípio geral de liberdade e a intervenção no direito de propriedade	64
2.1. O Princípio geral de liberdade	64
2.1.1. Liberdade para os antigos e para os modernos	64
2.1.2. Liberdade negativa e liberdade positiva	67
2.1.3. Evolução histórica dos Estados ocidentais em direção ao Estado liberal.....	73
2.1.4. Liberdade como alternativa de ação	77
2.1.5. Direito geral de liberdade	86
2.1.6. Liberdades e garantias institucionais	90
2.1.7. Tomada de posição	94
Capítulo 3. Princípio geral de igualdade e a intervenção ao direito de propriedade.....	99
3.1. Direito geral de igualdade.....	99
3.1.1. Igualdade formal e igualdade material	99
3.1.2. Igualdade no sentido jurídico e no sentido fático	101
Capítulo 4. Estrutura dos direitos fundamentais	105
4.1. Diferenciação entre regras e princípios	105
4.2. Teoria ampla do tipo legal	111
Capítulo 5. Contraposição entre a situação constitucional alemã e a brasileira	114

TERCEIRA PARTE: O DIREITO DE PROPRIEDADE E O ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Capítulo 1. Conteúdo do direito de propriedade e exigência do cumprimento da função social da propriedade	118
1.1. É correto falar em núcleo ou substância ou conteúdo essencial do direito de propriedade e dos direitos protegidos pela função social?	120
1.2. Interpretações acerca da função social	126
1.3. Observação de critérios de igualdade na ponderação no contexto da justificativa da intervenção no direito de propriedade	134
1.3.1. Proibição da arbitrariedade, proposta de coerência e proposta de equilíbrio	134
Capítulo 2. Questão da igualdade do encargo.....	137
2.1. Conteúdo do direito de propriedade e da função social no direito brasileiro	137
2.1.2. Análise da CF/88 e da legislação infraconstitucional.....	137

2.2. Direito de propriedade e desapropriação por função social	144
2.2.1. Desapropriação por função social no contexto alemão	144
2.2.2. Desapropriação por função social no contexto brasileiro.....	150
2.3. Igualdade do encargo.....	156
2.3.1. Extensão do conceito de propriedade no direito alemão	156
2.3.2. Possibilidade de extensão do conceito de propriedade no direito brasileiro?	161
Capítulo 3. A função social da propriedade na jurisprudência do Tribunal Federal	
Alemão e do Supremo Tribunal Federal brasileiro	172
3.1. Análise de uma decisão sobre função social na jurisprudência do Tribunal Federal Alemão	172
3.2. Análise de uma decisão sobre função social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	173
CONCLUSÃO.....	181
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190

1 INTRODUÇÃO

A propriedade era tida como um direito absoluto, até o século XX, influenciada pelos direitos da época – basicamente as idéias mercantilistas e liberais. Com o advento do Estado Social, marcado por uma época de revoluções, influenciadas pelas ideias de justiça social - no caso do México, especificamente influenciado pela reforma agrária de 1917 - aparece a primeira Constituição a abarcar a ideia de função social da propriedade, a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição Alemã de Weimar de 1919. Sob essa influência, a função social da propriedade é inserida pela primeira vez no direito constitucional brasileiro, na Constituição de 1934.

Tem-se, sob essa ótica, a inserção na Constituição de um princípio que não impede a existência do direito de propriedade, mas modifica sua natureza. No Brasil, a questão da função social da propriedade tem sido ligada, historicamente, a questão da reforma agrária. A presente pesquisa se propõe a um estudo mais amplo, analisando esse enunciado normativo, a partir da teoria ampla do tipo, sob uma abrangência diversa, relacionada a um direito geral de igualdade. O presente trabalho visa, em linhas gerais, analisar a função social da propriedade sob a perspectiva de Robert Alexy, ante um princípio de igualdade. Questiona-se, portanto, a aplicação concreta da função social da propriedade no Brasil, e de que forma ele afrontaria um princípio de igualdade. Para tanto, se fará uma análise de direito comparativa com o direito alemão, um dos ordenamentos jurídicos precursores da constitucionalização da função social da propriedade, instituída sob sua influência no direito brasileiro.

Assim, inicialmente, no que tange a função social da propriedade, iniciar-se-á sua análise no presente trabalho a partir da apresentação da introdução e evolução constitucional da noção de função social da propriedade no direito alemão e no direito brasileiro. Ainda, serão apresentados os pressupostos dogmáticos a idéia de função social, a partir das teorias objetivas de Leon Duguit e Hans Kelsen, e subjetivas, especificamente a teoria do discurso desenvolvida por Robert Alexy, relevantes à adequada compreensão da inclusão da função social, no contexto do Estado Social.

Na segunda parte do trabalho, será apresentada a teoria da justiça baseada em ponderação, a partir da apresentação dos princípios gerais da liberdade e da igualdade, sob a perspectiva do discurso jurídico. Passar-se-á ainda a estrutura dos direitos fundamentais, como regras e princípios e apresentação da teoria ampla do tipo legal. Será apresentada a contraposição entre a situação constitucional alemã e brasileira, em que os enunciados

normativos referentes à propriedade e à função social foram normatizados na Constituição, através do tipo legal amplo e, do tipo legal restrito, respectivamente.

Considerando que a função social está relacionada com a justiça social, buscada no Estado Social, se buscará entender a abrangência dos princípios de liberdade e de igualdade, considerando a relevância da passagem do Estado Liberal – que visava garantir a liberdade e igualdade jurídicas – para o Estado Social – que visa assegurar, além das anteriores, também a liberdade e a igualdade fáticas. Será apresentada ainda a estrutura dos direitos fundamentais como regras e princípios e a teoria ampla do tipo legal, com base na teoria de Robert Alexy.

Na terceira parte do trabalho, será analisada a inclusão dos enunciados no direito constitucional alemão e seu *status* de princípio (no sentido de razões *a priori*). Também nesse capítulo será esboçada a questão das interpretações acerca da função social da propriedade, considerada a teoria ampla do tipo legal, sob a perspectiva de direitos individuais e bens coletivos, bem como a ideia de realização do direito de propriedade na maior medida possível.

Paralelamente, no contexto brasileiro, se buscará entender o momento histórico e as influências históricas que levaram a inserção das regras constantes no art. 182 e 186 da CF/88, relacionando a propriedade e a função social ao contexto da reforma agrária, bem como a limitação do conceito de propriedade, aos imóveis urbano e rural. Para tanto, serão analisados textos legislativos anteriores à CF/88, bem como os anais da CF/88, a fim de examinar a ponderação relacionada com o juízo realizado pelo Constituinte, ao efetuar a restrição dos tipos legais desses enunciados normativos.

Fixado o momento histórico e as ideias vigentes na época da inclusão do dispositivo legal, passar-se-á a uma análise atual desses enunciados normativos no direito alemão e no direito brasileiro, na formulação e na aplicação do direito, bem como à questão da igualdade ante o problema de valoração e a estrutura dos direitos de igualdade como direitos subjetivos. Posteriormente, será apresentada a aplicação do direito geral de igualdade ao tema da propriedade relacionada com a função social.

Por fim, se passará a uma apreciação empírica da função social da propriedade no direito alemão e brasileiro. A partir daí, serão analisadas decisões das Cortes Superiores de ambos os países acerca do assunto desenvolvido nos capítulos anteriores.

A relevância da pesquisa consiste em analisar a função social da propriedade, sob a ótica de um direito geral de igualdade, no âmbito do direito brasileiro, segundo a teoria do discurso desenvolvida por Robert Alexy. Buscando-se, assim, alcançar sua extensão e

possíveis formas de aplicação no direito brasileiro, considerada a influência alemã desde a sua inclusão no texto constitucional, a partir do exame do alcance dos enunciados normativos relacionados ao tema, sob o pano de fundo de uma teoria ampla do tipo legal e um direito geral de igualdade.

PRIMEIRA PARTE: A INTRODUÇÃO DA NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO ALEMÃO E BRASILEIRO

CAPÍTULO 1. BREVE HISTÓRICO DA NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL ALEMÃO

1.1. PRIMEIRAS DECLARAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ideia liberal de “mais liberdade” é traduzida no Direito Constitucional como “mais proteção a direitos fundamentais”.¹ Passo a passo a normatividade dos direitos fundamentais é reconhecida e expandida.²

A primeira declaração de direitos fundamentais, de caráter moderno, foi o *Virginia Bill of Rights*, votado em 12/06/1776, em conexão com a separação das colônias norte-americanas da metrópole inglesa e a formação dos Estados Unidos da América, cansada da opressão inglesa. Eles se apoiaram no direito natural, na lei divina e nos direitos daí decorrentes de liberdade e igualdade de todas as pessoas. A declaração de independência americana de 04/07/1776 se associou ao *Virginia Bill of Rights*, que iniciava com a proposição de que todas as pessoas, por natureza, são igualmente livres e independentes e possuem direitos inatos determinados: o direito à vida e liberdade, o direito de adquirir e conservar propriedade e a possibilidade de aspirar fortuna e segurança. Dessas comprovações fundamentais foram derivados não apenas os direitos individuais do particular, como também a soberania popular e a estrutura democrática do Estado.³ Ressalta-se, entretanto, que as ideias expressas nas declarações de direitos fundamentais americanas não são novas. Elas se referem às ideias jurídico-naturais e jurídico-rationais do iluminismo europeu do século XVII e XVIII. Nova é, no entanto, a formulação de direitos fundamentais precisos juridicamente e trazidos como direitos na disputa política. As grandes ideias então se tornam eficazes, quando são trazidas “em forma” idiomática e, assim, se tornam operáveis. Em perspectiva política, as declarações de direitos fundamentais tinham uma função

¹ LEINSNER, Walter. *Das “soziale Eigentum” in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In Rechtsstaat Kirche Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Oermayer zum 70. Geburtstag.* Herausgegeben von Richard Bartlspenger, Dirk Ehlers, Werner Hofmann, Dietrich Pirson. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München, 1986. S. 23.

² LEINSNER, Walter. *Das “soziale Eigentum” in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In Rechtsstaat Kirche Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Oermayer zum 70. Geburtstag.* Herausgegeben von Richard Bartlspenger, Dirk Ehlers, Werner Hofmann, Dietrich Pirson. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München, 1986. S. 23.

³ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado.* Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 15-16.

dupla – legitimadora e constituinte –, elas deviam por um lado justificar o abandono da metrópole inglesa e, de outro, determinar a estrutura e os limites do novo estado.⁴

Apenas alguns anos depois, em 1789, foi deflagrada a revolução francesa. E, em poucas semanas, a Assembleia Nacional Francesa promulgou a *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (Declaração dos direitos do homem e do cidadão), em 26/08/1789. Quanto ao conteúdo, os direitos particulares pessoais e políticos do homem e do cidadão correspondiam amplamente às declarações de direitos fundamentais americanas, em razão do *Virginia Bill of Rights* ser conhecido na França, por *Lafayette* – o pai da declaração francesa. Entretanto, a declaração dos direitos do homem e do cidadão francesa foi mais eficaz e mais profunda que a americana, uma vez que não se tratava de fundar um novo Estado, mas de uma modificação fundamental das relações sociais do estado francês. A Revolução Francesa se dirigiu também, primariamente, contra a ordem feudal estamental com seus privilégios para nobreza e o clero. Ela visava produzir uma sociedade burguesa orientada na liberdade e igualdade de todas as pessoas. E, sobre essa base, pôde e teve de ser eliminada também a ordem de domínio estatal até então - a monarquia absoluta. Por trás disso, estava o conhecimento de que o estado liberal deve ser estruturado em uma ordem social liberal.⁵

Os direitos fundamentais configurados nas constituições americanas, por um lado, como direitos fundamentados na natureza humana e que se apresentam como direitos naturais, inatos, inalienáveis e inseparáveis do homem e, por outro, como a limitação do poder do Estado, abriu a passagem decisiva para o Estado constitucional moderno. A Declaração dos Direitos do Homem de 1789, por sua vez, estava mais caracterizada pela igualdade social, vinculada com um programa para a modificação das relações feudo-estamentais existentes e contra prerrogativas sociais no direito privado. Tratava-se também de realizar liberdade e igualdade no direito privado, diante de gravames sobre bens, por exemplo.⁶ Esse programa, no entanto, não foi convertido em normas juridicamente válidas, ficando mais no plano da filosofia do direito. Foi a partir do direito alemão que os direitos humanos, que atuam num plano mais abstrato, ganharam a forma de direitos fundamentais e passaram a atuar no plano mais concreto⁷, como passa-se a analisar.

⁴ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P.16.

⁵ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P.17.

⁶ HECK, Luis Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29, P. 56.

⁷ HECK, Luis Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29, P. 48-49.

1.2. DESENVOLVIMENTOS DO CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ALEMANHA

A grande teoria foi já na época de Weimar alcançada, qual seja, a descoberta do conteúdo dos direitos fundamentais. E, na metade do século, a dogmática e a prática do direito alemão desenvolveram a noção de máxima validade em máximo conteúdo, sendo que as áreas de proteção dos direitos fundamentais são constantemente expandidas, o que continua em desenvolvimento. Isso levou ainda a outra grande linha de desenvolvimento do direito de liberdade: aumentando as oportunidades de envolvimento em cada vez mais áreas de proteção.⁸ Vejamos como se chegou a isso.

Na Alemanha, os primeiros catálogos de direitos fundamentais aparecem nas constituições do sul da Alemanha de Bayern, Baden, Württemberg e Hessen-Darmstadt, de 1818 a 1820. A elas se seguiram as constituições da Alemanha central, como as constituições de Sachsen, Kurhessen e Braunschweig que surgiram após a revolução-junho francesa de 1830 e, finalmente, as constituições de Preußen e Österreich após a revolução de 1848. Ocorre que essas constituições não foram promulgadas pelo povo – como as americanas e francesa – mas pelos monarcas e tinham, sobretudo, o objetivo de amortizar o movimento democrático-liberal com seu potencial revolucionário, como concessões, a fim de tomar dele o ápice. Em relação ao conteúdo, esses direitos fundamentais correspondiam amplamente aos direitos de liberdade clássicos das declarações de direitos fundamentais da América do Norte e França. Entretanto, em relação a sua estrutura, havia diferenças consideráveis, uma vez que não foram causados e apoiados por movimentos revolucionários, faltava-lhes a fundamentação jurídico-natural e a legitimação democrática, e, conseqüentemente, eles também não requeriam validade universal. Pelo contrário, eles eram garantias jurídico-positivas dos monarcas dadores de constituição no interesse da razão de Estado. Tem-se aqui o constitucionalismo como um compromisso histórico entre a monarquia tradicional e a burguesia progressiva, expresso através das constituições estaduais do século XIX.⁹

Na revolução de março de 1848 houve a convocação de uma assembleia nacional dadora da constituição de toda Alemanha para Frankfurt, a fim de garantir liberdade, democracia e também unidade estatal e nacional. A assembleia primeiro se dedicou a

⁸ LEINSNER, Walter. Das “soziale Eigentum” in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In *Rechtsstaat Kirche Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Oermayer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Richard Bartlspenger, Dirk Ehlers, Werner Hofmann, Dietrich Pirson. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München, 1986. S. 23.

⁹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 18-19.

determinar os direitos fundamentais e, com isso, os fundamentos e os limites do poder estatal. Contudo, faltava-lhes a fundamentação mais profunda no direito natural ou em outras representações de valores, mantiveram-se assim – da mesma forma que os direitos fundamentais estaduais – regulações jurídico-positivas e, com isso, também disponíveis jurídico-positivamente. Em razão disso, quando a obra constitucional de Frankfurt fracassou na resistência dos príncipes, sem mais, eles puderam ser afastados. Também na prática constitucional dos anos seguintes não desempenharam nenhum papel, em razão do domínio prussiano sobre a Alemanha. No entanto, a longo prazo, influenciaram o desenvolvimento constitucional na Alemanha – uma série das formulações de direitos fundamentais de então apareceram na constituição do império de Weimar e na Lei Fundamental¹⁰

Esses direitos fundamentais foram mantidos no século XIX. Porém, na segunda metade do século XIX, com a questão social – causada pela industrialização e o surgimento de uma totalidade de trabalhadores específicos – ocorreu a aglomeração de muitas pessoas nas cidades grandes e o empobrecimento de camadas amplas da população, fazendo aparecer em primeiro plano novos problemas que não foram passíveis de serem solucionados com fórmulas concisas de direitos fundamentais, requerendo uma intervenção condutora e dirigente do Estado na esfera social e econômica.¹¹ A Constituição do império de Weimar, então, aparece como a primeira constituição de toda Alemanha, baseada exclusivamente em fundamento democrático, constituindo um Estado democrático-republicano.¹² Seu catálogo de direitos fundamentais recepcionou os direitos de liberdade clássicos da constituição do império de Frankfurt e os complementou em razão da questão social, que se torna mais urgente, por direitos fundamentais sociais, determinação de objetivos do estado e proposições programáticas estatal-sociais.¹³

O pilar fundamental do liberalismo clássico cedeu. A nova ideia de controle social da vida do homem no interesse da totalidade da comunidade penetra também nos outros campos da autodeterminação individual, zelosamente guardados. Nessa medida, a propriedade, na formulação do artigo 153 da Constituição de Weimar, deixa de ser um direito absoluto.¹⁴

¹⁰ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 20-21.

¹¹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 21-22.

¹² MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 22.

¹³ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 22.

¹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. Ed. Ampl. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Esplugas de Llobregat (Barcelona): Editorial Ariel, 1969. P. 400.

Nesse contexto, a função social da propriedade é inserida na constituição de Weimar e, sob essa influência, aparece pela primeira vez no direito constitucional brasileiro, na Constituição de 1934.¹⁵

1.3. LEI FUNDAMENTAL ALEMÃ

A Lei Fundamental estabelece o direito de propriedade privada no seu artigo 14. Refere, na primeira frase do artigo, que: “A propriedade e o direito de herança serão garantidos. Conteúdo e barreiras serão determinados pelas leis”. Na segunda frase destaca que “propriedade obriga” e que “seu uso deve servir simultaneamente ao bem-estar da comunidade.” Essas duas últimas frases estão relacionadas com o direito de propriedade e a obrigação decorrente da função social, que são o objeto de pesquisa do presente Trabalho. Como se pode ver, há um equilíbrio *a priori* desses enunciados normativos, na medida em que a propriedade é garantida, mas ela também obriga. Por fim, na terceira frase, dispõe que “uma desapropriação é admissível somente para o bem-estar da comunidade”, podendo ser efetuada “somente por lei ou em virtude de uma lei, que regula tipo e dimensão da indenização.” Considera ainda que “a indenização deve ser determinada sob justa ponderação dos interesses da comunidade e dos participantes.” E, por causa do montante da indenização, “está aberto em caso litigioso a via jurídica diante dos tribunais ordinários.”¹⁶

Tem-se assim, que a propriedade privada é garantida, conforme se infere da alínea 1, frase 1, do art. 14 da Lei Fundamental. O poder normativo do legislador que emana do art. 14, alínea 1, frase 2 da Lei Fundamental, no entanto, não é ilimitado. O legislador tem que observar a decisão básica de valores da Lei Fundamental em prol da propriedade privada, além de manter-se de acordo com as outras normas constitucionais. Uma legislação conforme

¹⁵ A formulação da Constituição de Weimar (art. 153, parágrafo 3) dispõe: (1) A propriedade é garantida pela constituição. Seu conteúdo e suas barreiras resultam das leis; (2) uma desapropriação pode ser feita somente para o bem-estar da comunidade e sobre fundamento legal. Ela realiza-se mediante indenização conveniente, à medida que uma lei imperial não determina outra coisa. Por causa do montante da indenização deve, em casos litigiosos, ser mantida aberta a via jurídica nos tribunais ordinários, à medida que leis imperiais não determinam outra coisa. Desapropriação pelo império perante estados, municípios e grêmios de utilidade pública pode realizar-se somente mediante indenização. (3) propriedade obriga. Seu uso deve, simultaneamente, ser servido para o bem-estar comum. (MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 313.)

¹⁶ Artigo 14 [propriedade, direito de herança, desapropriação]

(1) A propriedade e o direito de herança são garantidos. Conteúdo e barreiras serão determinados pelas leis;

(2) propriedade obriga. Seu uso deve servir simultaneamente ao bem-estar da comunidade;

(3) uma expropriação é admissível somente para o bem-estar da comunidade. Ela deve realizar-se somente por lei ou em virtude de uma lei, que regula tipo e dimensão da indenização. A indenização deve ser determinada sob justa ponderação dos interesses da comunidade e dos participantes. Por causa do montante da indenização está aberto em caso litigioso a via jurídica diante dos tribunais ordinários. (MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 307-308.)

a determinação da Lei Fundamental deve respeitar o preceito de proporcionalidade, ou seja, a restrição das faculdades do proprietário deve ser apropriada e necessária aos fins almejados e não pode onerar em excesso, sob pena de não ser exigível.¹⁷

Nessa medida, pode-se dizer que a garantia da propriedade compreende várias camadas de significado. Ela é caracterizada por um lado pessoal e mostra-se como complemento das garantias jurídico-fundamentais, ao garantir a propriedade como *pressuposto de configuração de vida livre e auto-responsável*. Ela também garante a propriedade no sentido de um *direito subjetivo – naturalmente também vinculado socialmente pelo art. 14, alínea 2 da Lei Fundamental* -, que fundamenta um direito de defesa e proteção contra os poderes estatais. E, em razão dessa tarefa, ela garante ainda a propriedade como *instituto jurídico* e elemento da ordem objetivo-jurídica da coletividade, excluindo, com isso, toda a configuração político-econômica e político-social que, segundo a forma ou o objeto, abolisse a propriedade privada – o que também não significa decisão com força constitucional para um determinado modelo econômico.¹⁸

A determinação do conteúdo e do significado do direito de propriedade, entretanto, na forma garantida jurídico-constitucionalmente não pode deixar de considerar *as transformações da função da propriedade* que são parte do desenvolvimento apresentado para o Estado Social moderno.¹⁹ Ao longo do trabalho, essas camadas de significado compreendidas pela garantia de propriedade – lado ou esfera pessoal²⁰, direito subjetivo²¹, instituto jurídico²² e elemento da ordem jurídico-objetiva²³ - bem como o lado ou esfera social²⁴ da propriedade, relacionado à função social, serão abordadas especificamente. Nesse primeiro momento, bastava apresentar a normatização dos enunciados em questão no ordenamento jurídico alemão. Passa-se, da mesma forma, a apresentação da evolução constitucional da questão no direito brasileiro.

¹⁷ HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*/Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. P. 182-183.

¹⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 339, número de margem 442.

¹⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 340, número de margem 442.

²⁰ Vide ponto 1.2, Capítulo 1, Terceira Parte deste Trabalho.

²¹ Vide pontos 3.1.2, 3.1.3 e 3.2, Capítulo 3, Primeira Parte deste Trabalho.

²² Vide ponto 2.1.6, Capítulo 2, Segunda Parte deste Trabalho.

²³ Vide pontos 3.1.3 e 3.2, Capítulo 3, Primeira Parte deste Trabalho.

²⁴ Vide ponto 1.2, Capítulo 1, Terceira Parte deste Trabalho.

CAPÍTULO 2. BREVE HISTÓRICO DA NOÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL INTERPRETADA PELA DOUTRINA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A Constituição Política do Imperio do Brazil de 25 de março de 1824, outorgada pelo Imperador D. Pedro I, garantia o direito a propriedade e previa já a desapropriação previamente indenizada, cujos casos deveriam ser estabelecidos por lei, conforme previsão do art. 179, XXII e art. 133, V.²⁵ Em 1891, após a Proclamação da República dos Estados Unidos do Brasil, aparece a primeira Constituição Republicana. Esse texto constitucional, no artigo 72 da referida Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional de 03 de setembro de 1926²⁶, garante a propriedade privada, em sintonia com o momento do constitucionalismo internacional, restringindo-se a impor ao Estado limitações ao seu poder.

A Constituição estabelece uma “Declaração de Direitos”, que foram particularizados no art. 72, garantindo a consciência religiosa, a expressão do pensamento, as liberdades individuais, a propriedade e a vida humana. E, como já referiu Ruy Barbosa²⁷: “Cada uma dessas disposições é uma lei, uma lei constitucional, inviolável a todos os poderes, estaduais ou nacionais.” O autor esclarece que a Constituição Imperial do Brasil já dispunha nos trinta e cinco parágrafos do seu art. 179 de uma copiosa e liberal declaração de direitos, o grande avanço alcançado pela Constituição de 1891 em relação à Constituição de 1824 – e às demais Constituições monárquicas até então – foi atribuir a proteção desses direitos aos tribunais.²⁸

Posteriormente, com o advento da noção de Estado Social, influenciadas pelas ideias de justiça social, aparecem as primeiras Constituições a abarcar a ideia de função social da

²⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis

V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.

²⁶ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indemnização prévia.

²⁷ BARBOSA, Ruy. *Comentarios á Constituição Federal Brasileira*. I Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932. P. 189.

²⁸ BARBOSA, Ruy. *Comentarios á Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 175-176.

propriedade: a Constituição Mexicana de 1917, seguida pela Constituição Alemã de Weimar de 1919.²⁹ O anteprojeto da Constituição brasileira de 1934 foi buscar o conceito de propriedade, no art. 153 da Constituição de Weimar. Não falemos, entretanto, dos socialistas, que buscaram a abolição da propriedade privada, pelo menos em relação aos meios de produção. O anteprojeto não se alistou ao socialismo, ao contrário, ele proclamou e garantiu a propriedade privada. E apenas considerou que a propriedade tem uma função social, que compete a lei regular.³⁰

O anteprojeto é todo harmônico na sua ordem econômica e social, não aboliu a propriedade, ao contrário, a garantiu. Mas preferiu seu conceito dinâmico ao seu conceito estático. Não há razão social ou moral, que possa conferir ao proprietário inerte e economicamente inútil do solo um privilégio sobre “o espírito empreendedor ou o braço robusto”, que transforma em benefícios para a sociedade a terra inculca de que o outro se apoderou, e que deveria ser comum. A ideia é que se reconheça, no período atual da civilização, a propriedade da terra, mas que não lhe dê preferência sobre os produtos do trabalho.^{31 32}

Sem dúvida, a tônica da Constituição de 1934 recaiu sobre o Estado Social. O novo pacto, sobre declarar a inviolabilidade do direito à subsistência, já não mantinha como as constituições anteriores o direito de propriedade em toda sua plenitude, senão que ao garanti-lo assinalava que ele não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo, sujeitando-se, desse modo, às limitações que a lei determinasse³³. Sob essas influências a noção de função social da propriedade foi inserida na Constituição Federal de 1934, no seu art. 113.³⁴

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 62.

³⁰ MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Volume II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. P. 218.

³¹ MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Volume II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. P. 230-231.

³² Em sentido similar, o usucapião de cinco anos foi estabelecido, como reconhecimento da sociedade ao trabalho produtivo e benfeitor que transformou em utilidade social a terra baldia e, do estado de abandono em que ela se encontrava, fez, para benefício de todos, surgir a riqueza. “Era justo que a sociedade conferisse esse prêmio ao trabalho activo, e punisse, com a perda do domínio, o proprietário descuidado ou preguiçoso, que esterilizava, com a sua incapacidade, a terra nutriz e fecunda.” (MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Volume II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934. P. 232.)

³³ BONAVIDES, Paulo; Paes de Andrade. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. P. 326.

³⁴ Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: (...)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou o colectivo, na fórmula que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade publica far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indemnização. Em caso de imminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito a indenização ulterior.

Assim, tem-se a inserção na Constituição de um princípio que não interfere diretamente na garantia ao direito de propriedade, no entanto, estabelece a possibilidade de restrição a esse direito – caso não atendidos certos requisitos legais. A esse respeito, esclarece Pontes de Miranda, quando comenta o artigo 115 da Constituição de 1934³⁵: “*as liberdades fundamentais precisam ser mantidas. O Estado contemporâneo tem de consagrá-las. É Estado liberal, sem ser liberalista. Mas só a socialização progressiva pode salvar a liberdade.*”³⁶ Nesse sentido, esclarece José Afonso da Silva que o princípio social da propriedade “*transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la.*”³⁷

Pontes de Miranda, em seus comentários a CF/34, destaca que a garantia constitucional da propriedade passou a ser assegurada só como *instituição*³⁸, o que torna imprestáveis as doutrinas e a jurisprudência elaboradas sob a CF/1891. Assevera que o texto de 1934 se encontra entre socialdemocrático e fascista (compromisso entre esquerdas e direitas), sendo que a fonte não está em Paris nem em Whashington, mas em Weimar.³⁹ Ressalta que a propriedade passou na Constituição de 1934 por profunda transformação, a qual ainda não teriam se habituado os juristas, propensos a consultar apenas o Código Civil, em se tratando de direito de propriedade. Aduz que o art. 113, inciso 17 da CF/34 estabelece na primeira parte que o direito de propriedade *não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo*⁴⁰, deste modo decompondo-se em dois preceitos, a que correspondem duas garantias constitucionais diferentes, quais sejam: é garantido o direito de propriedade na forma que a lei determinar, isto é, só se garante a instituição; e o direito de propriedade não pode ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Afirma que a segunda proposição não é a letra do art. 153, alínea 3ª da Constituição alemã – que diz que a propriedade impõe obrigações e o seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço para o mais alto interesse

³⁵ Art. 115. A ordem economica deve ser organizada conforme os principios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existencia digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Parapho único. Os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do paiz.

³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan Ltda, 1937. P. 300.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. P. 250.

³⁸ A noção de direito de propriedade privada como mera instituição – ou garantia institucional – não nos parece adequada, pelos motivos que serão expostos no ponto 2.1.6, Capítulo 2, Segunda Parte deste Trabalho.

³⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan Ltda, 1937. P. 183.

⁴⁰ Reconhece-se aqui uma clara relação com o texto constitucional alemão, ao imputar ao proprietário, além de uma garantia, uma obrigação. Nesse sentido, além da competência ou esfera positiva de atuação para o proprietário, garantida pelo direito de propriedade, até então, passa a ser reconhecida também uma competência ou esfera negativa de atuação ao proprietário, que não pode ser exercida contra o interesse social ou coletivo. Vide ponto 1.2., Capítulo 1 da Terceira Parte deste Trabalho, em que são analisadas as interpretações acerca da função social.

jurídico -, mas se inspirou sim no art. 153, alínea 3ª da Constituição alemã. Destaca que o art. 113, 17), 1ª parte da CF/34 vai além e não vai: não vai além, porque usou da forma negativa – “não poderá ser exercido...” – e vai além, porque constitui preceito aplicável por si, - ao contrário da regra alemã, simples preceito programático -, e porque o interesse *social* ou *coletivo* é mais que o interesse comum. Assevera que na Alemanha o preceito vale para o juiz como interpretativo e para o legislador como roteiro, enquanto no Brasil, é preceito imperativo para o juiz, uma vez que constitui regra de direito material cogente inserida na Constituição.⁴¹

Pontes de Miranda refere que como e até que ponto o direito de propriedade há de ser exercido só se pode saber lendo-se todas as leis de direito público e de direito privado, focando-se o campo deixado pelos deveres impostos à propriedade, tudo que o interesse social e coletivo, apontados pelas leis, permite. Esclarece que⁴²:

Tal concepção é nova para nós, que vínhamos de outro clima político-social, bem diferente daquele em que mergulhamos, após a Ditadura de 1930-1934, através dos textos alemães. Toda citação de jurisprudência norteamericana, como se soía fazer ao tempo da Constituição de 1891, já constitui anacronismo inoperante, algo de cadaverizado e de putrescente. Bem ou mal entendam os juizes que andou a Constituição de 1934, eles nenhum poder tem contra ela. Só há um poder contra os artigos 113, 17), 115 e outros mais, - o que se aponta no art. 178, ou o Povo, em retomada do poder estatal, quer dizer – em revolução.

Na Constituição de 1937, o art. 122, 14⁴³, foi inserido que: “O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício”. E, na Constituição de 1946, no art. 141, §16⁴⁴, foi acrescentado que a indenização, além de prévia, deveria ser “justa” e “em dinheiro”, além de reinserido o “interesse social” e assegurado que: “Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da

⁴¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan Ltda, 1937. P. 185.

⁴² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan Ltda, 1937. P. 186-187.

⁴³ Art 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;

⁴⁴ Art 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.

propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.”

Ocorre que a Emenda Constitucional nº. 10 de 1964, alterou a redação do referido parágrafo⁴⁵ – incluindo uma ressalva, relacionada ao “interesse social”⁴⁶ –, que remetia ao art. 147⁴⁷, também incluindo pela referida emenda constitucional, que dispunha que o uso da propriedade seria “condicionado ao bem-estar social” e que a lei promoveria “a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos”.⁴⁸

A questão política que teria envolvido a questão na época, foi trazida por José Crettela Júnior, que refere que, em 1º de maio de 1946, perante a Comissão Constitucional, o Senador e Professor Ferreira de Souza teceu as seguintes considerações a respeito do tema:

Se há um conceito que vem sofrendo, nos últimos tempos, certas modificações aceitas por todos aqueles que se preocupam com os problemas de justiça social, é o da propriedade. Não estamos mais nos velhos tempos da propriedade quiritária, nem naquelas em que ela se definia como o direito de usar, gozar e abusar de uma coisa qualquer. Foram-se os tempos, a época em que a propriedade era considerada um atributo individual, destinado à satisfação de prazeres ou necessidades individuais. Hoje sociólogos e juristas estão de acordo em que a propriedade, se não era uma necessidade social, tem agora essa função. Sem se atentar nessa feição

45 § 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, com a exceção prevista no § 1º do art. 147. 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.

⁴⁶ Ressalva esta que criou uma diferenciação entre a desapropriação até então entendida e a desapropriação por função social. Questão que será melhor apresentada no ponto 2.2.2, Capítulo 2 da Terceira Parte do Trabalho.

⁴⁷ Art 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.

§ 2º A lei disporá, sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.

§ 6º Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

⁴⁸ Aqui é realizada, pela primeira vez, na esfera constitucional brasileira, a conexão entre a obrigação decorrente da função social e a reforma agrária, como forma de garantir justiça social e reduzir as desigualdades sociais. Tal conexão vai influenciar a restrição dos tipos legais constitucionais da propriedade e da função social realizada, novamente, na CF/88. *Vide* ponto 2.3.2, Capítulo 2, Terceira Parte deste Trabalho.

social, ela se tornaria instituto quase injustificável (...).⁴⁹

A Constituição de 1967, no artigo 150, § 22⁵⁰, por sua vez, ao garantir o direito de propriedade, manteve a ressalva em relação ao interesse social. Agora, remetendo-se ao §1º do art. 157⁵¹, que indica a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica - que tem a finalidade de realizar a justiça social.

Posteriormente, através do Ato Institucional n.º. 9, de 1969, a redação dos parágrafos 1º e 5º foi ainda alterada⁵². Através dele, foi retirada a exigência de indenização prévia para o caso de desapropriação por interesse social e foi aumentada a competência presidencial para decidir acerca da questão.

Pontes de Miranda, em seus comentários à CF/67, assevera que, por mais que o conceito de bem-estar social seja consideravelmente amplo, ele serve de pauta constitucional

⁴⁹ SOUZA, Ferreira de. *Revista de direito administrativo*, 29:6, nota 5, apud CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. P. 188-189.

⁵⁰ Art 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.

⁵¹ Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...)

III - função social da propriedade;

(...)

§ 1º - Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, 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.

§ 2º - A lei disporá sobre o volume anual ou periódico das emissões, sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º - A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei.

§ 4º - A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º - Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros, de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

§ 6º - Nos casos de desapropriação, na forma do § 1º do presente artigo, os proprietários ficarão isentos dos impostos federais, estaduais e municipais que incidam sobre a transferência da propriedade desapropriada.

⁵² § 1º - Para os fins previstos neste artigo a União poderá promover a desapropriação da propriedade territorial rural, mediante pagamento de justa indenização, fixada segundo os critérios que a lei estabelecer, em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, 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. (...)

§ 5º - O Presidente da República poderá delegar as atribuições para desapropriação de imóveis rurais, por interesse social, sendo-lhe privativa a declaração de zonas prioritárias.

à obra legislativa e está implícito no conceito de “função social da propriedade”⁵³ O direito brasileiro sempre apresentou limitações ao uso da propriedade, explicitadas no Código Civil. No entanto, uma coisa é o limite ao uso, elaborado *milennariamente*, ou sob a inspiração das regras de vizinhança; outra coisa é o limite que não precisa do elemento conceitual da vizinhança ou sequer de proximidade. Bem-estar social é um conceito mais vago que o conceito de vizinhança.⁵⁴ ⁵⁵Adverte, entretanto, que esse conceito não dá arbítrio ao legislador, para que este, invocando o bem-estar social, limite o uso da propriedade. O dispositivo constitucional não referiu que a lei poderia limitar o uso da propriedade. Fixado o conteúdo do direito de propriedade, sabe-se até onde vai sua usualidade.⁵⁶ O que se infere dele é que o uso da propriedade há de ser compossível com o bem-estar social, sendo contra o bem-estar social, tem de ser desaprovado.⁵⁷

No entanto, lembra o autor que tal regra jurídica não é apenas programática⁵⁸. Afirma inclusive que quem viesse a sofrer prejuízo em razão do *usus* de outrem - ferindo ou ameaçando o bem-estar social -, poderia invocar o artigo constitucional, inclusive para as ações cominatórias. Refere ainda que, com muito mais razão, o legislador, percebendo que as leis penais, civil e administrativa não explicitam, suficientemente, as espécies de ofensa ao bem-estar social, pode e deve explicitá-las.⁵⁹ Entretanto, a invocação de tal artigo constitucional não basta para que as regras jurídicas elaboradas pelo legislador escapem ao

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200) 2 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. P. 46-47.

⁵⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200) 2 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. P. 46-47.

⁵⁵ O direito de propriedade sempre esteve sujeito ao interesse social, inicialmente de grupos aparentados e depois à sociedade toda. “Embora muitos intérpretes medievais e modernos do Direito romano tenham identificado como característica preponderante do direito de propriedade em Roma o absolutismo, isto não pode admitir nem em sua época mais primitiva (...) desde o início do processo de civilização da sociedade romana pode se observar a clara submissão do exercício da propriedade ao interesse social.” (PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. P. 218.)

⁵⁶ Quando Pontes refere que o “uso” da propriedade está condicionado ao “conteúdo” do direito de propriedade, no direito brasileiro, verifica-se o condicionamento da limitação ao direito de propriedade à utilidade relacionada ao bem comum a ser dada ao direito, quando da determinação do “conteúdo” do direito de propriedade pelo legislador. O mesmo ocorre quando o texto alemão refere que o “conteúdo” do direito de propriedade será “limitado” pela obrigação social. Em outras palavras, em ambos os casos, quando da passagem do enunciado normativo que garante a propriedade privada, do tipo amplo legal – razões *a priori* - para o tipo restrito legal – razões definitivas – a ponderação deve estar baseada, necessariamente, no conflito entre o direito de propriedade privada e os interesses sociais e bens coletivos garantidos pela função social. *Vide* ponto 4.2, Capítulo 4, segunda Parte e 1.2, Capítulo 1, Terceira Parte deste Trabalho.

⁵⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200) 2 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. P. 46-47.

⁵⁸ A função social da propriedade não poderia ser programática, uma vez que a estrutura do direito de propriedade pressupõe o cumprimento do encargo, qual seja a função social da propriedade. Acerca da estrutura dos direitos fundamentais e da interpretação da função social *vide*, respectivamente, Capítulo 4, Segunda Parte e ponto 1.1, Capítulo 1, Terceira Parte deste Trabalho.

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200) 2 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. P. 47.

controle judicial. Na medida em que a intervenção do Estado é subordinada à condição de existir, de fato, ainda que *in abstracto*, dano ao bem-estar social. A fundamentação da lei pode mostrá-lo e, se não mostra, tem que se procurar a *ratio*. De qualquer forma, o julgador pode indagar o que é que o legislador considerou como ofensa ao bem-estar social e a suficiência dessa alegação para a legitimidade da edição de regras jurídicas.⁶⁰

A fim de regular a função social da propriedade estabelecida constitucionalmente, foram editadas leis infraconstitucionais. Passa-se a breve apresentação de tal legislação.

2.2. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ANTES DE 1988

Em 30 de novembro de 1964 foi promulgada a Lei n.º. 4.504, que dispõe sobre o Estatuto da Terra, e “regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola” (art. 1º). E essa lei, no art. 2º, § 1º, estabelece os requisitos necessários ao atendimento da função social da propriedade da terra.^{61 62}

E, ainda, referida lei prevê, no seu artigo 47⁶³, a tributação progressiva da terra, como forma de desestímulo ao exercício do direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra.⁶⁴

⁶⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200) 2 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. P. 47.

⁶¹ Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

⁶² O art. 186 da Constituição Federal de 1988 exigirá requisitos semelhantes:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

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.

⁶³ Art. 47. Para incentivar a política de desenvolvimento rural, o Poder Público se utilizará da tributação progressiva da terra, do Imposto de Renda, da colonização pública e particular, da assistência e proteção à economia rural e ao cooperativismo e, finalmente, da regulamentação do uso e posse temporários da terra, objetivando:

- I - desestimular os que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra;
- II - estimular a racionalização da atividade agropecuária dentro dos princípios de conservação dos recursos naturais renováveis;

- III - proporcionar recursos à União, aos Estados e Municípios para financiar os projetos de Reforma Agrária;

- IV - aperfeiçoar os sistemas de controle da arrecadação dos impostos.

⁶⁴ A Constituição Federal de 1988, em seu art. 182 retomará essa questão:

Em 31 de março de 1965 foi editado o Decreto n.º. 55.891, a fim de regulamentar a Reforma Agrária e a Política Agrícola previstas no Estatuto da Terra. O Estatuto da Terra, constante da lei n.º. 4504, de 30.11.1964 caracteriza-se por fixar os princípios e as definições do direito agrário, dispondo principalmente sobre: reforma agrária, fundiária e agrícola; zoneamento e cadastro dos imóveis rurais; política de desenvolvimento rural; colonização; contratos agrários de arrendamento rural e parceria; uso da terra pública, inclusive prevendo o usucapião especial chamado pro labore; cooperativismo. Este estatuto teve grande repercussão e foi ampliado e aperfeiçoado por leis posteriores. A última ordenação normativa sobre reforma agrária foi editada com a Lei n.º. 8629, de 25.02.1993.⁶⁵

2.3. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988, ao disciplinar o regime jurídico da propriedade como direito fundamental, estabelece no seu art. 5º, inciso XXII, a garantia ao direito de propriedade e no inciso XIII que a propriedade atenderá a sua função social.^{66 67}

Ainda, na Constituição Federal de 1988 a função social da propriedade é colocada como princípio da ordem econômica, estabelecendo-se critérios para que se considere que os imóveis urbanos e rurais cumpram sua função social. Nesse sentido, também como Princípios Gerais da Atividade Econômica, foram garantidas a propriedade privada e a função social da propriedade, conforme o disposto no art. 170, inciso II da CF/88. Quando a Constituição trata

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

⁶⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 471.

⁶⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;

⁶⁷ O atendimento da função social da propriedade exigida no inciso XIII está relacionado com o atendimento dos requisitos constantes nos artigos 182 e 186 da Constituição Federal.

da política urbana no Capítulo II do título VII, novamente se refere a função social da propriedade, nos artigos 182 e 183. E, quando a Constituição trata da Política agrícola e fundiária e da reforma agrária, no Capítulo II do Título VII, faz remissão a função social da propriedade em vários dispositivos legais – artigos 184 a 186.

José Cretella Júnior⁶⁸ ao comentar o direito à propriedade, afirma que: “*Antes a propriedade tinha um sentido nitidamente INDIVIDUAL, exclusivo; hoje a propriedade tem um sentido SOCIAL. A expressão “destinação social” opõe-se à expressão “destinação individual”*”. Refere que, em nossos dias, a destinação social da propriedade põe-lhe em relevo um traço que inexistia na propriedade romana. Afirma que se a propriedade foi considerada até fins do século XVIII, como um direito subjetivo do proprietário e, nos dois últimos séculos, passou a ter uma função eminentemente social⁶⁹. E ainda buscando fundamentar suas alegações, refere o autor, remetendo-se aos Comentários à Constituição Brasileira de 1946, de Carlos Maximiliano:

Que o homem possua como seus, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à de sua família, mesmo os que constituem economia para o futuro”, sustentou o Senador Ferreira de Souza, quando se discutia a redação da futura Constituição de 1946, “é perfeitamente lógico, mesmo de direito natural, mas, além desse mínimo, ou a propriedade tem uma função social, ou seu proprietário a explora ou mantém, dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, para o enriquecimento geral, ou ela não se justifica. Superpondo, porém, o bem comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não são, daquelas cujo domínio absoluto chega a representar um acinte (uma provocação) aos outros homens⁷⁰”

Pinto Ferreira⁷¹, em sentido oposto, ao analisar a Constituição Federal de 1988, rebatendo a ideia de que o direito de propriedade seria uma mera garantia constitucional “por

⁶⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. P. 186-189.

⁶⁹ Para embasar tal afirmação, José Cretella Júnior cita Augusto Comte, Léon Duguit – que ressalta que a propriedade individualista vai perdendo, aos poucos, o caráter absoluto e intangível dos primeiros tempos para tornar-se uma situação objetiva, constituída, antes de tudo, dos deveres impostos aos proprietários, cujas prerrogativas estão condicionadas à satisfação desses deveres e que devem cair, entretanto, diante da utilidade pública, entendida em sentido amplo – Rascoe Pound, Melo Franco, Arnaldo Medeiros da Fonseca, Waldemar Ferreira, Cunha Barreto, Cunha Vasconcellos, Brandão Cavalcanti, Carlos Medeiros Silva. (*apud* CRETILLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. P. 186-189.)

⁷⁰ MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. P. 102-103.

⁷¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º vol. Arts. 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 102-103.

sua essência limitada”⁷², afirma que o conceito de propriedade na Constituição vigente é bem amplo. No direito civil é o direito de usar, gozar e dispor de uma coisa. No direito constitucional o conceito é mais amplo, representando um direito de conteúdo econômico-patrimonial. A garantia do direito de propriedade não se limita por consequência ao direito real, mas também incide nos direitos pessoais, de fundo patrimonial. A tutela jurídico-constitucional rege a propriedade não só como instituição jurídica ou manifestação do direito objetivo, mas também como direito subjetivo da pessoa⁷³. O direito de propriedade é garantido, mas deve atender à sua função social.⁷⁴

2.4. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL APÓS 1988

Ainda, relacionado à matéria, após a Constituição de 1988, houve a edição da Lei n.º 8.629 de 25 de fevereiro de 1993, em relação ao imóvel rural; e da Lei n.º 10.257/2001, em relação ao imóvel urbano. A primeira dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. E a segunda instituiu o Estatuto da Cidade, ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana.

A reforma agrária não quer dizer simples distribuição de terras. Ela objetiva fundamentalmente aumentar a produção, gerando alimentos e matérias-primas que se originam da agricultura e do campo, valorizando o homem e adotando medidas de proteção ao meio ambiente. A Constituição atual não especifica o que seja propriedade produtiva. Ela criou duas espécies de propriedade rural, uma genérica e não qualificada e outra especial, subdividida em três grupos: pequena propriedade, média propriedade e propriedade produtiva. As três espécies de propriedades qualificadas criadas pelo art.185 são excluídas de desapropriação, insuscetíveis de desapropriação.⁷⁵

A Lei n. 8629, de 25.02.1993, no seu art.6º, define a propriedade produtiva: “Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente”. A lei em apreço também explicita os graus de

⁷² Questão a ser analisada no ponto 2.1.6, Capítulo 2, Segunda Parte.

⁷³ Adepto da teoria subjetiva, exemplificada no item 3.1.2., Capítulo 3, Primeira parte.

⁷⁴ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º vol. Arts. 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 102-103.

⁷⁵ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 491

eficiência e utilização (art.6º, §§ 1º a 8º).⁷⁶

A função social da propriedade no direito brasileiro sob a vigência da Constituição de 1988, e a sua aplicação serão analisadas de forma mais detalhada na terceira parte desse trabalho⁷⁷. Neste momento, bastava a apresentação da evolução constitucional e legislativa acompanhada de breve análise doutrinária, suficiente a demonstrar as divergências que podem ser suscitadas em relação à interpretação da questão.

2.5. PARALELOS LEGAIS

Como se pôde ver, o cerne da doutrina liberal era o livre desenvolvimento da personalidade e a autonomia privada. O objetivo principal do Estado era a garantia dos direitos individuais, que visavam assegurar a liberdade e a igualdade. Essa liberdade e igualdade, no entanto, eram asseguradas apenas juridicamente, uma vez que não se evidenciava nesse momento uma preocupação direta com a promoção do efetivo exercício fático dos direitos de liberdade e de igualdade.

O problema do liberalismo, portanto, residia no fato de que a liberdade e a igualdade eram meramente formais, na medida que existiam apenas “perante a lei”. Com o advento do Estado Social, o Estado, além de atuar de forma negativa, passou a atuar também de forma positiva, para conter as desigualdades e promover, assim, de maneira efetiva, o livre desenvolvimento da liberdade humana, a partir da constitucionalização, além dos direitos de liberdade (ou defesa) antes previstos, os direitos sociais, econômicos e culturais. O Estado passou a ter como finalidade não apenas defender o exercício dos direitos de liberdade contra interferências (Estatais ou de terceiros), mas também promover condições propícias ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, a partir de uma busca de maior igualdade fática, a partir da garantia dos direitos sociais.

Assim, as ideias de autonomia real e da garantia de um bem estar mínimo da pessoa justificam a inclusão de direitos e ações estatais positivas, de caráter prestacional amplo, no rol dos direitos fundamentais.⁷⁸ Em relação ao direito de propriedade, essa garantia e ações positivas do Estado deu-se a partir da inclusão da obrigação do cumprimento da função social. Reconhecendo-se, portanto, que para quem não possui propriedade ou não pode ter esperança

⁷⁶ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 491.

⁷⁷ Vide Ponto 2.1 e 2.3.2, Capítulo 2, Terceira Parte deste Trabalho.

⁷⁸ Nomenclatura usada por Robert Alexy. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 433 e seguintes.

de possuí-la, de nada adianta a garantia da propriedade perante a lei.⁷⁹

No Brasil, o art. 5º, §1º da CF/88 garante aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais, sendo que o direito de propriedade e a função social aparecem ambos como incisos do art. 5º (XXII e XXIII). E, apesar de um se relacionar, precipuamente, a uma atuação negativa do Estado – o direito de propriedade, entendido como direito de liberdade – e o outro a uma atuação positiva do Estado – função social, entendida como uma restrição ao direito de propriedade condicionada à promoção de direitos sociais, econômicos e culturais – não se trata unicamente de direitos ou interesses opostos que devem ser equilibrados, mas também de direitos que se complementam, na medida em que visam o desenvolvimento da dignidade humana.⁸⁰

A natureza jurídica desses enunciados normativos que representam direitos fundamentais depende das opções políticas e da base dogmática de cada ordenamento jurídico. Como normas de direitos fundamentais, tanto a propriedade quanto a função social, podem ter a natureza jurídica de regras ou de princípios.⁸¹ O constituinte alemão optou pela normatização dessas normas, na forma de princípios, não estabelecendo maior detalhamento em nível constitucional, o constituinte brasileiro, em sentido diverso, já estabeleceu esse detalhamento no próprio texto constitucional, ao restringir os tipos legais, e estabelecer regras.

Nesse sentido, como se observa dos textos legais apresentados, o art. 2º da Lei nº. 4.504/64 - que dispõe sobre o Estatuto da Terra e trata da Reforma Agrária -, estabelecendo os requisitos necessários ao atendimento da função social, e o art. 47 da mesma lei, que prevê a tributação progressiva da terra como forma de desestímulo ao descumprimento da função social da propriedade, foram retomados nos artigos 186 e 182, respectivamente, da CF/88. Houve assim, com o advento da CF/ 88, a constitucionalização de tais pormenorizações, antes apenas estabelecidas pela legislação infraconstitucional.

A CF/88, além de exigir o atendimento da função social da propriedade, quando garante o direito fundamental à propriedade privada, no seu art. 5º, XIII – como já ocorria nas Constituições anteriores -, passou a dispôr especificamente sobre a questão. Abarca no texto constitucional também a forma em que deve se dar o cumprimento da função social da propriedade, que antes era prevista apenas pela legislação infraconstitucional, tanto no que se refere à política urbana (art. 182 e 183), quanto no que diz com a política agrícola e fundiária

⁷⁹ Nesse sentido, Böckenforde, já referia que liberdade sem os meios mínimos, é uma “fórmula vazia” (BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución*. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luíz Requeijo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. P. 76-83.)

⁸⁰ Como se verá de forma mais aprofundada na Segunda parte deste Trabalho.

⁸¹ Adota-se a teoria de Robert Alexy, conforme trabalhado no Capítulo 4 desta Primeira Parte do Trabalho.

e com a reforma agrária (art. 184 a 191).

Uma análise mais detalhada a respeito do contexto em que se deu essa restrição do tipo legal constitucional desses enunciados na CF/88 é o objeto de estudo da Terceira Parte deste trabalho.⁸² Neste momento bastava a apresentação da evolução da questão no direito alemão e brasileiro.

Adianta-se, entretanto, que a posição defendida no presente trabalho é que a função social se trata de uma restrição ao direito de propriedade, que visa assegurar justiça social – a partir da promoção de direitos econômicos, sociais e culturais. Essa restrição deve ser analisada, portando, conjuntamente e de forma complementar, ao direito de propriedade, entendido, precipuamente, como um direito subjetivo, que garante a criação pelo Estado de competências ao exercício desse direito. Parte-se de um equilíbrio *a priori*, da competência positiva garantida pelo direito de propriedade – a garantia do direito de propriedade, na forma que a lei determinar - e da competência negativa exigida pela função social. Esse equilíbrio *a priori* é garantido pelo próprio texto constitucional brasileiro, que estabelece ambos os enunciados como incisos do art. 5º da CF/88 (incisos XXII e XXIII), o que também pode ser visualizado no art. 14, frases 1 e 2 da Lei Fundamental alemã.

Ainda, ressalte-se que ambos os direitos, tanto os de defesa – que visam garantir uma liberdade, como o exercício do direito de propriedade - como os de prestação – mais especificamente os direitos de prestação em sentido estrito⁸³, ou direitos econômicos, sociais e culturais, a serem garantidos a partir das obrigações decorrentes da função social – na sua esfera objetiva (garantida juridicamente), devem ser entendidos de uma forma que garanta sua realização da forma mais ampla possível.⁸⁴ Nesse sentido, a adoção de uma teoria externa de restrições, desenvolvida por Robert Alexy, que garante um tipo legal amplo ao direito fundamental e a necessidade de justificação das intervenções⁸⁵, mostra-se a mais adequada.⁸⁶

Considera-se que regulamentar ou especificar é restringir o direito, e que todas as normas constitucionais que expressam princípios (como as constantes nos incisos XXII e XXIII do art. 5, da CF/88), ainda que possuam eficácia plena⁸⁷, são passíveis de restrição,

⁸² Vide Pontos 2.1 e 2.3, Capítulo 2, Terceira Parte do Trabalho.

⁸³ Nomenclatura usada por Robert Alexy.

⁸⁴ Reconhece-se uma obrigação de otimização exigida pelos princípios constitucionais que estabelecem direitos sociais, de modo que o objetivo prescrito deve ser perseguido de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, e não segundo o tudo-ou-nada característico das regras. (LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 141-142.)

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 276 e seguintes.

⁸⁶ Vide Capítulo 4, Segunda Parte deste Trabalho.

⁸⁷ Garantida pelo §1º do art. 5º da CF/88.

como ocorreu no caso brasileiro, pelo próprio Constituinte (art. 182 e 186 da CF/88). Entretanto, em caso de incerteza acerca da premissa que ensejam a restrição, deve ser priorizada a premissa mais favorável ao direito fundamental. A isso diz respeito a lei de ponderação, segundo a qual, havendo colisão de princípios, quanto maior o grau de não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro.⁸⁸ Esse elo de ligação entre o tipo legal amplo e restrito é, portanto, a ponderação, e é isso que permite que se analise a proporcionalidade, e nessa medida, a correção do juízo realizado pelo constituinte brasileiro.

Em razão da teoria externa, todas as normas que expressam direitos fundamentais sob a forma de princípios podem sofrer alguma restrição por norma legal, que seja proporcional. As normas como princípios podem ser objeto de maior concreção e detalhamento pelo legislador, que regulamenta e até restringe o conteúdo do direito expresso *prima facie* como princípio, o que permite um exame da proporcionalidade da medida no caso concreto. A Lei Fundamental alemã estabeleceu a propriedade e a função social, no art. 14 frases 1 e 2, sob a forma de princípios, o mesmo se deu na CF/88, no art. 5º, incisos XXII e XXIII, no entanto, o constituinte brasileiro, mais adiante no próprio texto constitucional – art. 182 e 186 – estabeleceu regras disciplinando esses princípios. E, no caso de direitos fundamentais de natureza de regra, a aplicação não ocorre por ponderação, mas por subsunção, salvo caso concreto ou derrotabilidade da regra, em que há uma margem para ponderação.⁸⁹

Assim, tem-se que no Brasil, o direito de propriedade e a função social foram conferidos como direitos fundamentais de aplicação imediata, inclusive no sentido de garantir direitos sociais, econômicos e culturais (art. 5º, XXII e XXIII e §1º da CF/88), vinculando, portanto, a atuação dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Nesse sentido, caso não esteja sendo garantida a eficácia desses direitos, a partir de uma interpretação conforme os direitos fundamentais pelos tribunais, pode ser conferida a maior eficácia possível. Reconhece-se, portanto, que tanto direitos fundamentais que visam garantir direitos de defesa quanto direitos sociais, com a imposição de deveres correlatos, não podem ser entendidos como normas sem eficácia, porque são direitos subjetivos.

Nesse sentido, se faz necessário introduzir alguns esclarecimentos teóricos acerca do

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 94-103.

⁸⁹ Aplica-se a regra de precedência, segundo a qual o nível das regras tem primazia em face do nível dos princípios, a não ser que razões para determinações diversas daquelas definidas no nível das regras sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 140-141.)

conceito de direito subjetivo e de sua relação com o conceito de direito fundamental. Para tanto, inicia-se com uma explanação acerca das teorias objetivas e subjetivas do direito.

CAPÍTULO 3. PRESSUPOSTOS DOGMÁTICOS À IDEIA DE FUNÇÃO SOCIAL

3.1. TEORIAS OBJETIVAS E TEORIAS SUBJETIVAS

Serão apresentadas as teorias objetivas e subjetivas, porque ao desenvolver o tema, constatou-se que as grandes divergências de interpretação relacionadas com a ideia de função social da propriedade, em parte, estão ligadas com a adoção – a meu ver, equivocada, porém, muito difundida na doutrina brasileira⁹⁰, como visto no capítulo anterior - da tese de Leon Duguit, que entende que, a obrigação da função social, transforma o direito de propriedade em um direito-função. Para tanto, parte-se da apresentação das teorias objetivas, que buscavam a superação do dualismo entre Estado e indivíduo, fortemente vinculado ao liberalismo, atacando a ideia de que existiriam direitos inerentes ao homem e prévios à instituição do Estado. Entre as teorias objetivas serão apresentadas as teses de Leon Duguit e de Hans Kelsen.

3.1.1. Teorias objetivas

3.1.1.1. Tese de Leon Duguit

No contexto da superação do Estado Liberal e, portanto, contra as doutrinas neo-individualistas que reconhecem os direitos subjetivos individuais anteriores e superiores à toda sociedade – e pretendem que o objeto primordial de toda norma social seja o respeito da autonomia individual -, Leon Duguit afirma que considerar o homem sozinho e em si mesmo, é só ver uma parte da realidade. Esse seria o grande erro do século XVIII que só via o homem

⁹⁰ Nesse sentido, José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. P. 186-189), Melo Franco (MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Crise do direito e direito da crise*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 49, n. 142, p. 14-19, jul./ago., 1952.), Waldemar Ferreira (FERREIRA, Waldemar, *O conteúdo econômico da Constituição Brasileira de 1946*, Revista Forense, v. 46, n. 122, p. 15-22, mar./abr., 1949, n. 122. P. 17), Brandão Cavalcanti (CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A ordem econômica nas Constituições*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 122, p. 339-345, mar./abr.1949. P. 342), Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos, MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 102-103), Elisabete Maniglia (MANIGLIA, Elisabete. *Algumas reflexões sobre democracia, direitos humanos e questão agrária*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002 P. 165-173.), Cristiane Lisita Passos (PASSOS, Cristiane Lisita. *Confisco Agrário*. In *O direito agrário na Constituição*. Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda, Mário Lúcio Quintão Soares, org. e colab. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 310.), Cláudio Pacheco (PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. vol. X. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. P. 234-235.), Josué Lafayette Petter (PETTER, Josué Lafayette. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 237.) apenas para citar alguns.

abstrato. Duguit entende que o homem é um ser concreto que não pode ser separado do meio, do grupo ao qual ele faz parte, sendo que aqui apareceria o grande fato da solidariedade ou interdependência social.⁹¹

A teoria de Leon Duguit deriva do simples fato de solidariedade social o princípio de obrigação inerente à noção mesma de direito. Segundo Duguit, toda regra de conduta endereçada ao homem somente pode ser concebida se ela é fundada sobre um princípio superior ao homem; um simples fato não pode legitimar uma regra, uma lei de objetivo.⁹² Ao defender o porquê tira do simples fato de solidariedade social o princípio de obrigação inerente à noção mesma de direito, Duguit afirma que, de outra forma, seria absolutamente impossível fundar uma regra obrigatória sobre o fato social e seria impossível passar do fato social à obrigação, bem como do fato à regra de direito que implique um imperativo.^{93 94}

Assim, a obrigação não é uma obrigação que modifica a vontade substancial do indivíduo, mas uma obrigação simplesmente social, que impõe a todo indivíduo a carga de colaborador, como ele puder e na medida em que ele puder, a realizar ordem social, porque se ele não faz isso, o resultado é uma perda coletiva, um prejuízo individual e também necessariamente uma reação social. A norma dos atos individuais é a mesma da vida social, ela se impõe às células que concorrem a essa vida social, ela lhe proíbe de fazer um ato que pode a comprometer. A obrigação que resulta disso não é propriamente moral, mas somente social. Se ela é violada, ele não atenta a um princípio superior de moralidade, mas apenas ao equilíbrio do grupo social, há uma certa desordem que se traduz numa reação mais ou menos enérgica contra o violador da norma.⁹⁵

Duguit anuncia que o “fato da solidariedade social” foi posto em relevo e descrito de forma minuciosa por Durkheim no seu livro “*La division du travail social*”, 1893. O autor então parte de uma afirmação empírica não-comprovável⁹⁶, ao afirmar que: “*O fato da*

⁹¹ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 83-84.

⁹² DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 75.

⁹³ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 76.

⁹⁴ Refere que a prova disso é que ele, Duguit, para dar um fundamento ao direito, foi obrigado a apelar aos elementos que chamou de sentimentos – o sentimento de sociabilidade e o sentimento de justiça -, mas que são, na realidade, os conceitos *a priori*, de princípios superiores de pura razão. E, rebate as críticas à sua doutrina, alegando que as objeções não cabem e são inspiradas pela persistência do emprego metafísico e religioso, o qual seus oponentes não conseguem superar. (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 76.)

⁹⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Boccard, 1927. P. 82-83.

⁹⁶ Só se reconhece um sistema como empírico ou científico se ele for passível de comprovação pela experiência. O que sugere que deve ser tomado como critério de demarcação não a *verificabilidade*, mas a *falseabilidade* de um

solidariedade não ser contestada é que talvez ela não possa sê-lo: é um fato de observação que não pode ser objeto de controvérsias. Ele se reveste de aspectos diferentes segundo os países.”⁹⁷ Continua, afirmando que assim como nas sociedades modernas a solidariedade por divisão do trabalho aparece no primeiro plano, a solidariedade por semelhanças é preponderante no primeiro estado da civilização. E, desse modo, conclui que a solidariedade é um fato permanente, o elemento constitutivo irreduzível de todo grupo social.^{98 99}

Duguit rechaça a doutrina individualista, que entende que homem, enquanto homem, possui direitos que são anteriores a sociedade e que há uma regra social cujo objetivo e a finalidade consistem precisamente na proteção desses direitos naturais. Doutrina essa, pela qual se parte do direito subjetivo para elevar-se ao direito objetivo: o direito objetivo está fundado sobre o direito subjetivo. Duguit entende que essa doutrina seria insustentável, um vez que o homem natural é desde o primeiro momento social, que o homem só existe na sociedade e pela sociedade. Entende Duguit que não se pode fundar o direito objetivo sobre pretendidos direitos subjetivos que, se existem, só podem derivar da vida social e da norma que se aplica a esta.¹⁰⁰

Em síntese, para o Duguit, nunca foi demonstrado, nem poderá ser demonstrado humanamente, a passagem do direito subjetivo ao direito objetivo. E como, para ele, é impossível admitir a anterioridade do direito subjetivo ao objetivo, o autor conclui que o direito subjetivo não passa de uma ilusão, que não existe¹⁰¹.

sistema. Ou seja, exige-se que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recursos a provas empíricas em sentido negativo: *Deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico*, [o que parece não ser o presente caso]. É preciso distinguir, de uma parte, *nossas experiências subjetivas ou nosso sentimento de convicção*, que jamais podem justificar qualquer enunciado – embora possam tornar-se objetos de investigação psicológica – e, de outra parte, *as relações lógicas objetivas*, que se manifestam entre os vários sistemas de enunciados científicos e dentro de cada um deles. O termo “objetivo” indica que o conhecimento científico deve ser *justificável*, independente de capricho pessoal, ou seja, é uma justificação que pode, em princípio ser submetida a prova e compreendida por todos. (POPPER, Karl R., *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972. P. 42, 45-46.)

⁹⁷ Tradução: “*Le fait de la solidarité n’est pas contesté est à vrai dire ne peut pas l’être: il est un fait d’observation qui ne peut faire l’objet de controverses. Il revêt des aspects différents suivant les pays.*”

⁹⁸ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Bocard, 1927. P. 86.

⁹⁹ Destarte, para Duguit a força obrigatória de uma norma jurídica é uma norma que é obrigatória porque ela é social, mas que tem um caráter obrigatório particular porque a massa dos indivíduos compreende que ela se liga diretamente à solidariedade e à justiça e que ela deve ser garantida diretamente ou indiretamente pelo constrangimento social. (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Bocard, 1927. P. 142.)

¹⁰⁰ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Bocard, 1927. P. 143.

¹⁰¹ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Bocard, 1927. P. 221.

3.1.1.2. Análise da tese de Leon Duguit

Realizada a apresentação, em linhas gerais, da teoria desenvolvida por Leon Duguit, passa-se à crítica dessa teoria, desenvolvida por Jean Dabin, adepto de uma teoria subjetiva do direito. Dabin esclarece que, segundo a doutrina individualista, cuja expressão está inscrita na Declaração dos Direitos de 1789, o homem enquanto homem tem direitos que são anteriores à sociedade. Há uma regra social e seu objetivo e finalidade consistem precisamente na proteção desses direitos naturais. Assim, conclui o autor, parte-se do direito subjetivo para elevar-se ao direito objetivo. O direito objetivo está fundado sobre o direito subjetivo.^{102 103}

Jean Dabin, ao desenvolver sua teoria do direito subjetivo, refere que a negação mais radical da noção de direito subjetivo foi realizada por Leon Duguit, defendendo que não existe direito que não seja o direito objetivo; e que a ideia de um direito subjetivo, sob qualquer ponto de vista, é uma noção carente de sentido. Para Leon Duguit, todos estão submetidos ao direito objetivo.¹⁰⁴

Refere Jean Dabin que Leon Duguit não se pergunta, portanto, se o direito subjetivo pode existir separado do direito objetivo, anteriormente a ele, uma vez que, para ele, é preciso um direito objetivo, como o fundamento e o fim deste: essa questão – de filosofia social – está resolvida desde o primeiro momento a favor do direito objetivo, que é o único que pode estar na base do direito subjetivo. E, ainda, Duguit substitui o conceito de direito subjetivo pela situação jurídica ativa ou passiva, ou seja, o indivíduo está simplesmente situado em relação a regra, ativa ou passivamente.¹⁰⁵ Assim, a vida, a propriedade, a liberdade dos indivíduos, que constituem para eles bens, valores, riquezas, estão protegidos pelo direito objetivo, mas apenas enquanto os ataques contra esses valores, proibidos pelo direito objetivo, abrem a porta às vias do direito, e não como direitos subjetivos¹⁰⁶.

Jean Dabin esclarece que Duguit rechaça toda distinção, condenando do mesmo modo e pelos mesmos motivos um direito subjetivo às vias de direito, assim como as várias ações

¹⁰² DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 11.

¹⁰³ Posição defendida também pelo próprio Kelsen, como se verá no próximo ponto, e base da doutrina do caráter duplo dos direitos fundamentais, vide HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 228 a 244, números de margem 279-299.

¹⁰⁴ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 9-10.

¹⁰⁵ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 12-13.

¹⁰⁶ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 14.

que sancionam os atentados à vida ou à propriedade. Além de não haver direito à vida ou direito à propriedade, também não há nenhum direito subjetivo de persecução, de reparação, de restituição, em caso de atentado contra esses interesses. Isso porque, em numerosos casos, existem vias de direito que não implicam por si mesmas na existência de um direito subjetivo, e, sobretudo, porque um direito subjetivo de utilizar um via de direito seria inconcebível naqueles casos em que a mesma norma, princípio e suporte da vida do direito, é incapaz de dar a luz a um direito subjetivo.^{107 108}

Apresentada a teoria de Duguit e a crítica a essa teoria, passa-se a análise da teoria também objetiva do direito, mas sob pressupostos muito diversos dos apresentados por Leon Duguit, de Hans Kelsen. Kelsen pressupõe um direito subjetivo previamente ao direito objetivo. E, a partir de sua teoria pura do direito, desenvolve um método específico do conhecimento do direito, ao se preocupar com problemas da lógica. Lança, assim, as bases para o conhecimento jurídico, que, apesar de não reduzir-se à lógica, a pressupõe.¹⁰⁹

No entanto, para Kelsen, a ciência do direito deveria se restringir apenas ao conhecimento e a descrição das normas “livre de valores”. A separação entre direito e moral é o cerne de sua teoria, como passa-se a expor.

3.1.1.3. Tese de Hans Kelsen

Para Kelsen, “não há qualquer conduta que, como tal, por força do seu conteúdo, esteja excluída de ser conteúdo de uma norma jurídica”.¹¹⁰ Kelsen rechaça o dualismo entre o Estado e o Direito e a noção de que exista uma ordem subjetiva prévia à ordem jurídica objetiva, alega a ocorrência de uma contradição. Defendendo uma identidade entre o Estado e

¹⁰⁷ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 14.

¹⁰⁸ Esclarece Jean Dabin, a análise dos casos revela sempre a existência não de direitos subjetivos reconhecidos ou conhecidos, mas de situações definidas pela regra, normativa ou construtiva, e nesse sentido objetivas. No entanto, entre as situações jurídicas, que são todas objetivas nesse amplo sentido de excluir o direito subjetivo, Duguit introduz uma distinção entre situações jurídicas objetivas (em sentido estrito) e situações jurídicas subjetivas. É objetiva a situação jurídica quando derivada norma jurídica, diretamente ou por intermédio de um ato de vontade que a condiciona. A norma é geral e permanente assim como a via do direito. E, é subjetiva a situação jurídica quando é especial, particular, de uma ou muitas pessoas determinadas, e temporal, desaparecendo com a atuação que foi fraudada, com o exercício da via de direito que a sanciona. Sua extensão e seu alcance são determinados pela manifestação individual a consequência da qual nasce. Mas a situação jurídica subjetiva não equivale ao direito subjetivo. (DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 16-17.)

¹⁰⁹ Vide: KELSEN, Hans *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 141-161.

¹¹⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 221

o Direito, Kelsen sustenta que um conhecimento isento de elementos ideológicos – e nessa medida livre de toda metafísica e de toda mística – não pode derivar sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social como uma ordem de conduta humana.^{111 112}

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode ser constituída por uma ordem normativa. E tal ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que é a ordem jurídica estatal.¹¹³ O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida atrás do Estado ou do Direito. Ele é a eficácia da ordem jurídica.¹¹⁴

Kelsen defende que os direitos e liberdades fundamentais não são direitos subjetivos, e que a “proibição” de editar certas leis que ofendam a igualdade e liberdade constitucionalmente garantidas não cria qualquer dever jurídico para o órgão legislativo, mas apenas cria a possibilidade de se anular a lei inconstitucional, através de um processo especial. Afirma que o dever do Estado de respeitar a igualdade e a liberdade dos súditos apenas reflete a exigência ético-política da garantia constitucional, dirigida à ordem jurídica.¹¹⁵

Para Kelsen, direito subjetivo é um direito reflexo que se acha provido do poder jurídico - de fazer valer o não-cumprimento do dever jurídico que se identifica com o direito reflexo - e o sujeito de direito é o indivíduo a quem a ordem jurídica confere este poder.¹¹⁶ Ao se considerar que estes deveres não são estatuídos no interesse dos indivíduos que têm de receber a prestação e de fazer valer o seu não-cumprimento, e ao se admitir que é um interesse do Estado que é garantido com o estabelecimento destes deveres, isto só poderá significar – considerando-se que só os indivíduos podem ter interesses – que estes deveres são estatuídos no interesse da coletividade – ou de todos os indivíduos pertencentes à comunidade jurídica.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 315-316.

¹¹² A Teoria Pura do Direito relativiza a oposição entre Direito privado e público, que havia sido tornada como absoluta pela ciência jurídica tradicional, e transforma-a de uma oposição extra-sistemática entre Direito e Estado – ou seja, de uma distinção entre Direito e não-Direito – numa distinção intra-sistemática. E, desse modo, também decompõe e destrói a ideologia que está ligada à absolutização da oposição entre direito público e privado, como oposição absoluta entre poder do Estado e Direito, e comprova o seu caráter de ciência. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 312.)

¹¹³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 318.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 321.

¹¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 335-336.

¹¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 341.

Assim, podemos atribuir o recebimento da prestação e o exercício do poder jurídico, não à pessoa fictícia do Estado, mas aos indivíduos pertencentes à comunidade jurídica.¹¹⁷

Kelsen sustenta que um Estado não submetido ao Direito seria impensável, uma vez que o Estado apenas existe nos atos do Estado, que são postos por indivíduos e atribuídos ao Estado como pessoa jurídica.¹¹⁸ Entende que o direito objetivo é anterior ao direito subjetivo, defendendo um positivismo jurídico tal que o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirmaria sobre o seu valor moral ou de justiça. E assim, o Estado somente poderia ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito.¹¹⁹

A norma fundamental não é, portanto, o produto de uma descoberta livre e sua pressuposição não é arbitrária, na medida em que temos a possibilidade de escolha entre diferentes normas fundamentais ao interpretarmos o “sentido subjetivo” de um ato constituinte e dos atos postos de acordo com a Constituição criada por ele como seu “sentido objetivo”, ou seja, como normas objetivamente válidas.¹²⁰ Apenas quando pressupomos que devemos nos conduzir de acordo com essa Constituição concretamente determinada, é que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos, como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas a partir dessas normas como relações jurídicas.¹²¹

Kelsen indica ainda que, mesmo sustentando uma teoria objetiva do direito, entende como protegida uma esfera mínima de liberdade do indivíduo da atuação do Estado. Refere que, uma ordem jurídica, como toda ordem social normativa, só pode prescrever ações e omissões inteiramente determinadas, mas nunca pode o indivíduo, na sua existência total – na totalidade de sua conduta externa e interna, do seu agir, do seu querer, do seu pensar e do seu sentir – ter sua liberdade limitada através de uma ordem jurídica. Destaca que a ordem jurídica pode limitar mais ou menos a liberdade do indivíduo, quanto lhe dirige uma quantidade maior ou menor de prescrições, no entanto, fica sempre garantido um mínimo de liberdade, isto é, de ausência de vinculação jurídica, uma esfera de existência em que não penetra qualquer comando ou

¹¹⁷ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 342-343.

¹¹⁸ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 346.

¹¹⁹ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 353.

¹²⁰ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 224-225.

¹²¹ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 225.

proibição. Alega, entretanto, que essa esfera de liberdade inalienável não decorre de um direito inato ou natural do homem, mas da limitação técnica que afeta a disciplina positiva da conduta humana. E continua, afirmando que essa esfera apenas pode ser considerada como juridicamente garantida, na medida em que a ordem jurídica proíba intrusões nela. Nesse sentido, tem especial relevância política as chamadas liberdades constitucionalmente garantidas – o equivalente ao catálogo de direitos fundamentais.¹²²

3.1.1.4. Análise da tese de Hans Kelsen

Apresentada a tese de Hans Kelsen, passa-se a análise dessa tese, também realizada por Jean Dabin.

Alega Dabin que a doutrina de Duguit, no que diz com o objetivismo, é comparável à doutrina antissubjetivista do teórico do “normativismo” Hans Kelsen. Há, no entanto, uma diferença radical entre as duas teorias. Para Kelsen não pode haver problema de direitos subjetivos anteriores ou superiores à norma de direito objetivo, não por razões metafísicas, lógicas ou sociológicas, como alega Duguit, mas porque no plano da teoria pura do direito (*reine Rechtslehre*), separada *a priori* de tudo o que não é propriamente o direito – como teologia, moral, política, sociologia, etc. – o problema “metajurídico” é estranho à ciência do direito. O direito tomado como regra específica provido de coação, não é outra coisa que a ordem estabelecida pelo Estado. E, mais ainda, o Estado e a ordem jurídica são uma só realidade: o Estado não passa de um sistema de normas, e só há norma jurídica no Estado e pelo Estado.¹²³

Nessa medida, refere Dabin que não poderia o direito subjetivo ser concebido como prerrogativa do indivíduo, mas apenas o Estado ou a relação com o Estado, caso contrário, tal conceito seria ao mesmo tempo metajurídico e anti-jurídico, o que é nitidamente contraditório. E essa é a segunda diferença radical em relação à Duguit, para quem a regra jurídica, que se origina não do Estado nem dos governantes, mas da “grande massa dos espíritos”, e se impõe a todos, tanto aos governantes que fazem as leis quanto aos particulares.^{124 125 126}

¹²² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 48.

¹²³ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 20-21.

¹²⁴ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 21.

Percebe-se, entretanto, que tanto para Kelsen como para Duguit, os pretendidos direitos subjetivos de liberdade individual, nas numerosas aplicações desta, não podem constituir direitos subjetivos. Precisamente porque a liberdade se define justamente pela ausência de regra obrigatória, e aquele que escapa ao direito não é direito: a liberdade, que consiste em escapar das imposições da regra de direito, é um conceito jurídico puramente negativo.¹²⁷

Kelsen, ao contrário de Duguit, fala de direito subjetivo – no sentido técnico da palavra. Para Kelsen, nas condições em que a regra de direito atribui uma consequência jurídica, um indivíduo – supondo-se que tenha algum interesse – emite uma declaração de vontade que tende a produzir essa mesma consequência. De modo que o ordenamento jurídico está posto, em certo sentido, à sua disposição contra o obrigado. Como acontece na ação judicial, ou seja, de modo geral nas vias do direito e do contrato. Assim, como no contrato, a lei delegaria às partes o efeito de determinar elas mesmas o conteúdo das regras jurídicas individuais, conforme o processo de formação do direito, por graus. E, isso corresponde, pelo menos em relação ao contrato, ao caso denominado por Duguit de “situação jurídica subjetiva”.¹²⁸

Destarte, apesar de falar em direito subjetivo, Kelsen também não entende o direito subjetivo como prerrogativa. O direito subjetivo para ele é o mesmo direito objetivo no sentido de norma, com a particularidade de que, no primeiro, a norma resultante da declaração de vontade é individual e concreta, enquanto que a norma estabelecida pelo legislador é geral e abstrata. Nesse ponto, Kelsen se separa de Duguit, que fiel à concepção clássica, só admite o direito objetivo como norma geral. E, a declaração de vontade que, segundo Kelsen, gera norma individual, para Duguit, gera apenas uma situação jurídica. Ressalvada essa distinção, os autores

¹²⁵ Duguit critica a doutrina de Kelsen, no que diz com a ideia de que o Estado seria estabelecido como um sistema de normas ou expressão da unidade de um tal sistema, em que o dualismo do Estado e do direito seria inadmissível e contraditório, mesmo que se reconhecesse no Estado uma vontade. Para Duguit as proposições de Kelsen ao fundo se reduzem a dizer que os homens que exercem as funções políticas criam as regras às quais eles são submetidos, um sistema de regras de onde se segue que eles constituem o Estado, tratando-se assim de doutrina estática. (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L'État. Paris: E. Bocard, 1927. P. 103.)

¹²⁶ Kelsen, por sua vez, critica a doutrina de Duguit, para quem o costume não seria, como para Kelsen, fato produtor de Direito, com caráter constitutivo, mas teria apenas caráter declaratório, ou seja, seria apenas constatado. Kelsen afirma que tal teoria do Direito constatado pela lei ou pelo costume pode aspirar à validade somente porque e, na medida em que, é uma reprodução de um Direito preexistente. Refere que tal teoria é, no fundo, simples variante da teoria do Direito natural, cujo dualismo de um Direito criado pela natureza e um Direito criado pelo homem se reflete no dualismo do Direito produzido pela “solidariedade social” e o Direito reproduzido pela legislação ou pelo costume. Partindo-se de uma teoria jurídica positiva, que não pode aceitar a existência de uma imaginária “solidariedade social”, a função constitutiva – criadora de Direito – do costume não pode ser posta em dúvida, assim como não o pode a da lei. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 252-253).

¹²⁷ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 22.

¹²⁸ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 22.

concordam que a declaração de vontade não tem força criadora – de norma individual ou de situação jurídica – uma vez que a vontade da lei é a única causa eficiente de obrigação.¹²⁹

3.1.1.5. *Contraposições relevantes*

3.1.1.5.1. Direito subjetivo em Kelsen

É importante diferenciar Kelsen em relação à Duguit, quanto ao direito subjetivo. Kelsen, ao contrário de Duguit – que como se viu nega a existência do direito subjetivo - não nega o direito subjetivo, apenas não o aceita perante o Estado, ou seja, como um direito subjetivo público, porque não o vê como direito reflexo. Contudo, para Kelsen, uma lei que viola os direitos fundamentais, pode ser impugnada como materialmente inconstitucional.

Como referido por Luís Afonso Heck, Kelsen não reconhece a conexão necessária entre direito e moral¹³⁰, mas reconhece princípios constitucionais e direitos fundamentais.¹³¹ Kelsen defende um conceito de Constituição em sentido amplo, que contém, além das normas de organização do Estado e de criação das leis, também o catálogo de direitos fundamentais e direitos de liberdade. E, ainda, prevê uma função a esse catálogo e uma consequência jurídica para sua violação. Disso decorre que a Constituição determina que as leis além de realizarem-se pelo modo prescrito na Constituição, também não podem ter um conteúdo que viola a igualdade, a liberdade, a propriedade, e assim por diante. Além do caráter procedimental, portanto, a Constituição também tem um caráter de direito material. E a inconstitucionalidade de uma lei pode decorrer tanto de procedimento eivado de vício, quanto de um conteúdo que contradiga princípios ou diretrizes da Constituição, excedendo as barreiras por ela fixadas.¹³²

¹²⁹ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 23-24.

¹³⁰ Para Kelsen, juízos de valor (questão dos valores) e de obrigação (questão da moral) não são suscetíveis de verdade ou fundamentação racional e, por isso, não podem ser objeto de tratamento científico. Robert Alexy se opõe a essa afirmação, empregando um conceito de direito mais amplo, que inclui a solução de questões práticas. Nele, a aplicação de critérios de avaliação (valores), corresponde ao emprego de princípios, que devem ser ponderados, correspondendo o cumprimento gradual de princípios à realização gradual de valores. Além disso, há uma conexão necessária entre o direito e a moral correta, aplica-se o argumento da correção no quadro do argumento de princípio (HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 92-98.)

¹³¹ HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 86-92.

¹³² HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 87-88.

Kelsen afirma que usualmente contrapõe-se ao dever jurídico o direito como direito subjetivo, colocando-se o direito subjetivo em primeiro plano. Afirma que, no domínio do Direito, fala-se de direito e dever, e não de dever e de direito – no sentido subjetivo -, como ocorre no domínio da Moral, em que se acentua mais o dever do que o direito.¹³³ Na descrição do Direito, o direito – subjetivo – importa tanto no primeiro plano que o dever quase desaparece por detrás dele. Afirma que o entendimento da essência do direito subjetivo é dificultado pelo fato de com essa palavra serem designadas várias situações muito diversas umas das outras.^{134 135}

O indivíduo que tem o direito, isto é, aquele em face do qual a conduta há de ter lugar é apenas objeto da conduta que, como correspondente à conduta devida, está já conotada nesta. Afirma Kelsen que este conceito de um direito subjetivo que é apenas o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar ou facilitar a representação da situação jurídica. No entanto, é supérfluo do ponto de vista de uma descrição cientificamente exata da situação jurídica. Isso se revela inclusive no fato de não pressupormos um direito subjetivo reflexo em todos os casos de um dever jurídico.^{136 137}

Kelsen defende que, do ponto de vista de uma concepção que encare o Direito como norma ou sistema de normas, o direito subjetivo não pode ser um interesse - protegido pelo Direito – mas apenas a proteção deste interesse – que existe no direito subjetivo - , por parte do Direito objetivo. E essa proteção consiste no fato de a ordem jurídica ligar à violação desse interesse uma sanção, ou seja, no fato de ela estatuir o dever jurídico de não lesar esse

¹³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 144.

¹³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 141.

¹³⁵ Quando estamos perante o dever de um indivíduo de não impedir ou por qualquer meio dificultar uma determinada conduta de outro indivíduo, fala-se de tolerar ou suportar, e contrapõe-se ao dever de prestação o dever de tolerância. À conduta a que um indivíduo é obrigado em face de outro corresponde a uma determinada conduta do outro indivíduo. A conduta do outro correlativa da conduta devida do indivíduo obrigado é chamada de “direito”, como objeto de uma “pretensão” corresponde ao dever. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 141-142.)

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 143.

¹³⁷ Entende Kelsen que um direito reflexo não pode existir sem o correspondente dever jurídico. Somente quando um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta em face de um outro tem este, perante aquele, um “direito” a esta conduta. O direito reflexo de um consiste apenas no dever de outro. Destaca que a concepção tradicional de que o direito é um objeto do conhecimento jurídico diferente do dever, de que o direito caberia mesmo a prioridade em relação ao dever, é devida à doutrina do Direito natural. Esta parte da suposição de direitos naturais, de direitos inatos ao homem, que existem antes de toda e qualquer ordem jurídica positiva. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 144-145.)

interesse.¹³⁸ Para Kelsen o direito subjetivo não se coloca, como o dever jurídico, face ao Direito (objetivo) como algo dele independente.¹³⁹

Nessa perspectiva o centro gravitacional reside no direito reflexo, porém, a essência do direito subjetivo – que é mais do que o simples reflexo de um de um dever jurídico – reside no fato de que a norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento de um dever jurídico.¹⁴⁰

Segundo Kelsen, entre os direito políticos estão os direitos fundamentais e os direitos de liberdade que as Constituições dos Estado modernos estatuem. Uma garantia eficaz destes chamados direitos e liberdades fundamentais só existirá se a Constituição que os garante não puder ser modificada pela via simples da legislação, mas apenas através de um processo especial que se diferencia do usual processo legislativo que só pode ter lugar sob pressupostos mais restritivos: exigir-se não uma maioria simples, mas uma maioria qualificada do órgão legislativo colegiado, não uma resolução tomada uma única vez, mas uma resolução várias vezes assumida, e outras condições idênticas.^{141 142}

Assim, para Kelsen, o direito subjetivo de um indivíduo ou é um simples direito reflexo – o reflexo de um dever jurídico existente em face de outro indivíduo – ; ou um direito privado subjetivo em sentido técnico – o poder jurídico conferido a um indivíduo de fazer

¹³⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 148-149.

¹³⁹ É, tal como o dever jurídico, uma norma jurídica, a norma jurídica que confere um específico poder jurídico, que atribui um poder ou competência a um determinado indivíduo. Dizer que um indivíduo “tem” um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que a norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, condição de determinadas consequências. Contudo, por direito subjetivo não se entende somente este poder jurídico, mas este poder jurídico em combinação com o direito reflexo, quer dizer, com o dever cujo não-cumprimento se faz valer por meio do exercício jurídico – um direito reflexo provido ou dotado deste poder jurídico. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 151-152.)

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 152.

¹⁴¹ Se a Constituição pudesse ser modificada por leis simples, nenhuma decisão judicial e nenhuma resolução administrativa baseadas na lei poderiam ser anuladas por “inconstitucionalidade”, já que a Constituição poderia ser anulada pela lei no que se refere ao domínio de vigência desta. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. P. 157-159.)

¹⁴² Enquanto a garantia constitucional dos chamados direitos e liberdades fundamentais não significar outra coisa senão a dificuldade da limitação legal destes “direitos”, não estaremos em face de quaisquer direitos em sentido subjetivo. Não se trata de direitos reflexos, porque a “proibição” da legislação que os limites não estatui qualquer dever jurídico; e, conseqüentemente, também não se trata de direitos subjetivos em sentido técnico, na medida em que por um direito subjetivo se entenda o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação judicial, o não-cumprimento de um dever jurídico. Uma liberdade ou direito fundamental representaria um direito subjetivo no sentido de um poder jurídico – mas não um poder jurídico de fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico – se a ordem jurídica conferisse aos indivíduos atingidos por uma lei inconstitucional o poder jurídico de instaurar, através de requerimento, o processo que conduz à anulação da lei inconstitucional. Como o sentido do ato através do qual uma norma é anulada é também uma norma, o direito de liberdade consiste no poder jurídico de intervir na produção destas normas. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 159-160.)

valer o não-cumprimento de um dever jurídico, em face dele existente, através da ação judicial, o poder jurídico de intervir na produção da norma individual através da qual é imposta a sanção ligada ao não-cumprimento –; ou um direito político – o poder jurídico conferido a um indivíduo de intervir, já diretamente, como membro da assembleia popular legislativa, na produção de normas jurídicas gerais a que chamamos leis, indiretamente, como titular de um direito de eleger para o parlamento ou para a administração, na produção das normas jurídicas que o órgão eleito tem competência para produzir –; ou é, como direito ou liberdade fundamental garantida constitucionalmente, o poder de intervir na produção da norma através da qual a validade da lei inconstitucional que viola a igualdade ou liberdade garantidas é anulada, quer para uma forma geral – para todos os casos – quer apenas individualmente – somente para o caso concreto. Por fim, também pode se designar como direito subjetivo a permissão positiva de uma autoridade.¹⁴³

Tem-se, portanto, que garantias da Constituição são garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, ou seja, no essencial, garantias de constitucionalidade das leis.¹⁴⁴ Relevante ainda, atentar para a expressão direito natural em Kelsen, no item que segue.

3.1.1.5.2. A expressão direito natural em Kelsen

Importante frisar que com a teoria pura do direito positivo, Kelsen contrapõe-se ao direito natural transcendental, aristotélico-tomista. Kelsen entende o direito natural como direito não escrito. A crítica de Kelsen ao direito natural aristotélico-tomista será esboçada em linhas gerais, nos próximos parágrafos.

Kelsen refere que Aristóteles, em sua “Ética a Nicômaco”, entende o direito natural como um componente do direito estatal positivo, ou seja, como aquelas normas que, em geral, concordam em todos os ordenamentos jurídicos. Dessa maneira, Aristóteles acredita poder comprovar que os ordenamentos jurídicos positivos, na regulação de certas relações, em geral concordam, e as normas que regulam essas relações do direito positivo, ele denomina direito natural.¹⁴⁵ Ocorre que, quando se entende direito natural como as prescrições comuns a todos

¹⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 162.

¹⁴⁴ KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. Revista de Direito Público. V. 1., n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003. P. 93.

¹⁴⁵ KELSEN, Hans. *O fundamento da doutrina do direito natural*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 67-68.

os ordenamentos jurídicos positivos, então cada direito positivo é direito natural e, conseqüentemente, esse direito natural não pode prestar a função essencial ao direito natural autêntico: ser uma medida de valor do direito positivo. Não se pode assim, apelando ao direito natural, distinguir entre um direito justo e um injusto. Aristóteles assume, portanto, a distinção habitual de seu tempo, entre “naturalmente” e “em virtude da lei” justo, mas dá a ela um significado que faz ela, do ponto de vista de uma doutrina do direito natural autêntica, completamente insignificante. Aristóteles usa do conceito de direito natural apenas para, com isso, justificar o direito positivo, o que fica especialmente claro em sua posição acerca da questão da escravidão. Aristóteles defende essa instituição com a fundamentação de que existem pessoas que são naturalmente escravas.¹⁴⁶

Esclarece ainda Kelsen que não Aristóteles mesmo, mas com base em sua filosofia, Thomas von Aquino desenvolveu uma doutrina do direito natural se sobressai inequivocamente. Para este, a lei eterna é o governo do mundo pela razão divina. O direito natural parte da razão humana como uma razão prática; mas isso somente é possível porque e à medida que essa razão humana tem parte na razão divina, a lei natural na lei eterna, uma vez que no direito natural se manifesta a lei eterna da razão divina. A autoridade do direito natural é, assim, a autoridade de deus. Portanto, o fundamento metafísico-teológico da doutrina natural de Thomas está fora de dúvida, é uma doutrina do direito natural autêntica.¹⁴⁷ O que também aparece em sua tomada de posição para com a relação entre direito natural e direito positivo. O direito positivo somente teria força vinculativa na medida em que correspondesse ao direito natural, se ele está em conflito com o direito natural, ele não tem validade, ele não é um direito. Isso se dá em consequência da autoridade divina do direito natural.¹⁴⁸

Posteriormente, Kelsen se remete à Kant, que em sua doutrina da razão prática como dadora de leis moral, consente que a razão prática - simultaneamente, conhecedora e querente - da pessoa, que como dadora de leis fixa as normas do direito natural como um direito racional, é a razão divina da pessoa. A lei moral tem origem na vontade da pessoa como inteligência, nisso consiste a autonomia da vontade, que Kant proclama como o princípio supremo da moralidade. É a razão prática da pessoa que é o dador de leis morais, segundo

¹⁴⁶ KELSEN, Hans. *O fundamento da doutrina do direito natural*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 67.

¹⁴⁷ KELSEN, Hans. *O fundamento da doutrina do direito natural*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 73-77.

¹⁴⁸ KELSEN, Hans. *O fundamento da doutrina do direito natural*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 77.

esse princípio da autonomia. Nesse sentido, a razão prática de Kant se distingue da razão prática de Thomas de Aquino que, na razão prática da pessoa, vê apenas o ter parte na razão prática de deus, que em última instância é o dador de leis moral.¹⁴⁹

Refere Kelsen que a consequência essencial do positivismo jurídico é a separação do direito e da moral e, portanto, do também chamado direito natural, que forma um componente da moral, que pode ser considerado como metafísica do direito e que não é fixado por atos de vontade humana, mas deduzido da natureza, o que apenas seria possível sob a suposição teológica: que na natureza criada por deus, manifesta-se a vontade de deus. Esclarece Kelsen que a separação do direito da moral não significa, naturalmente, a recusa da exigência, que o direito deve corresponder à moral e, especialmente, à norma moral da *justiça*, que o direito deve ser justo. Entretanto, quando essa exigência é colocada, é preciso estar consciente de que existem outros sistemas morais muito distintos, que estão em conflito um com o outro e, por isso, ideais de justiça muito distintas, que estão em conflito – como, por exemplo, o do liberalismo capitalista e o do socialismo -, que um ordenamento jurídico positivo pode corresponder a um ideal de justiça, simultaneamente, no entanto, contradizer a um outro ideal de justiça, e que a validade do direito positivo é independente de sua relação com a moral, em geral, e com o ideal de justiça, em particular.¹⁵⁰

A doutrina pura do direito mostrou que ao investigar-se a prestação real da doutrina do direito natural verifica-se que ela, no essencial, não é uma função científica, mas uma função político-ideológica. Para a doutrina do direito natural não se trata de um conhecimento do direito vigente, mas de uma justificação do mesmo, não se trata de sua explicação, mas de sua transfiguração. Ela alcança isso provando que o direito positivo respectivo está de acordo com uma ordem natural, divina ou racional, e por isso é correta ou justa; ou, quando se apresenta como doutrina do direito natural revolucionária ou reformadora, põe em dúvida a validade do direito positivo, ao afirmar que ele está em contradição com uma ordem absoluta, de alguma maneira pressuposta, apresenta a realidade do direito em uma luz mais desfavorável como corresponde à verdade.¹⁵¹

¹⁴⁹ KELSEN, Hans. *O fundamento da doutrina do direito natural*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 78.

¹⁵⁰ KELSEN, Hans. *O que é positivismo jurídico?* Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 92.

¹⁵¹ KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 152-153.

3.1.2. Teorias subjetivas

A negação do conceito de direito subjetivo não significa a eliminação dos valores, que estão incluídos na ideia tradicional de direito subjetivo, como pretendido pelos objetivistas. Na medida em que esses valores se encontram, de um modo ou de outro, acolhidos no direito objetivo, os objetivistas aceitam recebê-los, na forma do direito objetivo mesmo do qual são integrantes.¹⁵²

A tese do antissubjetivismo não está relacionada, em princípio, com nenhuma doutrina social ou filosófica, podendo se adaptar de igual forma ao liberalismo, ao dirigismo ou ao socialismo. O que interessa é que – nas teorias objetivas - as doutrinas de fundo não estão submetidas à discussão. E, na realidade, quando se aproxima – de maneira superficial – a noção de direito subjetivo às noções de individualismo e de voluntarismo, cria-se uma tendência à preferência pelo interesse coletivo, através de uma redução do número ou da extensão dos direitos subjetivos, ou através de um controle mais ou menos severo do exercício desses direitos. De forma que o conceito de *norma*, evocando a ideia de *dever* sugerirá facilmente a ideia de *função*. Em seguida, se dirá que não existem direitos subjetivos, porque dizem respeito à norma jurídica, que é *norma social*, portanto, só existirão *funções sociais*.¹⁵³ Essa é a tendência de Duguit ao defender a teoria do direito-função para a propriedade¹⁵⁴. Entretanto, o objetivismo, no sentido aqui considerado, não é necessariamente solidário a essas concepções, seu único fim – ou pelo menos seu fim imediato – é proporcionar uma *representação adequada* do sistema jurídico tomado em si mesmo, à parte de todo o exame do conteúdo e da tendência das regras.¹⁵⁵

No entanto, o direito objetivo se esforça em vão para ser tomado como base a si mesmo. O direito objetivo existe para a sociedade e, conseqüentemente, para os indivíduos que a compõem. Por sua vez, os indivíduos têm um interesse - não apenas privado, como

¹⁵² DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 24.

¹⁵³ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 26.

¹⁵⁴ Duguit, em relação à ideia de função social da propriedade defende que: “*Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede aumentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no sera protegido socialmente más que si la cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza.*” (DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones del derecho (público Y privado)*. Buenos Aires: Editora Heliasta S.R.L., 1975. P. 178.)

¹⁵⁵ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 26.

peçoal -, na sua qualidade de membro do grupo, no sentido de que essa regra de direito, que é a carta da vida em comum, seja respeitada por todos e em todas as ordens de relações. O direito objetivo, na medida em que liga a todos, leva ao mesmo tempo consigo, para cada um, o dever de submissão à ordem geral e o direito à exata observação desta ordem. Esse é, na verdade, o princípio da ação popular que, longe de ser inconciliável com a ideia de direito subjetivo, não é outra coisa além de sua aplicação.¹⁵⁶

Nessa medida, por exemplo, especificamente em relação ao direito de propriedade privada, Duguit disse que “a propriedade está protegida pelo direito, mas não é um direito, é uma coisa; o que tem o proprietário não é um direito, é uma coisa, uma utilidade, uma riqueza. (...) A propriedade é a coisa mesma.”¹⁵⁷ Concorde-se que o proprietário tem uma coisa, mas a questão primeira é que o proprietário que a tem e não outro e tampouco a coisa é comum. Ainda, o proprietário tem a utilização privativa como “oponível a qualquer outro”: todos têm a proibição, em virtude do direito objetivo, de incomodá-lo no livre uso do que é sua coisa. E, é por isso que, diferente do usurpador, que também pode ter a utilização própria de uma coisa, ele se denomina proprietário, titular de um direito, respeitável para todos, que se chama direito de propriedade. E, por ter esse direito, é que a lei lhe atribui, em caso de usurpação, de intromissão ou de obstacularização, umas vias de direito, que não são mais do que a consequência do direito próprio e pessoal reconhecido ao proprietário.¹⁵⁸

E, a noção do direito de propriedade sobre as coisas corporais, móveis ou imóveis, pode ser considerada como a forma mais completa do direito subjetivo, uma vez que o proprietário considera sua coisa como um bem, sobre o qual ele possui os direitos mais consideráveis, seja no que concerne ao uso da coisa, seja no que concerne à disposição do direito. Para designar, em tais casos, um direito de propriedade, não há nenhuma necessidade de o dizer expressamente, no momento em que se passa a contar com essa coisa no seu patrimônio, como já haviam observado os romanos, o direito se confunde com a coisa mesma, dando o volume do direito.¹⁵⁹

A apropriação desses direitos se procede de forma simples, consistindo na assimilação desses direitos, qualificados como coisas incorpóreas (*res incorporales*) aos bens corporais eles mesmos: enquanto em relação ao direito de propriedade não notamos a existência desses

¹⁵⁶ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 29-30.

¹⁵⁷ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Bocard, 1927. P. 446-448 .

¹⁵⁸ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 31.

¹⁵⁹ ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. P. 29.

direitos, porque eles se confundem com coisa mesma, os outros direitos aparecem simplesmente como coisas incorpóreas. Assim, no patrimônio, figuram como elementos ativos, ao lado das coisas materiais, móveis ou imóveis, os direitos.¹⁶⁰

A liberdade jurídica, entendida como a ausência de regra jurídica, não supõe a ausência de direito, mas, pelo contrário, mantém intacta como direito a liberdade de ação do sujeito¹⁶¹. O direito subjetivo não exclua o direito objetivo, norma necessária da vida social, mas o direito subjetivo é anterior cronologicamente ao direito objetivo e é superior a ele na ordem dos valores. A pura teoria individualista vai dizer inclusive que o direito objetivo não tem outra função do que a de fazer reinar o direito subjetivo, no sentido de definir os direitos subjetivos de cada um e sancioná-los. Nesse aspecto, o subjetivismo degenera em individualismo, no sentido pejorativo da palavra. Entretanto, em todo o caso, com a afirmação dos “direitos do homem” o “passo” se opera “do direito subjetivo ao direito objetivo”: este já não é o primeiro, e menos ainda o único. Encontra no direito subjetivo um antecedente e em certa medida um padrão. E, se o homem é um ser social, não é por isso que deixa de ser um ser *individual* e, como tal, titular de direito subjetivo; se o direito supõe a existência do *outro*, não supõe necessariamente a *sociedade*, nem por conseguinte uma regra social.¹⁶²

Os ataques lançados contra a noção dos direitos subjetivos, na tentativa de simplesmente a substituir pela noção de aplicação da regra objetiva, fizeram com que todos os esforços dos juristas posteriores ao Renascimento fossem condenados e tivéssemos um retorno ao velho sistema que a humanidade tinha praticado, de alguma maneira instintiva, nos seus primeiros anos, segundo o qual as situações jurídicas individuais e concretas não passavam de manifestações, e de alguma forma de projeções da regra jurídica sobre as relações sociais. Esse método, que é ligado principalmente ao nome de Leon Duguit, constitui um recuo considerável na marcha do direito. Pode-se condenar certos abusos de direitos, bem como pôr em evidência a existência de deveres que fazem frente a esses direitos, mas certamente é imperioso ultrapassar a meta de buscar se livrar da noção de direito subjetivo.¹⁶³

Nas sociedades modernas, é natural considerar o homem como sendo livre, o que naturalmente não se entende por uma liberdade ilimitada e indefinida que levaria rapidamente à anarquia, mas uma liberdade que represente um princípio ao qual nós devemos sempre retornar quando não houver razão excepcional para se derogar. A condenação da escravidão

¹⁶⁰ ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. P. 30-31.

¹⁶¹ DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 34.

¹⁶² DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955. P. 47-48.

¹⁶³ ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. P. 09.

foi abolida, por razões morais, como atentatória à dignidade do homem. Mas a proclamação da liberdade civil não teve apenas um aspecto moral, ela teve também um aspecto econômico, como o melhor meio de estimular a competição e a concorrência na economia de um país. Naturalmente, a liberdade civil resultou como consequência da igualdade civil, quer dizer a igualdade de direito para todos os membros do grupo, a fim de assegurar à cada um as melhores chances na competição geral. Assim, são as razões de ordem moral e as razões de ordem econômica que levaram ao triunfo do subjetivismo.¹⁶⁴

3.1.3. Observações às teorias objetivas e subjetivas

Apresentados os primeiros catálogos de direitos fundamentais, em que reconhecido o direito de propriedade privada contra o Estado, mostrou-se a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, em que ocorreu a inclusão da noção de função social da propriedade. Considerando as confusões e retrocessos causados por essa terminologia, passou-se a análise das teorias objetivas e subjetivas dos direitos. As teorias objetivas analisadas aqui foram desenvolvidas por Leon Duguit e por Hans Kelsen. Ambas negam o Direito Natural, que pressupunha direitos naturais do indivíduo prévios à criação do Estado.

A teoria de Duguit foi escolhida em razão da ligação com o assunto, uma vez que, ao desenvolver a ideia de “direito-função”, Duguit entendeu que a inclusão da função social da propriedade decorreria de um suposto sentimento de solidariedade e negou a existência de um direito subjetivo prévio ao direito objetivo. Negando a ideia de direito subjetivo e concluindo que o direito só existe a partir do Estado e da comunidade, a partir de um sentimento de “solidariedade”, Duguit acredita que o direito apenas existiria a partir da solidariedade e, nessa medida, já seria conferido ao indivíduo de forma limitada, considerando o direito dos demais membros da comunidade.

Já a teoria de Kelsen foi apresentada, em razão da importância no direito moderno da sua *Teoria pura do direito* em face do direito natural. Kelsen, ao contrário de Duguit, não nega a existência do direito subjetivo, apenas não o aceita perante o Estado. Segundo essa teoria, o direito positivo não exclui a possibilidade de que o direito objetivo de determinada comunidade abarque princípios morais, o que pode ocorrer, por exemplo, através de determinações constitucionais que transformam direitos do homem em direito positivo. No entanto, ela pede que o abarcamento de conteúdos morais do direito seja tratado como questão

¹⁶⁴ ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques*. Paris: Dalloz, 1963. P. 26-27.

de fato meramente. Kelsen deixa claro que a validade do direito positivo é independente de sua relação com a moral, em geral, e com o ideal de justiça, em particular.

Com a *Teoria pura do direito*, Kelsen apresenta o método específico e os conceitos fundamentais necessários a uma doutrina do direito, proporcionando o fundamento teórico para cada consideração dirigida a um direito particular ou a instituições jurídicas particulares. A doutrina pura do direito mostra que até mesmo originariamente, no pensamento dos primitivos, é o princípio da imputação e não o da causalidade que está na base da natureza. O primitivo interpreta os fenômenos naturais segundo uma norma social, a norma da retribuição, na qual à boa conduta é imputada uma recompensa e à má, uma pena. Chega a conclusão de que as ordens, no essencial, são ordens de coerção.^{165 166}

A partir da distinção entre a lei natural causal e a lei jurídica normativa e entre o princípio da causalidade e o da imputação, a teoria pura do direito põe o fundamento da ciência do direito como uma ciência social normativa. Essa separação entre ciência do direito normativa das ciências causais em geral – especialmente as ciências sociais orientadas pelo princípio causal, como a sociologia e a psicologia social – constitui a pureza do direito como

¹⁶⁵ KELSEN, Hans *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 141-143.

¹⁶⁶ Nesse sentido, também Alf Ross, visando explicar o significado que se relaciona ao conceito de direito subjetivo, quando usado em um raciocínio jurídico, começa a exposição de seu livro denominado “Tú-tú”, discorrendo sobre uma tribo que habita ilhas no Pacífico Sul, que tem a crença de que, ao violar determinado tabu, surge o que se denomina de “tú-tú” e é concebido como uma espécie de força perigosa que recai sobre o culpado e ameaça toda a comunidade com o desastre. Assim, quando uma pessoa está “tú-tú”, tem que ser submetida a uma cerimônia especial de purificação. O que se evidencia é que esta palavra, apesar de carente de significado, tem uma função a desempenhar na linguagem cotidiana das pessoas – prescrever ou descrever, ou seja, expressar ordens ou regras e fazer afirmações sobre fatos. Trata-se de uma referência semântica – prevalente na comunidade – que se combina de acordo com as regras da lógica. Ora, ainda que a palavra “tú-tú”, no caso, não tenha nenhum significado específico, os enunciados em que ela aparece não são formulados ao acaso, mas estimulados, com base nos costumes linguísticos prevalentes, por estados de coisas perfeitamente definidos. Os enunciados em que a palavra “tú-tú” aparece podem funcionar como expressões prescritivas e descritivas, mas ainda sim não existem razões para abandonar a terminologia “tú-tú” – ou “direito subjetivo”, por exemplo, ou ainda “propriedade”. “Propriedade”, por exemplo, e outras palavras jurídicas, quando são usadas em linguagem jurídica, tem a mesma função que a palavra “tú-tú”, são palavras sem significado, sem referência semântica alguma, e só servem um propósito, como uma técnica de apresentação. Assim, da mesma forma que ocorria nas formulações “tú-tú” correlativas, aqui não há um círculo vicioso, dado que “propriedade” não representa nada em absoluto, e não existe relação causal ou lógica entre o suposto fenômeno da propriedade e as consequências jurídicas. Ora, o que se quer dizer é que as normas jurídicas concernentes à propriedade, por exemplo, poderiam, sem dúvida, ser expressadas sem a necessidade de se usar esta palavra. E, nesse caso, haveria a necessidade de formulação de um grande número de normas, que ligassem diretamente as consequências jurídicas individuais aos fatos jurídicos individuais. Ao pensamento jurídico corresponde conceitualizar as normas, de forma que elas sejam reduzidas a uma ordem sistemática e, assim, apresentar uma versão mais clara e convenientemente possível ao direito vigente. Temos assim, em uma série de regras, os fatos que “criam propriedade” e, em outra série de regras, as consequências jurídicas que a “propriedade” acarreta. Trata-se assim, na realidade, de uma palavra sem sentido – sem significado semântico algum – que serve apenas como instrumento de apresentação. É como se a propriedade fosse um link causal, entre fatos e consequências jurídicas. Esse processo exemplifica a redução através da razão a uma ordem jurídica. E, corresponde à ciência jurídica, em última instância, empreender esse processo de simplificação. (ROSS, Alf. “Tú-tú”. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Originariamente em “Festschrift til Henry Ussing” (Borum and Illum ed. 1951.)

ciência que tem de investigar não por causa e efeito a conduta regulada pela ordem jurídica, mas pela conexão que é produzida pela imputação estabelecida na ordem jurídica. O essencial é não misturar a questão de como as pessoas devem se comportar segundo uma ordem jurídica positiva, com a questão de como de fato, determinadas por leis causais elas se comportam.¹⁶⁷

O postulado da pureza deve apenas trazer à consciência do jurista científico que o método específico do seu conhecimento é um outro que aquele das ciências sociais causais, por isso, as tentativas frequentes de responder “sociologicamente” questões jurídicas [como a tentativa de Duguit, em relação ao sentimento de solidariedade pressuposto], ou baseiam-se em autoengano ou objetivam enganar acerca do direito dado. A doutrina pura do direito investiga a estrutura lógica das ordens jurídicas dadas e chega a visão na construção graduada da ordem jurídica, uma visão fundamental para o conhecimento da essência do direito. A doutrina pura do direito investiga a relação entre duas ou mais ordens jurídicas, o que é possível logicamente. Nesse caminho ela chega a unidade sistemático-lógica do mundo jurídico, sob o critério negativo, da ausência de contradição.¹⁶⁸

Ainda que o conhecimento jurídico não se reduza à lógica, o conhecimento jurídico pressupõe a lógica. A teoria positivista de Kelsen, portanto, ao se ocupar com problemas da lógica, apresenta-se como um pressuposto para a compreensão da teoria não-positivista.

Para Kelsen, ciência do direito deve restringir-se ao conhecimento e descrição “livre de valores” das normas jurídicas vigentes. Robert Alexy, com a teoria do discurso do Estado Constitucional Democrático, emprega um conceito de direito mais amplo, que inclui a solução de questões práticas, segundo a qual juízos de valor (valores) e de obrigação (moral) são suscetíveis sim de verdade, através de uma fundamentação racional, e por isso, podem também ser objeto de tratamento científico. Segundo Alexy, um conceito de direito adequado enlaça a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social com a correção quanto ao conteúdo.¹⁶⁹

Em relação aos valores, Alexy sustenta que uma colisão, ponderação e realização gradual de valores, corresponde à uma colisão, ponderação e cumprimento gradual de princípios.¹⁷⁰ Em relação à moral, Alexy sustenta uma conexão necessária entre o direito e a

¹⁶⁷ Vide: KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 144-146.

¹⁶⁸ Vide: KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 146-147.

¹⁶⁹ HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 92-93.

¹⁷⁰ Vide HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre:

moral correta, aplicando o argumento de correção ao quadro do argumento de princípio, a partir da vinculação à razão prática kantiana. A teoria do discurso trata de descobrir potenciais de razão existentes na realidade humana. Explora, nesse sentido, esclarecimento sobre a natureza das pessoas e está, apenas sob esse aspecto, na tradição do direito natural.¹⁷¹

Nesse sentido, os direitos dos homens, a partir de um pressuposto de correção, podem ser fundamentados. O direito subjetivo não exclui o direito objetivo - norma necessária da vida social -, mas o direito subjetivo é anterior cronologicamente ao direito objetivo e é superior a ele na ordem dos valores. O homem é um ser social, mas nem por isso deixa de ser um ser individual e, como tal, titular de direito subjetivo. O direito pode pressupor a existência do outro, mas não pressupõe necessariamente a sociedade ou uma regra social. Um sentimento de solidariedade, portanto, não pode ser pressuposto.

Disso resulta, quando se busca entender um direito fundamental como o direito de propriedade – precipuamente um direito de liberdade em face do Estado - e o conceito de função social da propriedade – uma restrição a essa liberdade fundada na proteção de direitos de prestação pelo Estado -, a necessidade de, primeiramente, afastar-se a teoria objetiva do direito, desenvolvida por Leon Duguit, que exclui o direito subjetivo como um direito natural e inato do indivíduo. Abrindo-se espaço, assim, para a justificação da adoção de uma teoria subjetiva dos direitos, especificamente a teoria do discurso, desenvolvida por Robert Alexy, com base na filosofia kantiana.

3.2. TOMADA DE POSIÇÃO

Efetivamente ocorreu a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e com ele a inclusão da ideia de função social à propriedade privada. A questão é de que forma isso ocorre e quais suas consequências.

O reconhecimento jurídico da noção de liberdade negativa do indivíduo frente ao Estado foi o grande avanço da Idade Moderna. E foi essa noção que influenciou as criações dos primeiros catálogos de direitos fundamentais e também a primeira Constituição Republicana do Brasil.

Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 94-96 e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

¹⁷¹ HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017. P. 98-102.

No entanto, com o advento da exigência de cumprimento da função social, grande parte da doutrina brasileira – José Cretella Júnior, Waldemar Ferreira, Carlos Maximiliano, apenas para citar alguns¹⁷² -, adotando a teoria de Leon Duguit, passou a entender o direito de propriedade como um “direito-função”. Com a inclusão da obrigação de atendimento da função social, teria ocorrido a superação da noção de propriedade privada, baseada na ideia liberal de um direito de liberdade em face do Estado. Explica-se.

Para esses autores, a ideia de direitos sociais, trazida pelo Estado Social, consistiria em uma contradição de termos, uma vez que os direitos, entendidos segundo a doutrina liberal, necessariamente, opunham-se ao Estado e à sociedade. Por isso, a fim de contextualizar a inclusão dos direitos sociais nos catálogos de direitos fundamentais, eles buscavam uma maneira alternativa de entender o conceito de direito, com base em doutrinas socialistas.

Para tanto, primeiro, apresentava-se uma visão liberal dos direitos subjetivos como direitos individuais, naturais, fundamentados no interesse próprio contra uma comunidade criada pelos homens e em defesa dos ataques dessa comunidade, de proteção contra os ataques de terceiros e correlativos a deveres, mas prioritários a eles. Tratar-se-ia ainda de direitos unilaterais e determinados. Contra essa visão liberal dos direitos subjetivos, se opunha a concepção socialista de Leon Duguit, que apresenta os direitos subjetivos como direitos sociais, que, dessa forma, apresentam características diversas, uma vez que decorreria da condição humana a relação com os demais, portanto, o sistema jurídico em que se fundam os direitos já não seria o do interesse próprio, mas a ideia de solidariedade. Tal ideia enfatiza a obrigação comunitária de atender ao bem estar geral da comunidade e também contém uma correlação entre o direito e a obrigação, mas prioriza a obrigação e não ao direito, ou seja, o direito passa a ser secundário ante os seus deveres correlatos. Além disso, os direitos já não seriam mais unilaterais, já que não seriam mais observados de forma isolada, mas em comunidade, com as consequências decorrentes disso, que incluem a indeterminação do direito, que ao invés de ser simplesmente uma obrigação negativa do Estado, passa a ser uma obrigação positiva, que implica em alternativas de atuação.¹⁷³

E, para que as reivindicações socialistas pudessem calar o direito liberal os socialistas se viram obrigados a estabelecê-las na forma de direitos. Do contrário, teriam sido consideradas como interesse de menor relevância, que teriam que ceder em toda colisão com

¹⁷² Vide nota de rodapé n.º 90.

¹⁷³ Nesse sentido, vide PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. P. 289-291.

os direitos liberais.¹⁷⁴ Nisso, então, residia a concepção de que os direitos subjetivos eram razões excludentes frente a outras e, portanto, os direitos de liberdades só podiam ser limitados por outros direitos.

Essa argumentação socialista serviu apenas para evidenciar a necessidade de se reconhecer a existência de um direito a um mínimo de condições materiais como uma condição ao exercício das liberdades, para evitar que as liberdades fossem entendidas apenas formalmente, sendo materialmente vazias. Há, no entanto, uma diferença fundamental entre a forma que os liberais e que os socialistas concebem os direitos sociais garantidos pelo Estado Social. Na concepção socialista, os direitos sociais visam uma redução das desigualdades, mas são uma manifestação de uma força superior da comunidade, em que cada um contribui de acordo com suas capacidades e recebe de acordo com suas necessidades.¹⁷⁵ Em sentido diverso, na concepção liberal, os direitos sociais, do mesmo modo que os direitos de liberdade, se fundam no interesse próprio e são um direito a um mínimo bem estar que permite ao indivíduo uma existência digna, fundamental a realização dos direitos de liberdade. Ou seja, garante os pressupostos fáticos para o exercício dos direitos de liberdade já garantidos, formalmente, pelos direitos de defesa (ou de liberdade).¹⁷⁶

Esclareça-se, no entanto, que a própria existência de um direito social implica em negar a ideia socialista que lhe serve de fundamento, uma vez que quando um indivíduo pretende que o Estado lhe satisfaça uma pretensão, ainda que a custa do interesse dos demais, essa pretensão consiste num interesse individual e não na solidariedade. Dessa forma, os direitos sociais como direitos subjetivos poderiam fazer perder legitimidade todo o sistema jurídico de direitos fundamentais, uma vez que não seria possível exigir-lhes judicialmente e o Estado também não poderia satisfazer todas as pretensões que implicam, estando esses direitos condenados a se manter como uma promessa não cumprida (normas meramente programáticas). O efeito perverso disso seria ainda a desvalorização das outras promessas que o direito faz, especialmente a de defender os direitos de liberdade. Nessa medida, ou se chegaria a exclusão dos direitos sociais do texto constitucional, ou se manteria a constitucionalização desses direitos, entendendo-os apenas como direitos políticos, como

¹⁷⁴ Nesse sentido, vide ATRIA, Fernando. *Existen derechos sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. P. 27. Disponível versão “pdf” em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>> Acesso em: 03 mar. 17.

¹⁷⁵ MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class and other essays*. London: Cambridge at the University Press, 1950. P. 52-53 e 75-85. Disponível em: <http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/davy/wustldata/1950_Marshall_Citizenship_and_Social_Class_OCR.pdf> Acesso em 03 mar. 17

¹⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 436-439.

objetivos de importância para o Estado. Só assim evitaria-se a contradição entre exigibilidade dos direitos sociais e seu fundamento na ideia de solidariedade, porque a ideia de solidariedade excluiria a tutela do interesse próprio e a imposição de um dever jurídico correlativo, uma vez que a solidariedade não pode ser judicializada sem ser desnaturalizada.¹⁷⁷

Como se viu, segundo a objeção substancial das teorias objetivas de direitos, o direito geral de liberdade decorreria de uma concepção equivocada do indivíduo e de sua relação com o Estado e com a comunidade. O direito geral de liberdade corresponderia a uma visão do ser humano de forma isolada e não como membro vinculado a uma comunidade, que seria a atual concepção constitucional. Segundo tal objeção, ainda, não haveria como ignorar o fato de que o Estado de Direito não apenas interferiria em liberdades individuais, mas ao contrário, criaria e garantiria tais liberdades, que como consequência, já nasceriam limitadas.

A Teoria de Duguit, assim como a Teoria de Kelsen, buscavam negar o Direito Natural – que pressupõe direitos fundamentais naturais ao indivíduo – previamente a criação do Estado. A teoria de Duguit, através de um sentimento de “solidariedade” pressuposto como inerente a vida em sociedade, simplesmente negou a existência de um direito subjetivo prévio ao direito objetivo e buscou decorrer desse sentimento de solidariedade o direito objetivo.

Kelsen, por outro lado, buscando se afastar da doutrina natural e também separar o direito de tudo o que não fosse direito – como religião, política, sociologia, etc. – entendeu o direito subjetivo como consequência do direito objetivo. E considerou o Estado inseparável do Direito e a vontade da lei como a única causa eficiente de obrigação. Kelsen, no entanto, ao contrário de Duguit, não negou a existência do direito subjetivo, uma vez que já reconhecia a existência de uma esfera inatingível de liberdade frente ao Estado (ou ao Direito), mas entendeu essa esfera como livre de vinculação jurídica. Essa liberdade mínima não seria um direito inato do homem, mas seria apenas a consequência da limitação técnica do próprio ordenamento jurídico de determinar a conduta humana externa e interna na sua totalidade.

Para Kelsen, a consequência essencial do positivismo jurídico é a separação do direito e da moral e, conseqüentemente, do também chamado direito natural - que seria um componente da moral, uma vez que não seria fixado por atos de vontade humana, mas deduzido da natureza. Para Kelsen, no entanto, a separação do direito da moral não significa a recusa da exigência de que o direito deve corresponder à moral e, especialmente, à norma

¹⁷⁷ Essas são as conclusões de Fernando Atria (ATRIA, Fernando. *Existen derechos sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. P. 52-54. Disponível versão “pdf” em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>> Acesso em 03 mar. 17)

moral da *justiça*. O direito deve ser justo. Entretanto, para a teoria positivista, em razão de existirem sistemas morais muito distintos, que estão em conflito um com o outro, existem também ideais de justiça muito distintos, que estão em conflito – como, por exemplo, o do liberalismo capitalista e o do socialismo. Assim, um ordenamento jurídico positivo poderia corresponder a um ideal de justiça e, simultaneamente, contradizer a um outro ideal de justiça. A validade do direito positivo, no entanto, é independente de sua relação com a moral, em geral, e com o ideal de justiça, em particular.¹⁷⁸

Nessa medida, o direito positivo não exclui a possibilidade de que o direito positivo de determinada comunidade abarque princípios morais, o que pode ocorrer, por exemplo, através de determinações constitucionais que transformam direitos do homem em direito positivo. No entanto, ela pede que o abarcamento de conteúdos morais do direito seja tratado como questão de fato meramente.

Entretanto, para entender o fundamento, a estrutura e o conceito da função social da propriedade, como garantidora de direitos sociais, é necessário ter presente o fundamento filosófico-político e ideológico adotado. Nesse sentido, tem-se que todos os direitos fundamentais, tanto os direitos de defesa de tradição liberal como os direitos que visam garantir o Estado Social, consubstanciados nos direitos democráticos, de igualdade e os direitos de organização e procedimento representam a institucionalização dos direitos humanos no plano constitucional.¹⁷⁹ Os direitos humanos, por sua vez, são antes de tudo conceitos morais. E, nesse sentido, a teoria do discurso abrange a teoria moral kantiana.

Evidencia-se assim que o problema da concepção socialista é fundamentar os direitos sociais num ideal coletivo de uma sociedade mais igualitária, baseada num princípio de solidariedade, e não no imperativo de proteger posições subjetivas. Por definição os direitos subjetivos protegem posições subjetivas individuais, as consequências coletivas que derivam dessa circunstância só podem ser consideradas como efeitos indiretos ou colaterais, mas de forma alguma como fundamento mesmo dos direitos.¹⁸⁰

A fundamentação dos direitos subjetivos parte sempre de uma posição do indivíduo. É o direito subjetivo que deve se fundamentar na posição ou posições do indivíduo que devem ser protegidas, para que este possa atuar dentro da comunidade e frente a comunidade. Os

¹⁷⁸ KELSEN, Hans. *O que é positivismo jurídico?* Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 92.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 180 e seguintes.

¹⁸⁰ PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. P. 294.

direitos sociais não derivam de uma concepção socialista, mas do princípio do Estado Social de Direito. Enquanto o socialismo nega por completo as liberdades, o Estado Social não nega as liberdades garantidas pelo Estado Liberal, apenas busca garantir as condições necessárias para o exercício dessas liberdades, necessárias a garantia da dignidade humana.

Ainda, os direitos fundamentais, não são baseados em qualquer moral, mas na moral correta. Os direitos do homem, sob um pressuposto de correção, uma vez que regulam conflitos de interesses fundamentais, podem ser fundamentados. E a teoria do discurso mostra-se como a teoria de base do Estado Constitucional Democrático, apoiado em discussão.¹⁸¹ A teoria do discurso não substitui o fundamento por mera produção de consensos, exigida pelo direito positivo, mas ela inclui as regras do argumentar racional relacionadas com argumentos. Defendendo a concepção kantiana da racionalidade prática em uma variante teórico-discursiva, a teoria do discurso entende que uma norma é correta, quando puder ser o resultado de um determinado procedimento de argumentação racional.

O grande avanço da modernidade, representado pelos catálogos de direitos fundamentais, tem por mérito ter reconhecido que o indivíduo é sujeito de direitos não pelo Estado, mas por sua natureza, devendo ser respeitado pelo Estado. O indivíduo tem direitos inalienáveis e invioláveis que o Estado deve reconhecer como posições de direito e de liberdade juridicamente especializadas e concretizadas, dirigidos para uma atuação determinada. O poder do Estado não é mais absoluto, mas limitado pela constituição criada pelo poder constituinte do povo, que é hierarquicamente superior às leis.¹⁸²

Na Lei fundamental Alemã, o artigo 1º relaciona a dignidade da pessoa humana aos direitos humanos e a aplicabilidade e vinculação do poder executivo, legislativo e jurisdicional aos direitos fundamentais. Isso representou um avanço em relação à época de Weimar, quando os direitos fundamentais vinculavam a administração, mas não a legislação, quando muitos direitos fundamentais permaneceram como princípios programáticos não-vinculativos, cuja violação restou sem sanção jurídica e judicial. Por isso, a compreensão atual dos direitos fundamentais inclui além do seu sentido e significado, sua função e força de efeito.¹⁸³ Isso aparece no papel importante da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, como guarda da constituição, principalmente ativada por meio do recurso

¹⁸¹ ALEXY, Robert. *Uma concepção teórico-discursiva da razão prática*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. P. 110-113.

¹⁸² HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29, P. 48.

¹⁸³ HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29, P. 52.

constitucional. Através da jurisprudência, a partir da análise dos direitos fundamentais, o tribunal contribuiu muito para a organização e para a configuração material dos princípios diretivos do direito constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais influenciam legislação e jurisprudência, teoria e prática, inclusive o direito privado.¹⁸⁴

No Brasil, a compreensão também pode e deve se dar nesse sentido. A dignidade da pessoa humana está elencada entre os princípios fundamentais (art. 1º, III da CF/88), bem como a prevalência dos direitos humanos, nas relações internacionais (art. 4º, II da CF/88) e, finalmente, o catálogo dos direitos fundamentais, noticiado no *caput* do art. 5º da CF/88, sob um pressuposto de igualdade formal, garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade. A vinculação entre os pressupostos de dignidade da pessoa humana, liberdade individual pressupõe a preservação da liberdade, no sentido de uma capacidade e possibilidade de ação e decisão do indivíduo de decisão independente sobre a sua vida e cooperação responsável no que concerne à coletividade.¹⁸⁵

Esse contexto configura a peculiaridade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais.¹⁸⁶ Eles não garantem apenas direitos subjetivos do particular, mas também princípios objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática, o que evidencia o caráter duplo dos direitos fundamentais, com camadas de significado distintas que, a cada vez, podem apresentar-se através de relações distintas.

Os direitos fundamentais, por um lado, são direitos subjetivos, direitos do particular, e precisamente, não só os direitos do homem no sentido restrito, mas também onde eles simultaneamente garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida, como é o caso do direito de propriedade privada e dos direitos garantidos pela função social da propriedade. Por outro lado, os direitos fundamentais são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade. Isso vale tanto para os direitos fundamentais que são organizados, em primeiro lugar, como direitos subjetivos, como para garantias, que não contêm, em primeiro lugar, direitos individuais¹⁸⁷, ou que, em absoluto, garantem direitos individuais, não obstante estão, porém, incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.¹⁸⁸

¹⁸⁴ HECK, Luis Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29, P. 52-53.

¹⁸⁵ Vide pontos 2.1.3 e 2.1.5

¹⁸⁶ HECK, Luis Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29, P. 53.

¹⁸⁷ Teoria das garantias institucionais e institutos de Carl Schmitt. Vide ponto 2.1.6., Capítulo 2, Segunda Parte deste Trabalho.

¹⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, P. 228-229, número de margem 279.

A função social, também elencada no catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, XXIII da CF/88¹⁸⁹) não pertence, diretamente à ideia de direito fundamental, mas visa garantir direitos econômicos, sociais e culturais. Pode-se dizer que o direito de propriedade inclui competências relacionadas com direitos e competências relacionadas com deveres, decorrentes da obrigação social. Ela deve ficar na conexão objetiva da garantia da propriedade (art. 5º, XXII da CF/88¹⁹⁰), e contém uma autorização para determinadas intervenções na propriedade, baseadas no que a própria CF/88 estabeleceu como função social da propriedade (art. 182 e 186 da CF/88), que ultrapassam as intervenções tradicionalmente admitidas e relacionadas com a ideia de desapropriação por utilidade ou necessidade pública, visa ainda garantir direitos subjetivos a prestações (direitos a prestações em sentido amplo).

A forma como ocorre essa restrição ao direito fundamental de propriedade, com base no atendimento da função social será analisada, especificamente, na Terceira Parte deste Trabalho. Antes disso, na Segunda Parte do Trabalho, partindo-se da compreensão de uma teoria da justiça baseada em ponderação, passa-se a análise do princípio geral de liberdade e, na seqüência, do princípio geral de igualdade, pressupostos no catálogo de direitos fundamentais e essenciais à compreensão do direito de propriedade – que garante, precipuamente, uma liberdade negativa - e da função social da propriedade – que promove, precipuamente, uma igualdade fática.

¹⁸⁹ Do mesmo modo que a previsão de socialização, presente no art. 15 da Lei Fundamental Alemã.

¹⁹⁰ Na Lei Fundamental Alemã, art. 14, alínea 1.

SEGUNDA PARTE. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS PRINCÍPIOS GERAIS DE LIBERDADE E DE IGUALDADE

CAPÍTULO 1. TEORIA DA JUSTIÇA BASEADA EM PONDERAÇÃO

A inclusão da obrigação da função social da propriedade se deu com o advento do Estado Social, que busca efetivar a justiça social. Considerando que a forma de aplicação dos princípios é a ponderação, tem-se essa como a estrutura preferível para uma teoria da justiça, uma vez que permite a consideração adequada de todos os pontos de vista, o que é um dos postulados fundamentais da racionalidade.¹⁹¹ Desse modo, se pode tentar obter nela um equilíbrio racional entre o direito de liberdade – garantido pelo direito de propriedade – e os direitos sociais, econômicos e culturais – garantidos pela exigência decorrente da função social. Esse mesmo equilíbrio é aplicável a relação entre liberdade e igualdade jurídicas e liberdade e igualdade de fato. Todo o instrumental da ponderação racional pode ser produtivo para a teoria da justiça.

A justiça como ponderação apresenta ainda uma vantagem adicional de expressar a ideia de medida correta, que é a ideia clássica para a justiça. Exclui-se assim qualquer forma de fanatismo [no caso representado tanto pelos liberais que tendem a só considerar o direito de propriedade, como pelos socialistas, que tendem a só considerar a função social]. O princípio da disposição a ponderação é essencial ao discurso racional da justiça, uma vez que expressa o respeito dos princípios de justiça dos outros e, com isso, é um corolário do reconhecimento dos outros como interlocutores do discurso na igualdade de direitos e membros de uma sociedade livres e iguais.¹⁹²

Quando se trata de uma solução pública de conflitos de interesses e do estabelecimento de uma ordem comum de livre e iguais, como acontece com as questões de justiça e as questões constitucionais, a teoria do discurso exige que que só possam ser sustentados argumentos verificáveis por todos os participantes.¹⁹³

Antes de se adentrar na ponderação específica entre o direito de propriedade e a função social, objeto de estudo da Terceira Parte deste Trabalho, é de se considerar que os conceitos de direitos fundamentais à dignidade humana, à liberdade e à igualdade estão na

¹⁹¹ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005. P. 66.

¹⁹² ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005. P. 66-67.

¹⁹³ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, 2005. P. 67.

base dos catálogos de direitos fundamentais, uma vez que os direitos fundamentais visam garantir direitos de liberdade ou de igualdade e que não se tratam de categorias contrárias, mas complementares visando a proteção da dignidade humana. Os conceitos de liberdade e de igualdade, foram garantidos nos catálogos de direitos fundamentais como liberdades e igualdades específicas [como as aqui estudadas, de propriedade e da função social da propriedade, respectivamente], bem como um direito geral de liberdade e um direito geral de igualdade, que orientam a aplicação dos demais direitos e do ordenamento jurídico como um todo. No entanto, decorrem de conceitos polêmicos da filosofia política que geram questionamentos dogmáticos. Passa-se assim, a análise da estrutura desses direitos gerais, a fim de esclarecer a estrutura das normas de direitos fundamentais, ora estudadas. Inicia-se pelo direito geral de liberdade.

CAPÍTULO 2. PRINCÍPIO GERAL DE LIBERDADE E A INTERVENÇÃO NO DIREITO DE PROPRIEDADE

2.1. O PRINCÍPIO GERAL DE LIBERDADE

2.1.1. Liberdade para os antigos e para os modernos

Quando se fala em liberdade, importante ter em mente a clareza do conceito, em razão do grande poder persuasivo imbuído na palavra e dos equívocos – conscientes ou não – que o uso indevido tem gerado. E, nesse sentido, é esclarecedora a diferenciação realizada por Benjamin Constant entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos¹⁹⁴, que explicita o pensamento liberal que marcou o caráter dos primeiros catálogos dos direitos fundamentais, fundados precipuamente nos direitos de liberdade – que garantiam liberdades e igualdades jurídicas -, entre os quais estava o direito de propriedade, livre de qualquer exigência social, apresentado, no cenário brasileiro, nas Constituições Federais de 1824 e 1891.

Esclarece referido autor que a organização social dos povos antigos os levava a desejar uma liberdade bem diferente da que o sistema representativo nos assegura na modernidade. Entendemos por liberdade, o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira, pela vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e exercê-lo, de dispor de sua propriedade (até de abusar dela), de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar contas dos seus motivos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, para discutir seus interesses, professar um culto, ou simplesmente para preencher seu tempo da maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Também, o direito, para cada um de influir na administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração.¹⁹⁵

Em sentido oposto, a liberdade dos antigos consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazê-los

¹⁹⁴ CONSTANT, Benjamin. “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*”. Discours prononce dans le Athénée Royal de Paris, 1819.

¹⁹⁵ CONSTANT, Benjamin. “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*”. Discours prononce dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 02.

comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los, mas, ao mesmo tempo em que consistia nisso o que os antigos chamavam de liberdade, eles admitiam como compatível com a liberdade, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo. Não encontramos entre eles quase nenhum dos privilégios que vemos fazer parte da liberdade entre os modernos. Todas as ações privadas estavam sujeitas a severa vigilância. Nada era concedido à independência individual, nem mesmo no que se refere à religião. Mesmo nas relações domésticas a autoridade intervinha. As leis regulamentavam os costumes e, como tudo dependia dos costumes, não havia nada que as leis não regulamentassem.¹⁹⁶

Assim, entre os antigos, o indivíduo quase sempre soberano nas questões públicas, é escravo em todos os seus assuntos privados. Entre os modernos, ao contrário, o indivíduo independente na vida privada, mesmo nos Estados mais livres, só é soberano em aparência.¹⁹⁷ O objetivo dos antigos era a partilha social entre todos os cidadãos de uma mesma pátria. Era isso o que eles denominavam liberdade. O objetivo dos modernos é a segurança dos privilégios privados, e eles chamam liberdade as garantias concedidas pelas instituições a esses privilégios. Por não terem percebido essas diferenças, em razão da educação que haviam recebido, imbuídos de opiniões antiquadas, homens bem intencionados causaram grandes males durante nossa longa e tempestuosa revolução¹⁹⁸. Quiseram, pois, exercer a força pública, segundo tinham aprendido com seus guias, tal como fora exercida antigamente pelos

¹⁹⁶ CONSTANT, Benjamin. “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*”. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 02-03.

¹⁹⁷ Não podemos mais desfrutar da liberdade dos antigos, que se compunha da participação ativa e constante no poder coletivo, nossa liberdade deve compor-se do exercício pacífico da independência privada. A participação que, na antiguidade, cada um tinha na soberania nacional não era, como em nossos dias, uma suposição abstrata. A vontade de cada um tinha uma influência real, o exercício dessa vontade era um prazer forte e repetido, em consequência, os antigos estavam dispostos a fazer muitos sacrifícios pela conservação de seus direitos políticos e de sua parte na administração do Estado. Cada um, sentindo com orgulho o que valia seu voto, experimentava uma enorme compensação na consciência de sua importância social. Essa compensação já não existe mais. Perdido na multidão, o indivíduo quase nunca percebe a influência que exerce. Sua vontade o marca no conjunto, mas nada prova a seus olhos sua cooperação. O exercício dos direitos políticos nos proporciona apenas pequena parte das satisfações que os antigos os encontravam nele e, ao mesmo tempo, o progresso da civilização, a tendência comercial da época, a comunicação entre os povos multiplicaram e variaram “ao infinito” as formas de felicidade particular. Por isso, devemos ser mais apegados que os antigos à nossa independência individual. Os antigos, quando sacrificavam essa independência pelos direitos políticos, sacrificavam menos para obter mais, enquanto que, fazendo o mesmo sacrifício, nós daríamos mais para obter menos. (CONSTANT, Benjamin. “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*”. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 06-07.)

¹⁹⁸ Aqui o autor cita Rousseau e, principalmente, ao seu sucessor, o abade de Mably, além de muitos outros que, conforme as máximas da liberdade antiga, queriam que os cidadãos fossem completamente dominados para que a nação fosse soberana, e que o indivíduo fosse escravo para que o povo fosse livre. (CONSTANT, Benjamin. “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*”. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 07-09). No mesmo sentido vide WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 331-332.

Estados livres, acreditavam que tudo ainda devia ceder frente à vontade coletiva e que todas as restrições aos direitos individuais seriam largamente compensadas pela participação no poder social.¹⁹⁹

Cidadãos das repúblicas, vassalos das monarquias, todos querem privilégios e ninguém pode, no estado atual das sociedades, deixar de querer isso. O povo mais afeito à liberdade em nossos dias, antes da emancipação da França, era também o povo mais afeito a todos os prazeres da vida; e queria sua liberdade principalmente porque via nela a garantia dos prazeres que venerava. Antigamente, onde havia liberdade, podia-se suportar privações; agora, onde há privação, é preciso a escravidão para que alguém se resigne a ela.^{200 201}

Em relação à noção de liberdade, entretanto, a mesma pode se apresentar através de uma concepção “positiva” – liberdade para - ou através de uma concepção “negativa” – liberdade de – que apesar de parecerem se tratar da mesma coisa, apenas de forma negativa e positiva, envolveram conceitos que se desenvolveram historicamente os sentidos divergentes, por vezes, estando uma frente à outra antagonicamente. Especialmente no que diz com as interpretações decorrentes da inclusão da função social da propriedade é possível verificar essa situação.

Por um lado, o Estado Liberal e também o Estado do Social pressupõem uma esfera - ainda que eventualmente reduzida e coexistindo com uma esfera de liberdade positiva - para exercício da liberdade negativa do indivíduo – relacionada com o direito de propriedade. Por outro lado, o pensamento socialista – relacionado com a ideia de solidariedade desenvolvida por Leon Duguit – entende que o direito de propriedade passaria a garantir apenas uma liberdade positiva, qual seja, para agir em benefício da comunidade. A questão ficará mais clara, a partir da análise dos conceitos de liberdade negativa e positiva, desenvolvida por Isaiah Berlin, baseada nos conceitos da filosofia kantiana, que passa-se a expor.

¹⁹⁹ CONSTANT, Benjamin. *“De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes”*. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 09.

²⁰⁰ CONSTANT, Benjamin. *“De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes”*. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 09.

²⁰¹ A independência individual é a primeira das necessidades modernas. Consequentemente não se deve nunca pedir seu sacrifício para estabelecer a liberdade política. A liberdade individual é a verdadeira liberdade moderna. A liberdade política é sua garantia e, portanto, indispensável. Mas, pedir aos povos de hoje para sacrificar, como os de antigamente, a totalidade de sua liberdade individual à liberdade política é o meio mais seguro de afastá-los da primeira, com a consequência de que, com isso, a segunda não tardará a ser arrebatada. (CONSTANT, Benjamin. *“De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes”*. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819. P. 12.)

2.1.2. Liberdade negativa e liberdade positiva

Diz-se normalmente que alguém é livre na medida em que nenhum outro homem ou grupo de homens interfere nas atividades deste indivíduo. Trata-se do conceito de liberdade “negativa”. Ser livre neste sentido significa não sofrer interferência dos outros. Quanto mais ampla a área de não-interferência, mais ampla a liberdade. No entanto, tal liberdade não pode ser ilimitada, porque se assim fosse, todos os homens poderiam ilimitadamente interferir na atuação de todos os outros. Isso levaria ao caos social, onde as necessidades mínimas dos homens poderiam não ser satisfeitas ou, então, as liberdades dos fracos poderiam ser suprimidas pelos fortes. Assim, considerando que os fins e as atividades do homem não se harmonizam automaticamente uns com os outros e que, qualquer que seja a doutrina oficial vigente, será atribuído alto valor também a outras finalidades – como justiça, felicidade, cultura, segurança, ou graus variados de igualdade – impõe-se reconhecer que a liberdade pode ser restringida, em favor de outros valores ou mesmo, da própria liberdade.²⁰²

A área de livre atuação dos homens deve ser limitada pela lei. Entretanto, deve haver uma certa área mínima de liberdade pessoal que não deve ser absolutamente violada, uma vez que, seus limites forem invadidos, o indivíduo passará a dispor de uma área demasiado estreita mesmo para aquele desenvolvimento mínimo de suas faculdades naturais que, por si só, torna possível perseguir, e mesmo conceber, os vários fins que os homens consideram bons, corretos ou sagrados. Segue-se daí a necessidade de se traçar uma fronteira entre a área da vida privada e a da autoridade pública. Os homens em grande parte são interdependentes e a atividade de nenhum homem é tão completamente privada, que nunca venha a obstruir as vidas dos outros de uma forma ou de outra. Em sentido oposto, a liberdade pessoal de cada indivíduo é um fim conclusivo para os seres humanos e não difere segundo as condições sociais ou econômicas de cada um.²⁰³

Liberdade institucional não é o único objetivo do homem. Entretanto, nada se ganha através de uma confusão de termos. Para evitar a desigualdade patente ou a pobreza alastrada, estou pronto a sacrificar parte da minha liberdade ou toda minha liberdade, mas é da liberdade individual que estarei abrindo mão em favor da justiça, da igualdade ou do amor em relação ao próximo. E um sacrifício não representa um acréscimo naquilo que está sendo sacrificado - a liberdade individual -, por maior que seja a necessidade moral de fazê-lo ou a compensação

²⁰² BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 136-137.

²⁰³ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 137-138.

dele advinda. Cada coisa é o que é, liberdade é liberdade e não igualdade, imparcialidade, justiça, cultura, felicidade humana ou uma consciência tranquila. É confundir valores o fato de dizer-se que, embora minha liberdade “liberal” e “individual” possa ir por água abaixo, algum outro tipo de liberdade – “social” ou “econômica” - se ampliará. Entretanto, continua sendo verdadeiro o fato de que a liberdade de alguns, em determinadas ocasiões, precisa ser restringida, para que possa assegurar-se a de outros. Um desses dois preceitos ou princípios conflitantes - pelo menos na prática – deverá ceder e nem sempre por motivos que possam ser claramente identificados e menos ainda generalizados em preceitos os máximas universais. Não obstante, é preciso que se chegue a um compromisso prático.²⁰⁴

Apenas se parte do fato de que uma parcela da existência humana precisa continuar sendo independente da esfera do controle social. Temos que preservar uma área mínima de liberdade pessoal a fim de manter a essência de nossa natureza humana. A questão de saber em que consiste essa essência representa um campo ilimitado de discussões. Mas qualquer que seja o princípio segundo o qual deve ser traçada essa área de não-interferência - seja através do princípio do direito objetivo natural ou dos direitos subjetivos -, a liberdade nesse sentido significa “liberdade de” nenhuma interferência além da fronteira – móvel, mas sempre identificável. A defesa de liberdade consiste na meta “negativa” de contrapor-se à interferência. Liberdade nesse sentido, tem relação principalmente com a área de controle, não com sua fonte.²⁰⁵

Em sentido oposto, a concepção “positiva” de liberdade – a “liberdade para” – tem origem no desejo do indivíduo de ser seu próprio senhor, como ser que pensa, deseja e age, assumindo a responsabilidade por suas opções e sendo capaz de explicá-las mediante referências a suas próprias ideias e seus próprios objetivos. A liberdade que consiste em ser senhor de si mesmo e a liberdade que consiste em não ser impedido por outros de escolher o que quer, parecem se tratar de conceitos que não estão muito separados um do outro, mas apenas maneira positiva e negativa, respectivamente de dizer a mesma coisa.²⁰⁶ No entanto, as interpretações do conceito de liberdade – “negativa” e “positiva” – representam atitudes divergentes e irreconciliáveis quanto às finalidades da vida. A primeira quer limitar a

²⁰⁴ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 138-139.

²⁰⁵ O desejo de ser governado por mim mesmo ou, pelo menos de participar do processo através do qual minha vida deve ser controlada, pode ser um desejo tão profundo quanto o de uma área livre para ação, mas não é a mesma coisa. Aliás, é tão diferente que, em última análise, levou ao grande conflito de ideologias que dominam o mundo. (BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 140-142)

²⁰⁶ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 142-143.

autoridade como tal, enquanto a segunda a quer em suas mãos. E, não há como não reconhecer que é uma profunda falta de compreensão moral e social deixar de reconhecer que a satisfação que cada um procura é um valor último que, histórica e moralmente, tem igual direito de ser classificado entre os mais importantes interesses da humanidade.²⁰⁷

Se sou possuidor da razão e da vontade concebo fins e desejos para atingi-los, mas se sou impedido, não me sinto mais dono da situação. O único método verdadeiro para se atingir a liberdade é uso da razão crítica, a compreensão do que é necessário e do que é contingente. Esse é o cerne metafísico do racionalismo, a noção de liberdade aí contida não é a concepção “negativa” de um campo (idealmente) sem obstáculos, mas a noção de autogoverno e de autocontrole. Posso fazer o que quiser e por minha própria vontade, sou racional e, portanto, não posso desejar afastar do meu caminho o que quer que seja que eu posso demonstrar a mim mesmo como sendo necessário, como não podendo ser senão o que é em uma sociedade racional – em uma sociedade dirigida por mentes racionais, na busca de metas tais como aquelas que um ser racional gostaria de ter. No curso de sua evolução essa doutrina pode ter-se extraviado de suas bases racionalistas, mas é por essa liberdade que se luta em democracias ou ditaduras em muitas partes do mundo hoje.²⁰⁸

Outro modo histórico de confundir liberdade com igualdade e fraternidade, leva a conclusões similares neoliberais e foi levantado em fins do século XVIII, perguntando acerca do sentido de “um indivíduo”, uma vez que enquanto viver em sociedade, tudo o que fizer inevitavelmente afetará ou será afetado por aquilo que os outros fazem.²⁰⁹ A ânsia da noção de status (ou de solidariedade, ou de fraternidade, ou de igualdade, ou mesmo a combinação de todas essas noções) está, sob certos aspectos, muito próxima do desejo de ser um agente independente. No entanto, liberdade é algo diferente de qualquer melhoramento da situação social que já desfruta um ser humano, isso daria a esse termo uma conotação tão ampla e vaga que ele se tornaria praticamente inútil – e não garantiria uma área mínima totalmente inviolável exigida pelo conceito de liberdade negativa.²¹⁰

Esse é o sentido da liberdade para Kant. E é nesse sentido que o conceito de liberdade entra no centro do pensar dos direitos do homem, quando o direito à liberdade, como “independência da arbitrariedade alheia e determinação de sua atividade por si mesmo” se

²⁰⁷ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 166.

²⁰⁸ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 151.

²⁰⁹ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 160-161.

²¹⁰ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 160-161.

converte na totalidade dos direitos do homem. Kant obtém o direito do homem fundamental como o direito subjetivo *a priori*, que entra em correlação com a lei jurídica objetiva que considera cada pessoa como sujeito da dação de leis exterior e, por isso, autoriza a unir todos em conformidade com a lei jurídica e a limitar a liberdade de cada outro pela sua própria. Kant formula a posição jurídica fundamental segundo a qual as pessoas - como livres e iguais, como seres dotados de razão, que vivem um com o outro no espaço - ocupam em relação uma a outra e concentram em si as condições da razão de um mundo desatado de determinações naturais, de liberdade exterior, interpessoal. Em oposição a maioria de seus contemporâneos, Kant não inclui nem as condições gerais de realização da liberdade jurídica humana na concepção do direito do homem, nem reage a perigos à liberdade particulares, historicamente experimentados.²¹¹

O direito da pessoa de ter sua liberdade limitada apenas às condições de sua concordância com a de cada um, é princípio fundamental da sociedade estatal civil. Determinado ordenamento jurídico só é legítimo se ele orienta suas normas de conduta apenas pelo princípio formal de compatibilidade de esferas de liberdade diferentes quanto ao conteúdo. A concepção jurídico-racional de Kant, portanto, apresenta uma contrariedade essencial à política clássica, uma vez que se afasta a ideia de justiça da perseguição do bem-estar da comunidade - e, conseqüentemente a perseguição do bem-estar privado deixa de ser considerado injusto e passa a ser considerado insignificante. E um estado jurídico sob leis públicas contém a liberdade de cada um como condição primeira.²¹² Na concepção de Kant a conexão teórico-válida entre o direito de liberdade natural e o direito positivo é inequívoca e clara. A lei fundamental refere-se em sua parte dos direitos fundamentais à tradição dos direitos de liberdade clássicos e do estado de direito liberal, segundo a qual os direitos fundamentais são direitos de defesa e de delimitação dirigidos ao estado, atrás deles está a ideia liberal da garantia da liberdade por cerca e separação do conjunto.^{213 214}

²¹¹ WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 199.

²¹² WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 336-337.

²¹³ WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 339.

²¹⁴ Kant determinou o direito de liberdade que cabe a cada pessoa em razão de sua humanidade como a independência de arbitrariedade que obriga oriunda de outro. A mesma configuração é também entendida como princípio da coletividade, no sentido de que ninguém pode coagir a pessoa a ser feliz de seu modo – como ele pensa o bem-estar de outras pessoas -, e cada um pode procurar sua felicidade no caminho que lhe parecer bom, desde que não cause dano a liberdade dos outros de aspirar uma finalidade semelhante, que pode existir junto

Ressalte-se que a salvaguarda do direito de liberdade é livre de obrigação, nessa medida, a configuração do espaço de liberdade jurídico-racionalmente delimitado não é, por parte do direito, posta a serviço da confirmação moral. A liberdade jurídica de Kant é, essencialmente, “liberdade de”, ou seja, de arbitrariedade alheia que obriga, que impõe atuações, e não “liberdade para” (por exemplo, para o cumprimento do dever, para a responsabilidade moral, etc).^{215 216}

Agora, passa-se a evolução histórica, com base na doutrina de Georg Jellinek, dos tipos fundamentais de Estado, a partir da qual se apresentará a justificação do reconhecimento da liberdade em sentido negativo – correspondente a uma esfera de liberdade que deveria permanecer inviolável para o Estado - como pressuposto do Estado moderno. Para tanto, é importante considerar a evolução histórica da noção de Estado ocidental, uma vez que, como se verá, há uma imediata continuidade histórica que influencia no Estado atual. E a evolução do Estado antigo ao Estado moderno leva também ao reconhecimento inafastável da existência de um direito de liberdade em face do Estado.

Assim, em que pese a inclusão da obrigação da função social a ser observada por parte do proprietário – que, nessa medida, garante uma esfera de liberdade apenas positiva ao proprietário, para agir, levando em consideração o interesse público -, permanece garantida uma esfera de liberdade negativa do proprietário, inerente ao direito de propriedade, entendido como um direito de liberdade – que garante uma esfera de liberdade de agir, levando em consideração o seu interesse particular. A esfera pessoal não se subordina, portanto, aos fins coletivos. Tais esferas são complementares e estão garantidas a partir de um equilíbrio *a priori*, pressuposto pelo próprio texto constitucional.

Retomo o foco, ainda mais uma vez, ao estudo da passagem do Estado Liberal ao Estado Social. Vários intérpretes da cultura helênica, como Benjamin Constant, como visto acima²¹⁷, buscaram demonstrar que o indivíduo desaparece na comunidade grega. Assim,

com a liberdade de cada um segundo uma lei geral – ou seja, o direito do outro. Esse direito, como princípio *a priori* é anteposto a cada dação de leis estatal. (WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 334-335.)

²¹⁵ WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 195.

²¹⁶ Ainda, a questão acerca da liberdade legal formalmente limitada e neutra em valores ou ético-materialmente determinada e vinculada a valores também foi colocada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, sob o conceito do livre desenvolvimento da personalidade constante no art. 2, alínea 1 da Lei Fundamental, sendo que Tribunal e doutrina dominante decidiram por uma interpretação livre de valores. (WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 195.)

²¹⁷ Ponto 2.1.1. Capítulo 2. Segunda Parte.

negando implicitamente ao indivíduo toda a ideia de autonomia subjetiva, dos direitos fundamentais perante a comunidade. Teses como a de Benjamin Constant, compõe a essência do pensamento liberal, quando exprime no Estado Moderno a ideia de liberdade como autonomia, em contraposição a ideia de liberdade como participação.²¹⁸

Entretanto, apesar da grandeza dos esclarecimentos trazidos acerca da liberdade humana. As reações ao liberalismo, nas suas mais diversas manifestações ideológicas, acabaram sempre vinculado a liberdade ao poder, pretendo superar o choque entre individual e coletivo através de alguma reconciliação conveniente ao poder. Isso ocorreu tanto no antiliberalismo das doutrinas autoritárias como na moderna democracia do Estado Social, onde ainda se manifesta de forma tímida, como se fosse apenas de uma inclinação hesitante, decorrente das incertezas e da violência em que é travado o conflito ideológico, do qual depende a sobrevivência da democracia.²¹⁹

A tendência antiliberal do totalitarismo da direita se baseou numa compreensão autoritária da liberdade, que na prática dos regimes nazi-fascistas levou a sua extinção de fato. Doutrinariamente, simpatizava essa tendência com o organicismo da Antiguidade, numa possível síntese de elementos colhidos na filosofia política de Nietzsche e Hegel.²²⁰ A outra grande negação da liberdade praticada pelo liberalismo, surge da doutrina socialista de Marx, Engels e Lênin, que relaciona o Estado Liberal ao Estado da burguesia, vanguardeira e detentora do sistema capitalista, e que profetiza a agonia e extinção do capitalismo.²²¹

Como se pode ver, a superação do Estado Liberal pelo Estado Social gerou repercussões profundas na estrutura política dos povos ocidentais. No entanto, nem todos que estudaram as instituições políticas da antiguidade acataram a generalização ousada dos teóricos liberais. Georg Jellinek por exemplo, ao entrar nesse debate com mais cautela, na sua interpretação acerca da antítese do Estado antigo perante o Estado moderno, chega a conclusões que não correspondem inteiramente às que se propagaram no século XIX²²². Jellinek apresenta uma crítica da cultura alemã ao conceito individualista de liberdade pura e formal, erigido como dogma pelo liberalismo político do século XVIII²²³, que é fundamental

²¹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 153-154.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 163.

²²⁰ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 163-164.

²²¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 153.

²²² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 154.

²²³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. P. 157.

a compreensão do Estado Social e das consequências dele decorrentes, entre elas a inclusão da obrigação decorrente da função social, como passa-se a expor.

2.1.3. Evolução histórica dos Estados ocidentais em direção ao Estado liberal

Historicamente Estado e Direito têm estado entrelaçados um com o outro. Começando pelas associações mais estreitas – que podem ter sido a família e a tribo – até alcançar aquelas associações que constituem o fim dessa cadeia: O Estado territorial. E mesmo a mais alta associação está no caminho da experiência ou da contingência, e ao contrário do que opinava o racionalismo, não deve sua existência a fins claramente definidos ou conscientes. Toda associação tem sido sempre primeiro algo real, fático, e depois que se torna firme, lhe aderem ao costume e ao Direito, como fatores poderosos que transformam o real no dever ser.^{224 225}

Como nota fundamental do Estado grego, é de se ressaltar sua onipotência, e a impotência do indivíduo frente ao Estado. Aquele se dissolve dentro deste e não é indivíduo senão através do Estado. A liberdade antiga consistia exclusivamente na capacidade do indivíduo para participar na formação das leis soberanas, mas estas dominavam o indivíduo totalmente sem deixar esfera alguma de liberdade no sentido mais importante que tem esse conceito de liberdade para o homem moderno. Por isso a ideia socialista, segundo a qual o indivíduo só tem valor de membro de uma comunidade, encontra sua expressão mais alta e mais pura no Estado grego quando se tratava, pelo menos, de cidadão. Em oposição a ele, o Estado moderno reconheceu o indivíduo como um poder, com uma esfera independente, e o Estado se colocou a serviço da evolução da pessoa individual²²⁶ Esses juízos que tradicionalmente tem sido emitidos sobre o Estado grego procedem de fontes distintas: por um lado, sob a influência das ideias políticas de Platão e Aristóteles, segundo as quais o indivíduo não pertence a si mesmo, mas pertence ao Estado²²⁷, por outro lado, procedem do liberalismo moderno.²²⁸

²²⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 219.

²²⁵ E, como todo fenômeno histórico, o Estado está submetido a uma mudança permanente nas suas formas. Os elementos do conceito de Estado em suas formas social e jurídica se mostram de maneira diversa nos diferentes círculos que formam a vida e a cultura, e dependem das propriedades gerais de um povo e de uma época, tanto o que se chega a ter consciência destas propriedades como a maneira de alcançá-las. (JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 235.)

²²⁶ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 241.

²²⁷ Ao se adotar a doutrina de Platão e Aristóteles, não se leva em conta o restante da literatura política em que se havia descrito de um modo completamente diverso o Estado e suas relações a respeito do indivíduo, além de se desconhecer o fato histórico importantíssimo de que o indivíduo moderno tem seu fundamento teórico precisamente nas doutrinas antigas – que ou se ignora, ou se diz tratar-se de um desvio da chamada verdadeira

No entanto, a investigação moderna, mais livre de construções, vê, na ideia de que a liberdade do indivíduo está limitada exteriormente e este se encontra completamente contido na comunidade, um produto artificioso nascido da necessidade de reunir todas as forças para conservar a soberania nos países conquistados e nascido, igualmente, da oposição entre os nobres e o rei, que através da organização do Estado, estavam reciprocamente obrigados.²²⁹ Assim, o tipo do Estado antigo criado em vista da doutrina platônico-aristotélica, é um tipo ideal, mas não um tipo empírico.²³⁰

As particularidades do Estado grego, no entanto, que não foram suficientemente ressaltadas e que tem um grande significado para o conhecimento atual, estão centradas basicamente na *polis*, como característica essencial e primeira da unidade interior.²³¹ A *polis* não era exclusivamente uma pluralidade de Estados, mas era, ao mesmo tempo, uma comunidade de cultura: e esta é a distinção radical da mesma em relação as suas análogas do Oriente. Não existia lei alguma que prescrevesse uma direção concreta a evolução política, nem autoridade do Estado que valesse como instituída imediatamente por Deus, senão que sempre descansava a *polis* na unidade inquebrável do que no mundo moderno foi separado: Estado e Igreja. Por isso o Estado helênico tinha uma grande quantidade de exigências para

ideia do Estado entre os gregos. No entanto, a direção individualista da antiga doutrina do Estado foi fundada, não menos que a oposta, nas relações políticas e sociais de então, do modo próprio que na atualidade as concepções contraditórias do Estado, nascem com igual necessidade e exclusivismo da oposição de forças que reinam na sociedade. Além disso, esquece-se que ambos pensadores construíram teorias que estão até hoje por se realizar. (JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 241-242.)

²²⁸ Já a doutrina do liberalismo moderno consiste em colocar em termos muito claros e mediante uma antítese tão vigorosa quanto seja possível, a doutrina das relações do Estado com o indivíduo. Uma investigação clara dessa doutrina mostraria o quão errôneo é caracterizar só com algumas palavras um espaço de tempo que compreende vários séculos. Ainda, deve-se considerar que as descrições mais típicas do Estado grego são, em sua maioria, retratos do Estado militar espartano. Esse Estado foi tomado por Jenofonte e Platão como o modelo necessário para se opor ao Estado ateniense, que havia degenerado em uma democracia desenfreada. Essa exigência coletivista, tão vigorosamente refletida nas instituições do Estado, foi então para Atenas, não como uma realidade jurídica, mas como projeto de uma Constituição futura, baseada em instituições de um passado estranho a ela, e que não se apoia, portanto, na ideia de uma desapropriação completa do indivíduo em benefício da comunidade. Pohlmann mostrou com razão que o motivo do fundamento do Estado ideal para Platão é o interesse individual, e isso eles harmonizam com os interesses sociais estando, pois, o primeiro, no Estado que o exige a mais segura garantia. Na Atenas do século IV o indivíduo tinha precisamente um poder tão grande e tão reconhecido que todo reformador social precisava contar com ele. Em sua crítica à República platônica, Aristóteles tratou de demonstrar que a ignorância da natureza da individualidade era o erro fundamental da doutrina platônica do Estado. (JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 244.)

²²⁹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 244-245.

²³⁰ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 241.

²³¹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 245-246.

seus cidadãos.²³² Na realidade, em Atenas especialmente, na medida em que crescia a cultura, ia se alargando de um modo efetivo a esfera da liberdade individual.²³³

Tem-se assim que, no Estado antigo, como no Estado moderno, reconhecia-se ao indivíduo uma esfera livre e independente do Estado, mas jamais se chegou na antiguidade a se ter consciência do caráter jurídico dessa esfera do indivíduo face ao Estado. A consciência dessa liberdade individual como uma instituição jurídica está condicionada à consciência da oposição entre indivíduo e Estado, mas precisamente esse reconhecimento faltou necessariamente aos gregos e quando em época posterior o individualismo despertou essa oposição, havia desaparecido a independência dos Estados gregos.²³⁴

A afirmação do Direito de liberdade individual tem como pressuposto uma dupla oposição: primeiro, a de Igreja e Estado; segundo, a de monarca e povo. No calor das lutas confessionais da época moderna e da luta entre o poder dos monarcas absolutos e os direitos do povo, nasceu a concepção dos direitos originários correspondentes a uma esfera de liberdade que deveria permanecer inviolável para o Estado. Nenhuma dessas oposições existiu na Grécia. O desconhecimento do Direito individual só se estendeu a essa esfera da liberdade, sendo que era, no entanto, muito viva a ideia de que o Estado tinha de levar a cabo funções no interesse do indivíduo, os quais tinham o direito de exigir que se cumprissem, em que pese não se possa deduzir isso das doutrinas de Platão e Aristóteles, já que lhes faltava uma ciência jurídica.²³⁵

A distinção mais importante, portanto, entre o estado antigo e o moderno, não está na liberdade – como pressupunham os liberais²³⁶ -, mas está na diferente estimação que merece a pessoa humana. Jamais na antiguidade se chegou a reconhecer o homem por si mesmo, como pessoa. O século XIX é o século em que os Estados ocidentais conseguiram uma vitória geral para esse princípio: o homem é pessoa.²³⁷ O Estado da Idade Moderna, estado unitário, Estado que reúne em si todos os poderes públicos e todos os direitos, não é senão o resultado de uma evolução lenta e de um processo contínuo que tendeu a superar as divisões profundas. Mas

²³² JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 246.

²³³ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 249.

²³⁴ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 251.

²³⁵ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 252.

²³⁶ Como apresentado no ponto 2.1.1. supra, através da doutrina de Benjamin Constant.

²³⁷ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 256.

seria um grande equívoco concluir disso que o Estado moderno se identifica completamente com o Estado antigo e que não existe já entre ambos oposição alguma de princípios.^{238 239}

Nesse sentido, o círculo da atividade essencial do Estado, só pode, pois, encontrar-se naquilo que concerne às ações humanas comuns e extrínsecas e o que com elas possa alcançar-se. Nesse círculo de ações está a exteriorização da solidariedade da vida humana. Toda solidariedade pode exteriorizar-se através de um acordo interno espontâneo ou por uma organização exterior e conforme um plano. Ocorre que a primeira forma de solidariedade, a irreflexiva, fica excluída da atividade consciente e finalista do Estado. A massa de fenômenos psíquicos sobre cuja existência e efeitos repousam as grandes modificações históricas na vida total dos povos são influídas de um modo mediato pelo Estado, mas não são criadas conscientemente. As religiões, as nacionalidades, as classes sociais, etc., nascem independentemente do Estado. O Estado pode protegê-las, favorecer sua difusão ou sua realização, mas não pode produzi-las. No entanto, é fácil ao Estado exercer sobre elas uma ação retardatária ou opressora, ainda que dentro de determinados limites. Os poderes que nascem no seio da sociedade só podem ser vencidos por outras novas forças que nasçam igualmente destas. E é nessa medida que, o peculiar, o próprio do Estado são as manifestações solidárias dos homens. Conservar, ordenar e ajudar são as três grandes categorias a que se pode reduzir a vida do Estado.²⁴⁰ Por isso a formação da individualidade é um dos supremos interesses solidários. A evolução de um todo está firmemente condicionada pela evolução de seus membros.²⁴¹

Assim, tem-se que o aumento da civilização tem como consequência para o indivíduo aumentar as alternativas de sua ação. Disso resulta que no curso dos tempos o círculo da atividade do Estado vai se ampliando de um modo fundamentado. Através da reflexão acerca dos limites que lhe impõe a natureza das relações, retirou-se o Estado das esferas que tinham sido reconhecidas como pertencentes a ele, mas se compensou isso com o aumento do número

²³⁸ Também as teorias políticas da época moderna contêm em uma medida maior ou menor a tendência de conceber o Estado como uma unidade. O primeiro sistema completo de Direito Natural, a doutrina absolutista de Hobbes, considera o Estado como uma personalidade unitária que não pode ser limitada por nenhuma outra vontade. Apesar do Direito Natural derivar o Estado dos indivíduos, concebe ao Estado, uma vez criado, um poder superior a todos os demais. A teoria jurídica moderna atribui ao Estado o Direito formal de determinar segundo seu próprio critério os limites de sua atuação. De modo que, em princípio, nada no que se refere à vida humana em comum, pode ser estranho ao seu poder regulador. (JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 267-268.)

²³⁹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 268.

²⁴⁰ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 205-206.

²⁴¹ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 206.

de suas atividades. Assim, se abrem constantemente novos territórios para sua liberdade e por sua vez ao que está sempre unido a ela, a atividade do Estado, a qual se propõe em grande medida à regulação e a proteção de tal liberdade.²⁴²

Reconhecida à liberdade, na modernidade, portando, como o aumento de possibilidades de ação para o indivíduo, esta liberdade está em consonância não com o Estado Liberal – que apenas estabelecia o direito de propriedade como um direito de defesa em face do Estado –, mas com o Estado Social – que reconhece também a função social da propriedade – e com isso, pressupõem não apenas uma liberdade de ação – inerente ao reconhecimento do direito de propriedade perante a lei – mas um aumento de possibilidades efetivas ao indivíduo – através do reconhecimento da função social, como meio de alcançar a justiça social e a redução das desigualdades fáticas. Impõe-se entender agora, de que forma, a liberdade, na esfera jurídica, se relaciona com essas alternativas de ação.

2.1.4. Liberdade como alternativa de ação

Nem todas as coisas boas são compatíveis, muito menos todos os ideais da humanidade, mas deve haver um modo possível desses valores viverem juntos. A crença de que, em princípio, se pode encontrar alguma fórmula simples onde todos os diversos fins dos homens possam ser harmonicamente realizados, pode ser falsa por demonstração. Pela observação empírica e pelo conhecimento humano comum, o mundo com o qual nos deparamos se apresenta com opções entre fins igualmente últimos, exigências igualmente absolutas, sendo que a realização de parte desses fins e dessas exigências acarreta inevitavelmente o sacrifício de outras, nessa medida, se revela a importância básica da liberdade de escolha [a liberdade no sentido negativo]. A necessidade de escolher entre exigências absolutas é, então, uma característica inevitável da condição humana, o que dá seu valor à liberdade, como um fim em si mesmo [a liberdade “de” no sentido kantiano]. O que não quer dizer que a liberdade individual seja, mesmo nas sociedades mais liberais, o critério único ou mesmo o critério dominante de ação social. A ampliação da liberdade de um homem ou de um povo de escolher viver como deseja deve ser pesada com as exigências de muitos outros valores, como igualdade, justiça, felicidade, segurança ou ordem pública.²⁴³

²⁴² JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 206-207.

²⁴³ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 168.

No final, homens escolhem entre valores últimos, escolhem como escolhem, porque suas vidas e pensamentos são determinados por categorias morais fundamentais e conceitos que são uma parte do seu ser e de sua própria identidade, uma parte do que lhes torna humanos. Assim, tem-se que o ideal de liberdade para os modernos exige eterna validade e o pluralismo de valores relacionados com isso.²⁴⁴

A conexão do direito de liberdade, como uma esfera inviolável de atuação livre, e sua relação com o livre desenvolvimento da personalidade humana, representam o sentido kantiano de liberdade. Esse conceito, entendido em um sentido amplo, visa garantir uma esfera de liberdade geral de ação. Essa liberdade geral de ação, conseqüentemente, não pode ser entendida como uma liberdade no sentido de realização de uma única ação (o que conduziria a uma liberdade no sentido positivo), mas sim, como uma liberdade no sentido de possibilidade de realização de mais de uma ação, ou de alternativas de ação (no sentido negativo, portanto).

Com base nessa compreensão, passa-se agora a destacar a importância do conceito de liberdade, enquanto parte das posições jurídicas fundamentais, com base na doutrina de Robert Alexy. O conceito de *liberdade jurídica* é aqui fundamentado diretamente a partir do conceito que lhe é constitutivo, o conceito de permissão jurídica.²⁴⁵

Essa concepção repousa de forma essencial em pessoas enquanto titulares de liberdades, no entanto, tanto a liberdade de ação, quanto a liberdade da vontade são abstrações em relação à liberdade das pessoas. Nessa medida, a base do conceito de liberdade é constituída por uma relação triádica entre um titular de uma liberdade (ou de uma não-liberdade), um obstáculo à liberdade e um objeto da liberdade.²⁴⁶

Partindo-se desse pressuposto, verifica-se uma diferença essencial entre as situações, quando o objeto da liberdade é uma *alternativa de ação* ou *apenas uma ação*. Quem entende que a liberdade consiste em fazer o necessário ou o razoável pressupõe *apenas uma ação*.

²⁴⁴ BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho. P. 169.

²⁴⁵ Para Hohfeld existem oito relações jurídicas estritamente fundamentais: direito, dever, não-direito, privilégio (ou permissão) – incluídas no âmbito do direito a algo (ou pretensões) - poder, sujeição, incapacidade, imunidade – incluídas no âmbito das competências. A teoria lógica de Hohfeld refere-se às correspondências lógicas entre as relações jurídicas. As relações lógicas entre os direitos à algo (ou pretensões) são as seguintes: o não-direito é a negação do direito e o privilégio (ou permissão) é a negação do dever - trata-se das relações entre opositivos jurídicos - ; o dever é o correlativo do direito e o privilégio (permissão) é o correlativo do não-direito – trata-se das relações entre correlativos jurídicos. Em razão da lógica apresentada por Hohfeld em relação a dois sujeitos de direitos, pode-se chegar, quando em relação ao direito a algo (ou pretensão), na conclusão de que apenas uma modalidade deontica básica é suficiente (ainda que internamente seja relacional.) (HOHFELD. W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción: Genaro R. Carrió. 1a. ed. 1991. México: Distribuciones Fontamara S.A., 2009. P. 49.)

²⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 220.

Trata-se da liberdade positiva. Em contextos ligados aos direitos fundamentais, um conceito positivo de liberdade, estaria relacionado a um agir correto – decorrente de uma relação especial entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade, que é a ação necessária ou razoável [exigida, por exemplo, pela obrigação decorrente da função social] - e não a uma alternativa de ação dependente do arbítrio de cada um [exigida, por exemplo, pela garantia do direito de propriedade como um direito de defesa frente ao Estado].²⁴⁷

Ora, como se viu, na liberdade positiva, o objeto da liberdade seria *uma única ação*. No entanto, só se fala em liberdade jurídica efetivamente, quando o objeto da liberdade for uma *alternativa de ação*, portanto, uma liberdade negativa. Uma pessoa é livre no sentido negativo, na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação, ou seja, não se diz o que uma pessoa livre em sentido negativo deve fazer ou, sob certas condições irá fazer, apenas se diz algo sobre suas *possibilidades* de fazer algo. O conceito mais amplo de liberdade, do qual a liberdade jurídica é uma manifestação especial é, portanto, uma relação triádica, em que o terceiro elemento é uma *alternativa de ação*.²⁴⁸

O conceito de liberdade aqui fixado é mais amplo que o habitual, enquanto o conceito de liberdade positiva é mais restrito. A partir de um uso linguístico muito difundido, apenas a *liberdade jurídica* seria caracterizada como liberdade negativa. A justificativa para isso fica clara, por exemplo, se a transformação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado [o que ocorre por exemplo, com um terceiro beneficiário da desapropriação por função social], então, ao indivíduo pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, trata-se de um direito a uma ação estatal *positiva*. Mas, se para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessária apenas uma abstenção estatal, trata-se de uma ação *negativa*. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestações, somente um direito de defesa [o que ocorre por exemplo, em relação ao exercício do direito de propriedade, pelo seu titular]. Com base na tradição, tanto a primeira concepção - que se refere a uma concepção ampla de liberdade negativa -, quanto a última - que se refere a uma concepção restrita de liberdade negativa -, podem suscitar uma pretensão ao predicado “negativa”, no entanto, a distinção entre liberdade positiva e liberdade negativa apresenta um significado fundamental. A liberdade negativa em sentido estrito é a concepção liberal de liberdade. Nessa medida, uma liberdade negativa em sentido estrito é sempre também uma liberdade negativa em

²⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 220-221.

²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 221-222.

sentido amplo, mas nem toda a liberdade negativa em sentido amplo é também uma liberdade negativa em sentido estrito.²⁴⁹

Uma liberdade negativa em sentido estrito decorre da relação triádica de liberdade quando o objeto da liberdade são alternativas de ação e o obstáculo à liberdade são ações obstaculizadores de terceiros, em especial do Estado. Na liberdade jurídica, entre o obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade existe uma relação analítica, sendo que a proibição jurídica é exatamente a proibição do objeto da liberdade [garantida pelo direito de propriedade]. Por essa razão é possível que o conceito de liberdade jurídica se baseie diretamente no conceito de permissão e não na relação triádica geral da liberdade. Contraposto a esse conceito é possível construir o conceito de liberdade fática, que corresponde a possibilidade real de fazer ou deixar de fazer aquilo que é permitido [garantida pela função social, que visa assegurar o efetivo exercício da propriedade aos desprovidos de condições financeiras para adquirir a propriedade].²⁵⁰

Assim, tem-se a conexão dos conceitos de liberdade jurídica e permissão – permissão no sentido de negação de deveres e proibições [o direito de propriedade, portanto, pressupõe a existência de permissões para o uso dos direitos de propriedade]. Sob esse enfoque existem as liberdades jurídicas não protegidas e as liberdades jurídicas protegidas. A liberdade jurídica não-protetida é totalmente reduzível a permissões de fazer algo e de não o fazer, portanto, trata-se de uma “faculdade”. A negação da liberdade jurídica não-protetida é a não-liberdade – no caso da abstenção ou realização de uma ação lhe ser juridicamente obrigatória [inerente ao cumprimento da função social da propriedade].^{251 252}

Normas de direitos fundamentais permissivas são normas de hierarquia constitucional, portanto, do mais alto nível hierárquico. Normas proibitivas e mandamentais de nível inferior – que proíbem ou obrigam algo que as normas de direitos fundamentais permitem fazer ou

²⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 223.

²⁵⁰ Para liberdades não-jurídicas a questão é mais complicada, já que entre o obstáculo e o objeto existe apenas uma relação empírica (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 223-226.)

²⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 226-228.

²⁵² As liberdades não-protetidas não implicam o direito a não ser embaraçado no gozo dessas liberdades, um tal direito é um direito a algo e se distingue fundamentalmente de uma combinação de permissões. Se esse direito estiver presente a liberdade não-protetida vira liberdade protegida. Assim, do ponto de vista lógico, a liberdade não-protetida é uma determinada combinação de negação do dever-ser. E, ante a neutralidade do conceito, pouco importa se o conceito primário é o de liberdade que é restringida pelo dever-ser, ou se o conceito primário é o de dever-se que cria a liberdade por meio de não-deveres e não-proibições, uma vez que para o conceito de liberdade negativa não faz diferença se as liberdades são concebidas como negação do dever-ser ou o dever-se como negação das liberdades. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 229.)

deixar de fazer – são contrárias a elas e, por isso, inconstitucionais. Nessa medida, as normas de direito fundamentais estabelecem “os limites do dever-ser” em relação às normas de nível inferior. Pode-se dizer que as normas de direitos fundamentais – na medida em que por meio delas algo é permitido -apresentam-se, dentre outras, como normas que outorgam permissões ao seu titular.^{253 254}

No entanto, a proteção constitucional da liberdade não se limita à posição de liberdade jurídica não protegida (permissão de fazer e de não-fazer algo), ela é constituída por um feixe de direitos a algo (pretensões) e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida. Trata-se, nesse caso, de uma *liberdade protegida*.²⁵⁵ Assim, tem-se que toda liberdade fundamental é uma liberdade que existe ao menos em relação ao Estado e é protegida, no mínimo por um direito – garantido diretamente por normas que conferem direito subjetivo – a que o Estado não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre. Ao se combinar liberdade e proteção no conceito de liberdade protegida, tem-se a associação entre uma liberdade não-protegida (faculdade) e um direito ao não-embaraço de ações (direito a uma ação negativa, que corresponde a proibição dessa ação, que equivale a uma proteção negativa). Quando se fala em direito fundamental como “direito de defesa”, em geral, está se referindo aos direitos contra o Estado, a ações negativas que protegem liberdades fundamentais. Tais direitos estão ligados à competência para questionar judicialmente sua violação. Quando se juntam essas três posições – uma liberdade jurídica, um direito contra o Estado a um não-embaraço e uma competência para questionar judicialmente a violação desse direito -, tem-se um direito negativo de liberdade em face do Estado totalmente desenvolvido.²⁵⁶

Uma proteção positiva de uma liberdade em face do Estado advém de uma liberdade acrescida de um direito a uma ação positiva. Trata-se aqui de tornar faticamente possível ao portador da liberdade aquilo que é permitido a ele – no sentido de juridicamente possível -,

²⁵³ As liberdades não-protegidas não implicam o direito de não ser embaraçado no gozo dessas liberdades. Tal direito é um direito a algo e é fundamentalmente diferente de uma combinação de permissões e, se ele estiver presente, a liberdade não-protegida passa a ser uma liberdade protegida. Uma liberdade não-protegida existe se tanto uma ação como uma abstenção correspondente são permitidas. Uma ação é permitida quando ela se baseia em uma norma permissiva ou quando não existe no sistema jurídico normas mandatórias ou proibitivas em que se enquadre a ação ou a abstenção em questão. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 229-232.)

²⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 221-232.

²⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 232-233.

²⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 234.

denominado no uso coloquial da linguagem como “proteção da liberdade”. É a ligação entre uma liberdade e um direito a uma prestação em sentido estrito, que torna possível a efetiva fruição do que é facultativo.²⁵⁷ O direito de liberdade passa a ser utilizado não apenas como direito de defesa, mas passa a se referir também aos pressupostos necessários para a realização do direito de liberdade, passando a ser interpretado também como uma garantia de uma parte da liberdade fática.²⁵⁸

Essa noção de prestação fática positiva está relacionada com a ideia de Estado Social e, conseqüentemente, com a noção de função social da propriedade. O avanço da interpretação liberal clássica, que via os direitos fundamentais apenas como ações negativas do Estado – destinados a proteger a esfera de liberdade do indivíduo – passam a ser acompanhados de direitos a uma ação positiva do Estado – direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir às disposições de direitos fundamentais normas que garantem ações positivas do Estado é uma questão que gera polêmica. No entanto, tais disposições não podem ocultar o fato de que a Constituição, a partir de seu texto e de sua história de elaboração, tem caráter de uma Constituição de um Estado de Direito burguês, precipuamente orientada por direitos de defesa.²⁵⁹ Nessa medida é que deve ser entendida a função social da propriedade, no sentido de uma atuação positiva do Estado no direito de propriedade de alguém, a fim de garantir o exercício da liberdade fática de terceiro – garantindo a este a propriedade – para o exercício de sua liberdade negativa.

Além dos direitos a algo (pretensões) e das liberdades, fala-se ainda em competência, próxima da ideia de permissão, em que estão incluídas as posições chamadas “direitos”, referentes a poder (jurídico), competência, autorização, capacidade, direito formativo e capacidade jurídica. Por meio de determinadas ações do titular(es) da competência, uma situação jurídica é alterada.²⁶⁰

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 234.

²⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 438-439.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 434-435.

²⁶⁰ A alteração de uma situação jurídica por meio de uma ação pode ser descrita como a criação de normas individuais ou gerais, que sem essa ação não seriam válidas; ou como a alteração das posições jurídicas dos sujeitos de direito submetidos a norma. Ainda, nem toda a ação por meio da qual se produz uma alteração de posições jurídicas pode ser considerada como o exercício de uma competência, em determinados casos pode ser tratar apenas de capacidade fática. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 232-235 e 238.)

Uma competência é uma posição criada por uma norma de competência. E a competência é correlata (corresponde ou equivale) à sujeição.²⁶¹ Existem competências do cidadão que gozam de proteção no âmbito dos direitos fundamentais, ou seja, o legislador violaria uma norma de direito fundamental se revogasse as competências para adquirir, usufruir ou dispor da propriedade, por exemplo. Para entender o papel das competências no âmbito das posições de direitos fundamentais, é preciso estabelecer a relação das competências com os direitos a algo e as liberdades. A partir de tal relação, tem-se que, para revogar determinadas competências é necessária uma justificação. Com isso, se aceita a existência de um direito *prima facie* a uma competência. Esse direito tem a estrutura do direito a não-eliminação de uma posição. Essa capacidade ou competência é também componente elementar da liberdade de ação no âmbito da propriedade. A constituição alemã garante a propriedade privada como instituto jurídico, e essa garantia assegura um conjunto básico de normas, que definem a propriedade no sentido desse dispositivo de direito fundamental. O direito a uma competência é associado tanto ao conceito de garantias de institutos quanto ao conceito de liberdade.²⁶²

Destaca-se que, quanto mais individualista for uma teoria normativa dos direitos fundamentais, mais direitos a competências ela reconhecerá. A razão para isso está na relação entre liberdade e competência. As competências jurídicas acrescem à capacidade de ação do indivíduo, algo que por natureza não possui. Nessa medida, o ponto central para a relação entre liberdade e competência é que por meio do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo é expandida. Desde que se pressuponha que o exercício da competência não é nem obrigatório, nem proibido, uma expansão das competências do indivíduo significa um aumento de sua liberdade jurídica.²⁶³

Por esse motivo, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade – e, sem dúvida, um obstáculo especialmente eficaz. Ele faz com que o objeto da liberdade – realizar ou não realizar o ato jurídico, no caso, por exemplo, da propriedade privada – seja eliminado por razões conceituais.²⁶⁴ A liberdade jurídica de

²⁶¹ HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción: Genaro R. Carrió. 1a. ed. 1991. México: Distribuciones Fontamara S.A., 2009. P. 71-74.

²⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 244-245.

²⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 246.

²⁶⁴ Nesse sentido, a diferenciação entre configuração e restrição é algo que será analisado mais adiante, no ponto 3.1. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 246.

realizar um ato jurídico – como a propriedade – pressupõe necessariamente a competência para fazê-lo.

A relação entre a competência e a liberdade jurídica também é relevante sobre outro aspecto. Nos casos de garantia de uma liberdade jurídica – quando se permite que algo seja realizado ou deixe de ser realizado – o ordenamento jurídico se comporta de forma passiva em relação às alternativas de ação. No entanto, o ordenamento jurídico se comporta de forma ativa no caso de garantia de uma competência, na medida em que ele cria uma alternativa de ação. O reconhecimento de competências, sejam elas de direito privado – aquisição de propriedade, por exemplo – sejam elas de direito público – direito de votar por exemplo -, é apenas uma das três formas pelas quais o ordenamento jurídico pode ativamente ampliar a margem de ação – e com isso, a liberdade negativa – de um indivíduo. As outras duas formas são: a criação de normas de proteção – sobretudo aquelas do direito penal, que zelam para que terceiros não embarquem o exercício de alternativas de ação dos indivíduos – e a concessão de direitos a prestações positivas em sentido estrito – que devem assegurar a possibilidade fática do exercício de alternativas de ação, e estão garantidas pela função social da propriedade.²⁶⁵

Na medida em que o direito ativamente cria liberdades, ele também cria sempre - direta ou indiretamente – não-liberdades. O exercício de competências leva à imposição de obrigações, não-direitos e não-competências. Por exemplo, a satisfação de direitos a prestações sociais pressupõe que o Estado retire de outros os meios necessários para tanto, o que restringe sua liberdade fática de ação. Isso não altera o fato de as liberdades ativamente criadas serem liberdades, mas suscita a questão acerca da correta distribuição das liberdades.²⁶⁶ E é nesse contexto, que está o direito de propriedade e o dever de cumprimento de sua função social, ao mesmo tempo em que o Estado cria competências positivas ao proprietário - para o exercício de sua liberdade negativa, ou sua liberdade fática de ação - ele cria também competências negativas – que restringem sua liberdade fática de ação, na medida em que se referem a liberdades positivas - , que, no entanto, se prestam a garantir a satisfação dos meios necessários, para que terceiros possam também exercer sua liberdade fática de ação, no sentido de liberdade negativa.

No estado social moderno, a liberdade real em grande medida, passou a depender da criação e garantia de seus pressupostos pelo Estado. Quanto mais intensamente o Estado se

²⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 247.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 247.

dedica ao asseguramento social e fomento cultural dos cidadãos, mais ele se coloca junto ao postulado primitivo do asseguramento da liberdade jurídica fundamental frente ao Estado. Nesse sentido, há uma compreensão de direitos de liberdade da Lei Fundamental como direitos de ter parte, com a reserva do possível, no sentido daquilo que o particular razoavelmente pode exigir da sociedade.²⁶⁷ O Estado de Direito Social, além do reconhecimento de uma realidade que não pode mais ser negada, significa que as tarefas do Estado não se esgotam mais na proteção e na conservação de liberdades e apenas ocasionalmente, na sua intervenção. O Estado, a partir da determinação constitucional, passa a ter tarefa de prestar, distribuir e possibilitar a liberdade individual como social.²⁶⁸

O Estado de Direito Social se destina a coordenação social justa e serve à liberdade que, passado o tempo, já não é mais a do mundo liberal do século XIX, apenas uma questão de proteção diante das intervenções estatais, mas é, simultaneamente, também, uma questão de eficácia estatal ampla, a fim de acompanhar a realidade. No entanto, o Estado Social encontra nos mandamentos da estatalidade jurídica material também seus limites: uma assistência social estatal ampla que queira transmutar a coletividade em um Estado-beneficência ou Estado-provisão e abole a liberdade auto-responsável, não mais corresponde ao Estado Social. Esses limites não são traçados nitidamente e deixa amplo espaço para configurações distintas. Há, portanto, um encargo obrigatório ao legislador, mas não diretrizes obrigatórias ao cumprimento desse encargo.²⁶⁹

Verifica-se assim que no Estado Social a proteção dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente pelo catálogo de direitos fundamentais, se transforma cada vez mais na tarefa de coordenar e delimitar esferas de liberdades colidentes e pretensões de liberdade individuais. E é nesse panorama que está inserida a função social da propriedade, no sentido de garantir ao proprietário esferas de liberdade (no sentido de competências) negativas e positivas que, ainda que partindo de uma posição *a priori* de equilíbrio, são colidentes na medida em que a liberdade positiva imposta ao proprietário, se refere a pretensões de liberdades negativas de terceiros.

²⁶⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 237, número de margem 289.

²⁶⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 173, número de margem 210.

²⁶⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 177, número de margem 215.

Passa-se, agora, a apresentar especificamente a liberdade como um direito geral, que, nesse sentido, situa o direito de propriedade como um direito de liberdade. Esse direito geral de liberdade pressupõe a liberdade negativa como um valor em si mesmo e determina que nos casos de colisão – referentes a obrigação da função social – o peso do princípio de liberdade negativa no caso concreto seja ponderado com os interesses conflitantes, a partir da regra da proporcionalidade, conforme a teoria de Robert Alexy, como passa-se a expor.

2.1.5. Direito geral de liberdade

Esclarece Robert Alexy que o Direito Constitucional Alemão não garante apenas direito a determinadas liberdades, mas também um direito geral de liberdade e um direito geral de igualdade. E, no que diz com o conceito de direito geral de liberdade, o Tribunal constitucional Federal interpreta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – previsto no art. 2º, §1º da Lei Fundamental – como um direito à liberdade geral de ação.²⁷⁰ Tem-se assim pelo afastamento pela Corte Alemã das tentativas de controle da extensão do tipo desse direito geral de liberdade, seja através de teorias objetivas²⁷¹ quanto através de teorias que buscavam restringir o tipo. O Tribunal Constitucional Federal, portanto, reconhece o caráter a garantia de direitos subjetivos do art. 2º, §1º da Lei Fundamental, com sua interpretação do livre desenvolvimento da personalidade como uma “liberdade de ação humana no sentido mais amplo” decidiu por uma teoria extremamente ampla e ao mesmo tempo subjetiva: por um direito geral de liberdade.²⁷² A adoção dessa tese pelo Tribunal Constitucional tem como consequência o fato de a liberdade de ação ser uma liberdade de se fazer ou deixar de fazer o que se quer. E, pressupor que essa liberdade é garantida pelo artigo 2º, §1º significa que: por um lado, a cada um é permitido *prima facie* – caso nenhuma restrição ocorra – fazer ou deixar de fazer o que quiser (norma permissiva); por outro lado, cada um tem *prima facie* – caso nenhuma restrição ocorra - o direito em face do Estado, a que este não embarace sua ação ou sua abstenção, quer dizer, que o Estado não intervenha (norma de direitos).²⁷³

²⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 341.

²⁷¹ Tratadas no ponto 2.1.1 do Capítulo 2, Primeira Parte, do presente trabalho.

²⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 342-343.

²⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 343.

Assim, o tipo do artigo 2º, §1º da Lei Fundamental é bem ampliado, na medida em que inclui todas as ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (normas de direito).²⁷⁴ Entretanto essa concepção ainda não é a concepção mais ampla possível. Segundo o Tribunal Constitucional Federal, o direito geral de liberdade pode, além da proteção de ações do titular de direito fundamental, ser entendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. Dessa forma, o direito geral de liberdade protege não apenas o “fazer” mas também o “ser” fático e jurídico.²⁷⁵

Pode-se fundamentar a inclusão da proteção de situações e posições jurídicas através da constatação de que intervenções em situações e posições jurídicas de um titular de direitos fundamentais sempre afetam indiretamente sua liberdade de ação. Por esse ponto de vista, o direito geral de liberdade tem o caráter de um direito que protege a liberdade geral de ação tanto direta como indiretamente, através da proteção de situações e posições jurídicas²⁷⁶ Ocorre que um tipo tão amplo como o do direito geral de liberdade exige uma equivalente amplitude na concepção da cláusula de restrição. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional Federal foi coerente ao adotar a cláusula restritiva mais ampla possível: como toda e qualquer norma jurídica compatível, formal e materialmente com a Constituição.²⁷⁷

Alexy defende que a esfera jurídico-material do direito geral de liberdade está intimamente ligada à esfera jurídico-procedimental.²⁷⁸ Alexy ampara a ponderabilidade da liberdade geral da ação, a partir de sua adequação como princípio. Ao indivíduo, portanto, deve ser garantido, diante das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, um máximo grau de liberdade para fazer ou deixar de fazer o que quiser. O princípio geral da liberdade, nesse ponto de vista, portanto, diz respeito à liberdade negativa em sentido estrito liberal – quando as alternativas de ação do indivíduo não são bloqueadas por ações obstaculizadoras

²⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 343.

²⁷⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 342-343-344.

²⁷⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 344.

²⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 344.

²⁷⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 346.

positivas²⁷⁹ -, em especial a liberdade jurídica, que existe quando algo não é nem obrigatório, nem proibido.²⁸⁰

O princípio do direito geral de liberdade, portanto, não inclui a liberdade negativa em sentido amplo²⁸¹ – que além da liberdade negativa liberal inclui ações positivas do Estado. Referido princípio visa a maior medida possível de liberdade jurídica, devendo ser denominado “princípio da liberdade negativa de *ação*”. Como o direito geral de liberdade está relacionado também com situações e posições, a esse princípio são adicionados outros dois: um que exige a maior medida possível de não-afetação de situações; e outro que exige a maior medida possível de não-eliminação de posições jurídicas do titular do direito fundamental. Esses três princípios podem ser agrupados em um princípio superior, “o princípio da liberdade negativa”.²⁸²

Alexy, ao tratar do princípio da liberdade jurídica – que exige que as alternativas de ação sejam afetadas o mínimo possível por deveres e proibições – refere que, esse princípio em nada difere de outros princípios, no sentido de que tudo o que afeta negativamente a realização desse princípio pode ser objeto de um exame de adequação e de necessidade. No entanto, em relação ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, da ponderação – que exige que, no caso de um aumento de intensidade da afetação da liberdade, o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente²⁸³ – os problemas surgem.²⁸⁴ O autor esclarece que a concepção do direito geral de liberdade aparece como uma *concepção formal-material*. Formal, na medida em que pressupõe a liberdade negativa e a encara como um valor em si mesmo; e, material, na medida em que determina, nos casos de colisão, o peso relativo do princípio da liberdade negativa no caso concreto, considerando também outros princípios que, em face da liberdade negativa, têm um caráter material.²⁸⁵

Ressalte-se que o conceito do direito geral de liberdade não é um direito a liberdade ilimitada, mas a liberdade de um indivíduo vinculado a uma comunidade. O princípio da proporcionalidade não apenas diz que a liberdade é restringível, mas também que ela é restringível apenas ante a presença de razões suficientes. Na qualidade de princípio, a

²⁷⁹ Vide ponto anterior.

²⁸⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 350-351.

²⁸¹ Vide ponto anterior.

²⁸² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 351-352.

²⁸³ A questão de ponderação será analisada de forma mais específica na Terceira Parte deste trabalho.

²⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 352.

²⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 359.

liberdade negativa não outorga uma permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer, ela apenas defende que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem desde que não existam razões suficientes – que podem ser direitos de terceiros ou interesses coletivos – que fundamentem uma restrição na liberdade negativa. O princípio da liberdade negativa permite considerar, portanto, em toda a sua plenitude à vinculação do indivíduo à comunidade, ele, no entanto, é incompatível com a liberdade arbitrariamente restringida.²⁸⁶

Ressalte-se assim que o direito geral de liberdade insere no estado global de liberdade tanto algo de liberdade no estado de natureza quanto algo de garantia do *status quo*, isso, no entanto, não guarda relação alguma com a ideia de indivíduo isolado. Através da lei de ponderação, o direito geral de liberdade é inserido no estado global de liberdade que tanto a relação e a vinculação da pessoa à comunidade são consideradas, quanto são assegurados os conteúdos necessários para a independência da pessoa, mesmo sob as condições da vida moderna.²⁸⁷

Denota-se assim que o direito geral de liberdade, em razão do seu tipo amplo, inclui não apenas as ações, mas todos os estados e posições jurídicas do titular de direito fundamental. O reconhecimento de competências é, portanto, uma das formas pelas quais o ordenamento jurídico amplia a margem de ação – e com isso, a liberdade negativa – de um indivíduo, o que é especialmente importante quando se fala do direito de propriedade privada.

O direito fundamental da propriedade privada, nesse sentido, está relacionado com um direito geral de liberdade. Por um lado, ele se refere a direitos subjetivos do indivíduo – a competências relacionadas com a propriedade -, e precisamente nesse caso, ele simultaneamente garante um instituto jurídico. Por outro lado, ele aparece como um elemento fundamental da ordem objetiva da coletividade, a partir da obrigação decorrente da função social.

As normas de competência vinculadas ao direito de propriedade relacionam-se com um direito geral de liberdade ao possibilitarem alternativas de ação ao proprietário. Essas normas que garantem as competências do proprietário situam-se no direito privado, mas para que elas existam, o legislador não pode suprimir o direito de propriedade – garantido pela competência positiva -, por um lado, e por outro lado, os direitos sociais, econômicos e culturais decorrentes da função social da propriedade também precisam ser assegurados - através da competência negativa atribuída ao direito de propriedade.

²⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 357-358.

²⁸⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 380-381.

Passa-se então a apresentar, a partir da doutrina de Carl Schmitt, para afastar a alegada dependência de instituições do direito de propriedade e mesmo dos direitos prestacionais garantidos pelo Estado Social²⁸⁸, algo supostamente ausente nos direitos liberais que seriam pré-estatais – neles não incluído, pelo autor, o direito de propriedade. Essa concepção cai, ante a nova percepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, trazida pelo Estado Social.

Reconhece-se que os direitos fundamentais, sejam eles de defesa ou sociais, possuem uma natureza multifacetada. Dessa forma, se existem prestações decorrentes dos direitos liberais, ou de defesa, também os direitos sociais contém em seu conteúdo omissões estatais, assim, a independência de instituições está amparada na esfera negativa dos direitos fundamentais como um todo, enquanto na esfera positiva, ou prestacional, existe a dependência dessas mesmas instituições que assegurem o gozo do direito.²⁸⁹

2.1.6. Liberdades e garantias institucionais

Como já visto anteriormente²⁹⁰, existem competências do cidadão que gozam de proteção no âmbito dos direitos fundamentais. O direito a uma competência está relacionado tanto ao conceito de garantia de institutos quanto ao conceito de liberdade. O núcleo da garantia de institutos é, na verdade, uma proibição, direcionada ao legislador, contra a eliminação ou a alteração substancial de determinados institutos jurídicos de direito privado. E, quando essa proibição corresponde a direitos fundamentais, além de objetiva ela também é uma proteção subjetiva.

Através do reconhecimento de competências positivas, a margem de ação do indivíduo e conseqüentemente sua liberdade jurídica é expandida. E, nessa medida, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade.

Especificamente em relação ao direito à propriedade privada, o artigo 153 da Constituição de Weimar dispôs que “(1) *A propriedade está garantida pela Constituição. Seu conteúdo e suas barreiras resultam das leis. (...) (3) propriedade obriga. Seu uso deve,*

²⁸⁸ Nesse sentido, tem-se que também os direitos sociais, na medida em que incluídos no texto constitucional, como direitos fundamentais, possuem eficácia imediata, e obrigam o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, no caso brasileiro garantida pelo texto constitucional (art. 5, par. 1, da CF/88). *Vide* Capítulo 3 desta Segunda Parte do Trabalho.

²⁸⁹ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. P. 118.

²⁹⁰ Conforme item 2.1.4 deste Capítulo.

simultaneamente, ser serviço para o bem-estar comum"²⁹¹. E, em razão das interpretações do referido dispositivo legal, o direito à propriedade privada - que estabelece competências de direito privado -, passou a ser entendido como “garantia institucional”, muitas vezes relacionada, meramente a uma teoria objetiva de direito.

Robert Alexy explica que direitos a competências de direito privado são direitos em face do Estado. Direitos a que este crie normas constitutivas para as ações de direitos privados e, com isso, constitutivas para a fundamentação, a modificação e a eliminação de posições jurídicas de direito privado. Esses direitos podem se relacionar à exigência de que essas normas existam ou à exigência de que tenham determinado conteúdo. Um exemplo de complexo de normas que se inserem no âmbito desses direitos e que são analisados no contexto da realização e asseguramento de direitos fundamentais são as normas de propriedade. Trata-se dos tradicionalmente chamados “institutos jurídicos”.²⁹²

A conexão entre institutos jurídicos e a ideia de procedimento reside no fato de que os institutos de direito privado são formados, sobretudo, por competências, que, em si mesmas, não delimitam substancialmente as esferas jurídicas dos sujeitos de direito privado, mas fundamentam a possibilidade jurídica de que tal delimitação seja realizada. São, portanto, procedimentos para a criação do direito. E, como procedimento privado e autônomo de criação do direito, são variantes de um dos modelos básicos de procedimento, o modelo contratual.²⁹³ Refere Robert Alexy que, desde Martin Wolff e Carl Schmitt, a proteção dos institutos jurídicos de direito privado é tratada no âmbito dos direitos fundamentais como um problema de uma garantia objetiva de institutos.²⁹⁴

Carl Schmitt evidencia a necessidade de se fazer uma distinção entre as garantias institucionais e os direitos fundamentais. Alega que através da regulação constitucional, pode-se garantir uma proteção especial a certas instituições. A regulação constitucional tem então a finalidade de tornar impossível uma supressão na via legislativa ordinária. Aduz o autor que não se poderia apenas falar em direitos fundamentais quando se refere a garantias

²⁹¹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 313.

²⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 484.

²⁹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 484.

²⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 485.

institucionais, uma vez que a estrutura de tais garantias é distinta, lógica e juridicamente, de um direito de liberdade.²⁹⁵

Entende Carl Schmitt que a garantia seria por sua essência limitada, que só existiria dentro do Estado, se baseando não em uma ideia de esfera de liberdade ilimitada em princípio, mas restrita a uma instituição juridicamente reconhecida, que, como tal, sempre é algo circunscrito e delimitado, a serviço de certas tarefas e de certos fins, ainda quando as tarefas não estejam especializadas particularmente e seja admissível uma certa universalidade do círculo de atuação.²⁹⁶ Salienta o autor que a propriedade privada, ao contrário da liberdade pessoal que nunca pode ser relativizada como instituição, pode ser considerada como algo pré-estatal [teoria subjetiva], mas também como simples instituição legal [teoria objetiva]. E entende o autor que, nesse sentido, o texto da frase 2 do artigo 153, da Constituição de Weimar – que estabelece que o conteúdo da propriedade e seus limites resultam das leis – estaria em contradição com o direito fundamental da frase 1, uma vez que o conteúdo de um direito fundamental autêntico como, por exemplo, a liberdade pessoal, não resulta da lei, mas é dado antes dela. Ressalta que na frase 1, a garantia da propriedade não está concebida como garantia constitucional de um nome sem conteúdo, mas trata-se do reconhecimento de um princípio, uma vez que não pode haver Estado burguês de direito sem propriedade privada, e a Constituição de Weimar quer ser uma Constituição do Estado burguês de Direito.²⁹⁷

Schmitt entende que existem garantias institucionais com ou sem direitos subjetivos.²⁹⁸ Uma garantia constitucional não é um direito fundamental no sentido autêntico, mas significa uma proteção constitucional contra a supressão legislativa, é como é característico da garantia institucional.²⁹⁹

Carl Schmitt alega que dentro do Estado não podem se dar direitos fundamentais de uma comunidade, natural ou organizada; nesses chamados direitos fundamentais há uma garantia institucional. As garantias estão no Estado, não antes ou além dele [teoria objetiva]. O autêntico direito fundamental parte do dado do indivíduo com sua esfera de liberdade ilimitada em princípio [teoria subjetiva]. Uma garantia institucional não pode se dar de

²⁹⁵ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 170.

²⁹⁶ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 170-171.

²⁹⁷ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 172.

²⁹⁸ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 172.

²⁹⁹ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 173.

maneira semelhante.³⁰⁰ Ainda, no Estado burguês de Direito todo dever existe apenas “a medida das leis” que delimitam o curso e o conteúdo do dever. O reconhecimento de deveres fundamentais priva o Estado do caráter de Estado de Direito puramente liberal, e a declaração dos direitos fundamentais na parte segunda da Constituição de Weimar teve por missão servir a essa finalidade, afirmando o caráter social do Reich Alemão, frente aos princípios da liberdade individualista. Os deveres fundamentais não são deveres do homem em geral, mas só deveres do membro do Estado ou do submetido ao Estado, ou seja, dos homens que estão dentro da esfera de poder do Estado.³⁰¹

Assim, sob a Constituição de Weimar, em face do dilema “insignificância, de um lado, ineficácia de outro”, essa doutrina desenvolvida por Carl Schmitt tinha como objetivo garantir um pouco mais a precedência constitucional de determinados direitos fundamentais. Ocorre que, com o art.1º, § 3º da Constituição Alemã, que vincula também o legislador aos direitos fundamentais, como direito de aplicação direta, essa razão para considerar as garantias institucionais como meras garantias objetivas desaparece, abrindo caminho para uma subjetivação da proteção constitucional das competências de direito privado, caminho este que, na perspectiva dos direitos fundamentais é obrigatório.³⁰²

Não há, antes, garantias institucionais objetivas que sirvam para assegurar direitos fundamentais através de um conjunto básico de normas para que, apenas depois, haja direitos fundamentais como direitos subjetivos a serem garantidos dessa forma. O que existe é um direito subjetivo à existência das normas de direito privado que sejam necessárias para que aquilo que os direitos fundamentais garantem seja possível. Assim, garantias institucionais se revelam construções dogmáticas supérfluas. O que não significa que não exista uma garantia de direito fundamental dos institutos jurídicos de direito privado, ela apenas acrescenta uma subjetivação à mera garantia objetiva. Esse acréscimo é imprescindível quando se pretende levar a sério os direitos fundamentais como direitos individuais.³⁰³

³⁰⁰ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 173.

³⁰¹ SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. – Berlin: Duncker u. Humblot, 1989. P. 174-175.

³⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 485

³⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 487.

2.1.7. Tomada de posição

Em razão de Kant, o conceito de liberdade passa a ocupar o centro do pensar dos direitos do homem, como a “independência da arbitrariedade alheia e determinação de sua atividade por si mesmo”. Kant reconhece o direito do homem fundamental como o direito subjetivo *a priori*, que entra em correlação com a lei jurídica objetiva que considera cada pessoa como sujeito da dação de leis exterior e, por isso, autoriza a unir todos em conformidade com a lei jurídica e a limitar a liberdade de cada outro pela sua própria. E, em oposição a maioria de seus contemporâneos, Kant não inclui nem as condições gerais de realização da liberdade jurídica humana na concepção do direito do homem, nem reage a perigos à liberdade particulares, historicamente experimentados.³⁰⁴

A noção de liberdade garantida juridicamente em face do Estado, alcançada na modernidade e desenvolvida no Estado Social não significa, obviamente, uma liberdade ilimitada. Significa apenas que se parte do fato de que uma parcela da existência humana precisa continuar independente da esfera do controle social. Com base na filosofia moral kantiana, a preservação de uma esfera de liberdade pessoal é o que é capaz de manter a essência de nossa natureza humana.

E independente dos critérios que sejam escolhidos para proteger essa esfera livre de interferências, a liberdade nesse sentido significa “liberdade de” e nenhuma interferência além dessa fronteira - que apesar de não ser estática deve ser poder ser identificável - é permitida. Trata-se da liberdade no sentido “negativo”, que se contrapõe a qualquer interferência, independente da origem - Estado, Direito, Igreja, etc. - e da finalidade - bem comum, felicidade comum, virtude comum, etc. - dessa interferência. Essa liberdade está relacionada com os direitos de liberdade em face do Estado, no presente trabalho relacionada com o direito de propriedade.

Em sentido oposto, tem-se a concepção “positiva” de liberdade, que corresponde a “liberdade para”. Ela decorre do desejo do indivíduo de fazer suas escolhas, assumindo a responsabilidade por suas opções sob a influência de suas próprias ideias e objetivos, no presente trabalho relacionada com a função social.

³⁰⁴ WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 199.

Apesar de ambos os conceitos parecerem se tratar da mesma coisa, apenas de maneira negativa e positiva, eles se desenvolveram historicamente em sentidos opostos, e por vezes acabaram entrando em choque direto um com o outro.

Com a evolução do Estado Liberal para o Estado Social e as consequências decorrentes dessa transição, a corrente socialista – representada pela teoria objetiva de direito, desenvolvida por Leon Duguit, apresentada na primeira parte deste Trabalho -, a fim de garantir uma liberdade fática e não a meramente formal garantida pelo Estado Liberal, defendendo a ideia de solidariedade, acabou negando a esfera de liberdade negativa garantida pelo Estado Liberal e necessária ao desenvolvimento da personalidade humana.

Essa negação da esfera de liberdade negativa frente ao Estado, em parte se deu pela maneira pela qual os liberais viam a oposição entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, e acabaram garantindo uma liberdade meramente formal e não material, o que levou a crises sociais e econômicas, que levaram a superação do Estado Liberal. Os opositores ao liberalismo, buscando reconciliar a liberdade individual e o poder do Estado, acabaram desenvolvendo doutrinas autoritárias da liberdade, ao relacionar liberdade com poder, que desembocaram nas experiências históricas do século XX, do totalitarismo de direita ou de esquerda, o primeiro presente na prática dos regimes nazi-fascistas e o segundo presente no socialismo e comunismo, e acabaram por extinguir a liberdade de fato. Por isso, é tão importante não acatar simplesmente a generalização da doutrina liberal, e compreender de forma mais profunda, ou pelo menos mais fiel à realidade, o que foi a liberdade para os antigos, que afinal, acabou influenciando, no reconhecimento do direito subjetivo de liberdade do indivíduo frente ao Estado, reconhecido juridicamente na modernidade. Não se pode desconsiderar que os tipos de Estado que tem uma relação histórica com o Estado atual, já que há uma imediata continuidade histórica e o conhecimento daqueles influenciou neste.

Nesse sentido, Georg Jellinek acaba apresentando em sua Teoria do Estado uma relevante crítica ao conceito de liberdade pura e formal exigido pelo dogma do liberalismo político. Conclui que desde a antiguidade se verificou a existência de uma esfera inviolável de liberdade, inalcançável ao Estado, ainda que isso só tenha sido juridicamente protegido na Idade Moderna. Os teóricos gregos – Aristóteles e Platão [nos quais se inspiram muitas doutrinas modernas totalitárias] - pregaram uma ideia de liberdade positiva, baseada numa ideia de Estado ideal e não no Estado empírico grego³⁰⁵.

³⁰⁵ JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 241.

Historicamente, também foi preciso superar os dualismos entre Estado e Igreja e entre monarca e povo, presentes no Império Romano e na Idade Média, para, enfim, se alcançar à proteção jurídica das liberdades dos indivíduos em face do Estado. Viu-se, portanto, que a evolução do Estado antigo para o Estado moderno, levou ao reconhecimento inafastável do direito de liberdade em face do Estado, correspondente a uma esfera de liberdade que deveria permanecer inviolável para o Estado, como única forma de se respeitar efetivamente o indivíduo como pessoa e a autonomia a ele pressuposta.

Tem-se assim que o direito subjetivo não exclui o direito objetivo - norma necessária da vida social -, mas o direito subjetivo é anterior cronologicamente ao direito objetivo e é superior a ele na ordem dos valores. O homem é um ser social, mas nem por isso deixa de ser um ser individual e, como tal, titular de direito subjetivo. O direito pode pressupor a existência do outro, mas não pressupõe necessariamente a sociedade ou uma regra social.

Voltar a se falar em fins maiores do Estado – que podem ser facilmente imbuídos na ideia de bem comum, ou de solidariedade – à custa das liberdades individuais (liberdade no sentido negativo) - é um retrocesso. O Estado Social aparece sim como uma evolução ao Estado Liberal, mas ele necessariamente o pressupõe. O Estado, como o produto histórico necessário ao desenvolvimento constante da natureza humana da comunidade em que se insere, tem como fim último cooperar para a evolução progressiva dos seus membros, buscando assim criar meios para garantir e conservar essa liberdade individual própria dos indivíduos. Continuam, entretanto, existindo esferas intocadas ao Estado e garantidas pelo Direito face a ele, que passam a coexistir com esferas de liberdade positiva, representadas, por exemplo, pelo direito de propriedade e as obrigações decorrentes da função social.

No Estado Social, a liberdade real, ou fática – no caso em análise da competência negativa relacionada com o direito de propriedade - , em grande medida, passou a depender da criação e garantia de seus pressupostos pelo Estado. No Estado Social, portanto, a proteção dos direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente pelo catálogo de direitos fundamentais se transforma cada vez mais na tarefa de coordenar e delimitar esferas de liberdades colidentes e pretensões de liberdade individuais.

Nesse sentido, um sentimento de solidariedade não pode ser pressuposto. A ideia de solidariedade pode ser considerada – inclusive relacionada com o conceito de função social da propriedade -, mas apenas no que reflete o Estado Social como um desdobramento do Estado Liberal. No entanto, essa solidariedade, ao contrário do disseminado por grande parte da doutrina brasileira, baseada na teoria de Leon Duguit, não é a solidariedade exteriorizada mediante um acordo interno espontâneo, é apenas uma organização exterior e conforme um

plano, como esclarecido por Jellinek³⁰⁶. A primeira forma de solidariedade, a irreflexiva, ou seja, o sentimento próprio de “solidariedade” fica excluído da atividade consciente e finalista do Estado. Tal sentimento independe do Estado. O Estado pode até protegê-la e buscar favorecer sua realização, a partir das decorrências do Estado Social, mas não pode produzi-la, porque esse sentimento não pode ser provocado ou pressuposto por meios exteriores. A solidariedade representa o todo, e a evolução do todo pressupõe a evolução de seus membros, ou seja, a formação da individualidade é um dos interesses supremos do todo.

Parte-se de uma ideia de liberdade (no sentido negativo) *a priori* ilimitada – direito de propriedade privada -, que deve ser compatibilizada com as outras liberdades e com os outros valores que venham a ser entendidos como relevantes pela sociedade, através do direito objetivo – legislação relacionada com a ideia de função social da propriedade. Reconhece-se, portanto, o direito subjetivo à propriedade privada e os direitos sociais econômicos e culturais decorrentes da obrigação da função social como anteriores à garantia objetiva desses mesmos direitos. E, considerando que através do reconhecimento de competências, a margem de ação do indivíduo e conseqüentemente sua liberdade jurídica é expandida, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo para a liberdade negativa e deve ser justificado, apenas no que se relaciona com o atingimento da liberdade fática negativa de outros. Assim, afasta-se ainda a ideia de que o direito de propriedade, bem como os direitos sociais decorrentes da função social, seriam mera garantia institucional, como defendido por Pontes de Miranda³⁰⁷.

Não existem, primeiro, garantias institucionais objetivas que sirvam para assegurar direitos fundamentais através de um conjunto básico de normas para, apenas depois, existirem direitos fundamentais como direitos subjetivos a serem garantidos dessa forma. O que existe é um direito subjetivo à existência das normas de direito privado que sejam necessárias para que aquilo que os direitos fundamentais garantem seja possível, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais.

Os direitos fundamentais garantidos pelos catálogos de direitos fundamentais das constituições são considerados como aquilo que é mais essencial e mais básico ao ser humano. A superação do Estado Liberal pelo Estado Social, se deu pela constatação de que a garantia de liberdade pressupõe as condições materiais mínimas para o seu exercício, a fim de garantir sua efetividade. É necessário propiciar o sólido desenvolvimento da personalidade

³⁰⁶ JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. P. 206.

³⁰⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan Ltda., 1937. P. 183.

humana, o que é inafastável de uma feição de autonomia real e de bem-estar mínimo da pessoa. A liberdade e a igualdade jurídica permitem a acentuação das desigualdades sociais, que podem inviabilizar o proveito prático da própria liberdade e tornar sem utilidade sua garantia, se as escolhas pressupostas por ela não estiverem faticamente disponíveis.³⁰⁸

Os direitos sociais, econômicos e culturais garantidos pelo Estado Social foram inseridos no rol de direitos fundamentais não por serem opostos aos direitos liberais, mas por servirem de pressupostos a sua realização. Os direitos sociais, garantidos pelo Estado Social – que, no presente estudo, justificam a inclusão das obrigações decorrentes da função social – garantem direitos a prestações do Estado, orientados na persecução da igualdade material, na satisfação das necessidades mais básicas dos indivíduos. Passa-se agora, da mesma forma que realizado com o direito geral de liberdade, a especificação do direito geral de igualdade.

³⁰⁸ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletivo e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed. 2014. P. 110.

CAPÍTULO 3. PRINCÍPIO GERAL DE IGUALDADE E A INTERVENÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

3.1. DIREITO GERAL DE IGUALDADE

3.1.1. Igualdade formal e igualdade material

O Estado Liberal, juntamente com a liberdade formal – ou perante a lei – também garantiu a igualdade formal – ou perante a lei - e que o avanço ao Estado Social visa assegurar, justamente, em acréscimo àquelas, a liberdade material – liberdade na lei - e a igualdade material – igualdade na lei. Passa-se a análise desses conceitos de igualdade.

Assim como um direito geral de liberdade a Lei Fundamental alemã também estabelece um direito geral de igualdade, a partir da previsão constante no artigo 3º, §1º de que “Todas as pessoas são iguais perante a lei”^{309 310}. Esse conceito exige que as leis sejam executadas sem considerações pessoais ou, que toda norma jurídica seja aplicada a todos os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático – e, conseqüentemente, a nenhum caso que não o seja – ou simplesmente que as normas jurídicas devem ser cumpridas. No entanto, o dever de cumprir às normas jurídicas é algo que elas mesmas pressupõem, na medida em que expressam um dever-ser.³¹¹

Ocorre que, considerando a submissão das leis a um controle em face dos direitos fundamentais, quando isso for racionalmente possível, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, assumiu não só um dever de igualdade na aplicação [igualdade formal], mas também na criação do direito [igualdade material]³¹². E considerou como evidente a vinculação do legislador ao direito geral de igualdade.³¹³ Assim, a igualdade jurídica garante tanto a igualdade no sentido da igualdade formal, como no sentido material.

Em outras palavras, a igualdade formal é *igualdade diante da lei*, e pede a realização, sem exceção, do direito existente, sem consideração da pessoa. Nesse ponto, o mandamento

³⁰⁹ Enunciado semelhante, correspondente a um direito geral de igualdade, está previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, no *caput* do art. 5º.

³¹⁰ Do mesmo modo, a CF/88, no *caput* do art. 5 dispõe: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)”

³¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 393-394.

³¹² Também o STF já decidiu acerca das duas igualdades, *vide* por exemplo: RE 453.740/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado pelo Tribunal Pleno, em 28/07/2007.

³¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 395.

de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldade, como postulado do estado de direito. Ocorre igualdade jurídica material exige que também o conteúdo do direito corresponda ao princípio da igualdade.³¹⁴

Sobre a questão, Konrad Hesse esclarece que igualdade jurídica material não quer dizer um tratamento igual de todos, em todas as relações. Apenas o que é igual deve ser tratado igualmente. O princípio da igualdade proíbe uma *regulação desigual de fatos iguais*. A questão é saber quais são os fatos iguais que, por isso, devem ser regulados igualmente. A questão decisiva da igualdade jurídica material, portanto, é sempre diz respeito à quais características devem ser consideradas como essenciais a fundamentar a igualdade de fatos e, com isso, o mandamento de tratamento igual ou, conseqüentemente, a proibição de um tratamento desigual.³¹⁵

O princípio da igualdade geral proíbe tratar o essencialmente igual desigualmente (e o essencialmente desigual igualmente). Ele coloca, como elemento fundamental do estado de direito social, aos poderes estatais, em especial ao legislador, o dever de tomar por base para uma equiparação ou diferenciação, a cada vez, *critérios justos*, para, no sentido do princípio clássico da justiça, conceder a cada um o que lhe cabe. De forma geral e abstrata não é possível determinar qual dos critérios deve ser utilizado, mas sempre só tendo em vista o fato concreto a ser regulado.³¹⁶ Desse modo, a igualdade material leva, necessariamente, a uma questão de valoração correta, que conduz a questão sobre o que seja uma legislação correta, racional ou justa.³¹⁷

Alexy destaca que o Tribunal Constitucional Federal Alemão busca resolver o problema de valoração, inerente ao enunciado material geral de igualdade, com o auxílio do conceito de *arbitrariedade*. E, nesse sentido, entende que na aplicação do enunciado geral de igualdade deve sempre haver um *par de comparação*. Por isso, quando o Tribunal Constitucional afirma que o direito de igualdade é violado quando o tratamento desigual é arbitrário, isso deve ser entendido no sentido de que a arbitrariedade de um tratamento

³¹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 330, número de margem 430.

³¹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 330-331, número de margem 432.

³¹⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 330-335, número de margem 432-438.

³¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 397-400.

desigual é condição suficiente e necessária à violação do direito de igualdade.³¹⁸

Compreende-se, a partir disso, que existe uma igualdade essencial se, e somente se, um tratamento desigual for arbitrário. Tem-se assim que o essencialmente igual não pode ser tratado desigualmente. Portanto, tratamentos arbitrariamente desiguais são proibidos.³¹⁹ A partir da proibição de arbitrariedade, pode-se inferir a necessidade de haver uma razão *suficiente* que justifique a diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um *problema de valoração*. Com isso, o direito geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual.³²⁰

Nessa medida, tem-se o direito geral de igualdade como um princípio de igualdade que, *prima facie*, exige um tratamento igual, permitindo um tratamento desigual apenas se esse puder ser justificado por princípios contrapostos.³²¹ A vinculação material do legislador ao princípio da igualdade material, como proibição de arbitrariedade, possibilita um controle judicial do legislador, especialmente, porque foi progressivamente ampliado a partir da exigência de requisitos de proporcionalidade.³²²

3.1.2. Igualdade no sentido jurídico e no sentido fático

Convém esclarecer a relevância da diferenciação entre um tratamento igual em sentido jurídico e fático. Nesse sentido, salienta Robert Alexy que quem deseja criar uma igualdade fática tem que aceitar a possibilidade de uma desigualdade jurídica. E, em razão da desigualdade fática das pessoas, a igualdade jurídica deixa sempre que existam algumas desigualdades de fato ou mesmo as reforça.³²³ No entanto, a igualdade jurídica é um valor em si mesmo. Por isso, considerando duas situações iguais em todos os aspectos, com a exceção de que numa delas há uma desigualdade jurídica, deve-se dar preferência a que não apresenta a desigualdade jurídica. Nesse sentido, há um paralelismo entre a igualdade jurídica e a

³¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 401-404.

³¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 407.

³²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 407-409.

³²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 411.

³²² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 330-337 número de margem 431-439.

³²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 417.

liberdade negativa.^{324 325}

Também o ônus argumentativo para o tratamento desigual é um postulado fundamental da racionalidade prática e esse postulado também é válido para tratamentos desiguais no sentido relacionado a atos. Além disso, o princípio da igualdade jurídica, por estar ligado ao ato de tratamento em si e não ter de considerar seus múltiplos efeitos, é mais simples e mais seguro em sua aplicação que o princípio da igualdade fática. Aquele que decide pela promoção da igualdade fática consegue ter uma visão apenas incompleta do processo de fomento dessa igualdade e pode controlá-lo apenas parcialmente. Por tudo isso, o princípio da igualdade jurídica não deve ser abandonado em favor do princípio da igualdade fática.³²⁶

Para evitar uma colisão de igualdades, na esfera do direito geral de igualdade – no âmbito do art. 3º, §1º da Lei Fundamental alemã –, renuncia-se à atribuição a esse artigo de um princípio de igualdade fática como princípio que garanta um direito subjetivo plenamente vinculante e exigível judicialmente. O princípio da igualdade fática, no entanto, não fica excluído do ordenamento jurídico, ele pode ser atribuído ao princípio do Estado do Bem-Estar Social. E, também nessa forma de interpretação, o princípio pode ter uma conexão com direitos subjetivos. Não como o fundamento de um direito subjetivo, mas como uma norma que fundamenta a restrição a outros direitos subjetivos.³²⁷

Pode-se dizer, portanto, que há uma carga argumentativa a favor da igualdade jurídica; a favor da igualdade fática, não. Nesse sentido, uma discriminação com o objetivo de fomentar a criação de uma igualdade fática apenas é obrigatória se houver razões suficientes para tanto.³²⁸

Ao indagar acerca da estrutura dos direitos de igualdade como direitos subjetivos, Alexy esclarece que é possível distinguir três tipos de direitos que derivam do direito geral de igualdade: os direitos de igualdade definitivos abstratos, os direitos definitivos concretos e os direitos de igualdade *prima facie* abstratos. Dos direitos de igualdade definitivos abstratos

³²⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 418.

³²⁵ Segundo a moral kantiana, a realização das leis na sociedade civil está relacionada com os princípios de liberdade e igualdade, segundo os quais apenas um estabelecimento do Estado, fundado segundo princípios da razão puros do direito do homem exterior, é possível. Disso resulta que os princípios racionais de liberdade e igualdade são já suficientes para poder comprovar a qualidade de justiça das leis positivas. (WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 323-324.) Vide ponto 2.1.2, Capítulo 2 e Capítulo 1, Segunda Parte.

³²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 418-419.

³²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 419.

³²⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 426.

decorre que: se não houver uma razão suficiente a permitir um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório e; se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então o tratamento desigual é obrigatório. Esses direitos abstratos conduzem a direitos concretos, que podem ser classificados como direitos de defesa: o dever do Estado de se abster de realizar determinados tratamentos desiguais; o dever do Estado de se abster de realizar determinados tratamentos iguais. E, ainda, os direitos de igualdade *prima facie* abstratos correspondem: ao princípio da igualdade jurídica e ao princípio da igualdade fática. O direito *prima facie* à igualdade jurídica pode ser formulado como um direito *prima facie* à não-realização de um tratamento desigual; o direito *prima facie* à igualdade fática é um direito *prima facie* a uma ação positiva do Estado.³²⁹

Tem-se assim que é insuficiente interpretar o direito geral de igualdade no sentido de um direito do status negativo. A esse dispositivo de direito fundamental deve ser atribuído um feixe de direitos subjetivos com as mais diversas estruturas, como acima demonstrado.³³⁰

No Estado Social, a atividade configuradora e concedente dos poderes estatais deve servir, à frente do objetivo, ao asseguramento da existência digna de um ser humano. Ela destina-se à igualdade no sentido de coordenação social justa. Ela serve à liberdade que, em razão das mudanças radicais sociais e inflações, já não é mais a liberdade do mundo liberal do século XIX, relacionada apenas a uma questão de proteção diante de intervenções estatais, mas passa a ser também relacionada com uma questão de eficácia estatal ampla, pela qual essa liberdade possa tornar-se realidade.³³¹

Contudo, tanto cláusulas que visem garantir o Estado Social, como a possibilidade de que um direito geral de igualdade fundamente direitos derivados a prestações Estatais [no caso, garantidos pela ideia de função social], não podem ocultar o fato de que a Lei Fundamental, assim como a Constituição Federal de 1988, a partir de seu texto e de sua história de elaboração, tem caráter de uma constituição de Estado Direito burguês, precipuamente orientada por direitos de defesa, ou direitos de liberdade no sentido negativo [no caso, o direito a propriedade privada].

O princípio de igualdade tem um papel importante na jurisprudência e dogmática da garantia de propriedade. Ele deve ser observado, assim como outras normas constitucionais,

³²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 431-432.

³³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 432.

³³¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 176, número de margem 214.

em consonância com as justificativas constitucionais de intervenções à propriedade, especialmente relacionadas com a garantida de igualdade material ou fática, relacionadas com a função social.

Assim, no caso do direito de propriedade e do atendimento da função social, por um lado, condições de igualdade material ou fática são extremamente importantes na ponderação, no contexto da justificativa de intervenção relacionada com a função social. As restrições estarão justificadas se efetivamente assegurarem, de alguma forma, a igualdade material. Por outro lado, reivindicações de observância de igualdade formal ou jurídica podem estar relacionadas, de forma mais ampla, com a definição de conteúdos do direito de propriedade e eventuais exigências diversas tem relação ao cumprimento da função social, questões que serão objeto de apreciação na Terceira Parte deste Trabalho.³³²

Considerando a defesa da teoria do discurso de Robert Alexy, como forma de entender a função social da propriedade, passa-se agora a análise da estrutura dos direitos fundamentais, na forma desenvolvida pelo autor.

³³² Vide Capítulo 2, Terceira Parte do Trabalho.

CAPÍTULO 4. ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

Robert Alexy conceitua a ligação estreita entre a noção de direitos fundamentais e normas jurídicas de tipo amplo, que têm o caráter de princípios – regras surgem da fixação de relações de precedência como resultados de ponderações entre princípios colidentes³³³-, que são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. E a natureza de princípios implica a máxima da proporcionalidade³³⁴

A base da teoria dos princípios é a distinção teórico-normativa de regras e princípios. Entende-se que as normas de direitos fundamentais têm um duplo caráter, o que quer dizer que, entre outras coisas, às disposições de direito fundamental podem ser atribuídas significações tanto como regras quanto como princípios. Assim, no feixe que constitui o direito fundamental se incluem tanto posições definitivas como posições *prima facie*.³³⁵ Explica-se.

Os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Por isso, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre fundamento e contra-fundamento não é determinada pelo próprio princípio. Portanto, tem-se que os princípios não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas, por isso, são *mandamentos de otimização*³³⁶. As regras, em sentido totalmente diverso, são mandamentos definitivos e a forma de sua aplicação é a subsunção.³³⁷ Elas exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, na medida em que elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas, mas se isso não ocorrer, então vale definitivamente

³³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 121.

³³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. P. 116-117.

³³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. P. 252.

³³⁶ ALEXY, Robert. *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais*. In: *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy/ Luís Afonso Heck*. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2015. P. 11.

³³⁷ ALEXY, Robert. *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais*. In: *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy/ Luís Afonso Heck*. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2015. P. 11.

o que a regra prescreve.³³⁸ Em relação às regras, há a possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso concreto. Se isso ocorrer, a regra perde, para a decisão do caso concreto, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio.³³⁹ As regras perdem seu caráter definitivo estrito. Entretanto, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que também sejam superados aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida.³⁴⁰

A possibilidade de enfraquecimento do caráter definitivo das regras não faz com que elas tenham o mesmo caráter *prima facie* dos princípios. E, mesmo diante de um fortalecimento do caráter *prima facie* dos princípios, estes não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios. Assim, tanto as normas que conferem direitos fundamentais aos indivíduos quanto as normas que exigem a persecução de um interesse da comunidade podem ser compreendidas como princípios. Pode-se introduzir uma carga argumentativa a favor dos princípios do primeiro tipo e contra os princípios do segundo tipo, ou seja, uma carga argumentativa a favor de interesses individuais e contra interesses coletivos. No entanto, mesmo uma regra sobre carga argumentativa não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto. Ela tem como consequência apenas a necessidade de se dar precedência a um princípio em relação a outro, caso haja razões equivalentes em favor de ambos ou em caso de dúvida. Isso reforça o caráter *prima facie* do princípio confirmado pela regra sobre carga argumentativa. Ainda sim, o caráter *prima facie* das regras - que é baseado na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada - continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte.³⁴¹

Importante esclarecer ainda que as regras também podem ser razões para outras regras, enquanto que os princípios também podem ser razões para decisões concretas. No entanto, uma

³³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 104.

³³⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 104.

³⁴⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 105.

³⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 105-106.

regra é um dever-ser concreto a ser pronunciado – quando é válida, aplicável e não admite exceções – como um fundamento definitivo. Se o juízo concreto de dever-ser estabelece em seu conteúdo que cabe à alguém um determinado direito, então esse direito é um direito definitivo. Os princípios, ao contrário, são sempre fundamentos *prima facie*. Isoladamente considerados, estabelecem apenas direitos *prima facie*. Decisões sobre direitos pressupõem a fixação de direitos definitivos. O percurso que vai do princípio, ou seja, do direito *prima facie*, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. E a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Assim, pode-se afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, um fundamento decisivo para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento apoiador de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são fundamentos definitivos e, normalmente são relativamente gerais, porque ainda não estão em relação com as possibilidades dos mundos fático e normativo.³⁴²

Dessa forma, as possibilidades jurídicas são, abstrai-se de regras, basicamente determinadas por princípios em sentido contrário. E, considerando que o fundamento dos princípios, de forma isolada, é apenas um mandamento *prima facie*, a determinação da medida ordenada do cumprimento de um princípio em relação às exigências de outros princípios requer uma ponderação. Tem-se assim que a ponderação é a forma de aplicação específica dos princípios.³⁴³ Trata-se de uma ponderação de interesses opostos. Nessa ponderação se discute qual dos interesses abstratamente considerados de mesmo nível possui mais peso no caso concreto. A solução de colisão consiste em, consideradas as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios, uma relação de precedência condicionada.³⁴⁴ Chega-se assim a uma Lei de Ponderação, em que a medida permitida de não satisfação de um princípio depende do grau de importância à satisfação de outro.³⁴⁵

³⁴² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 107-108.

³⁴³ ALEXY, Robert. *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais*. In *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2015. P. 11.

³⁴⁴ A solução de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios, e reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização, ante a inexistência de relação absoluta de precedência e à sua referencia a situações que não são quantificáveis. Assim também constituem a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Ora, ao estabelecer relações concretas de precedência, a solução de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, que exclui preferências e cedências generalizantes. Nos termos dessa solução, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão de tudo-ou-nada, mas um problema de afastamento do direito fundamental em relações particulares. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 99.)

³⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 158.

Nessa medida, Robert Alexy defende que, em razão do caráter de princípio dos direitos fundamentais, um direito fundamental completo – como o direito de propriedade – é um feixe de posições de direitos fundamentais. E, o que faz com que as posições individuais se unam em um direito fundamental é sua atribuição à uma disposição de direito fundamental. As posições jurídicas correspondem, portanto, sempre a normas que as reconhecem. A união de um feixe de posições em um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas à uma disposição de direito fundamental.³⁴⁶ Explica-se.

No que diz respeito aos cidadãos, existem três posições de espécies diferentes: uma liberdade jurídica; um direito a uma ação negativa do Estado que garanta essa liberdade jurídica (direito de defesa); e um direito a uma ação positiva do Estado que proteja essa mesma liberdade. A formulação do direito fundamental concreto estará ligada a sua fundamentação. No entanto, no que diz respeito ao Estado, o direito fundamental, é formulado - em um nível abstrato - como um dever. Esse dever expressa o caráter de princípio das normas de direito fundamental. O direito fundamental é concretizado como uma ação positiva por meio da formulação de deveres definitivos relativamente específicos para o Estado, portanto, com o caráter de regra.³⁴⁷

Reconhece-se, portanto, que o conceito de direito fundamental é abrangente e inclui normas e posições que podem ser divididas a partir de três perspectivas: de acordo com as posições de que se trate no sistema de posições jurídicas fundamentais; segundo o grau de generalidade; segundo se trate de posições com caráter de regra (posições definitivas) ou princípio (posições *prima facie*)³⁴⁸. Entre essas normas e posições existem as mais variadas relações, dentre as relações que extrapolam a simples coexistência no feixe de posições estão uma relação de especificação; uma relação meio-fim; e uma relação de ponderação. A relação de ponderação, por sua vez, pode desempenhar um papel no âmbito da relação de especificação – na fundamentação de uma definição de significado – e também no âmbito de uma relação meio-fim – na identificação e exclusão de fins ou de meios. E a relação de ponderação pode existir também fora dessas relações.³⁴⁹

³⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 249.

³⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P.249-251.

³⁴⁸ Normas de direitos fundamentais têm um duplo caráter, podem-lhe ser atribuído tanto o caráter de regras quanto o de princípios. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 249-251.)

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 251-252.

A relação de ponderação é a relação (que corresponde à lei de colisão) entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva. Para se passar de uma posição para outra é necessário estabelecer a relação da posição *prima facie* com outras posições *prima facie* e com princípios que não dizem respeito a posições individuais, mas a interesses coletivos. Ainda, é necessário incluir no direito fundamental as relações nas quais as posições se encontram reciprocamente para que se possa construir um conceito tecnicamente interessante de direito fundamental e, nessa medida, um conceito cujo conteúdo é mais do que a simples reunião aditiva de posições.³⁵⁰

Quando há a fixação de uma regra – seja ela abstrata, seja ela concreta – ela é entendida, sob esse enfoque, como uma restrição, uma vez que ao especificar ou delimitar o seu conteúdo, restringe as posições jusfundamentais. Pode-se interpretar, assim, a restrição como a formulação resumida de uma regra, que transforma os direitos *prima facie*, no caso em análise, decorrentes do direito da propriedade e da função social em não-direitos definitivos.³⁵¹

É o caso dos artigos 182 e 186 da CF/88, na medida em que são cláusulas que restringem a realização dos enunciados normativos constitucionais – da propriedade privada e da função social - referem-se, nesse sentido, a regras, com a peculiaridade de que foi o próprio constituinte que estabeleceu a restrição definitiva. As normas constitucionais têm, nesse caso, a natureza de regra, mas, por trás do nível da regra, o nível do princípio mantém sua relevância. Com isso, fica claro que uma propriedade que não cumpre sua função social não goza da proteção constitucional. Entretanto, para avaliar se a propriedade efetivamente não cumpre sua função social é necessário, em todos os casos duvidosos, uma interpretação³⁵² do conceito de função social. E, no âmbito dessa interpretação, é também sempre necessária uma ponderação entre o princípio constitucional da propriedade e os princípios com ela colidentes, que deram ensejo a que o constituinte estabelecesse a cláusula restritiva definitiva diretamente constitucional. Tem-se, portanto, que a cláusula nada mais é do que uma decisão constituinte a favor de determinadas razões contra a proteção constitucional. E essas razões, independentemente de como sejam individualmente constituídas, estão no âmbito das restrições. Não compreender a questão dessa forma, permite que o jogo de razões e

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 252-253.

³⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 286-287.

³⁵² No caso brasileiro, considerando que a Constituição Federal de 1988, ao contrário da Lei Fundamental alemã, já estabelece nos artigos 182 e 186 as condições para o preenchimento da função social a ponderação já foi realizada pelo constituinte, estando o cumprimento da função social da propriedade, portanto, adstrito à aplicação das regras constitucionais, por isso, através de subsunção e não ponderação.

contrarrazões seja substituído por compreensões mais ou menos intuitivas.³⁵³ O que une, portanto, o tipo amplo do enunciado normativo e o tipo restrito é a ponderação realizada.

No Brasil, tendo o constituinte já restringido o tipo amplo dos enunciados normativos do direito de propriedade e da função social, já abandonou o entendimento de tais enunciados como razões *a priori* – o que ocorre no caso alemão, por exemplo, em que tais enunciados foram apresentados na forma de princípios – e estabeleceu uma razão definitiva, a partir da fixação de regras. Considerando a adoção da teoria ampla do tipo legal no presente trabalho, cumpre examinar se o juízo relacionado aos enunciados normativos relacionados aos direitos de propriedade e a função social (elencados no art. 5º, XXII e XXIII, da CF/88), realizado pelo Constituinte no art. 182, §4º e no art. 186, incisos I a IV é correto, ou seja, proporcional³⁵⁴.

Além das restrições diretamente constitucionais, existem também as restrições indiretamente constitucionais, que são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer, que no presente estudo, estão relacionadas com o art. 14, 1, da Lei Fundamental Alemã. São cláusulas implícitas e explícitas de reserva, cujo principal problema das reservas é sua delimitação. Existem os aspectos formal e material. O aspecto formal diz respeito, sobretudo, à competência para impor restrições, o seu procedimento e a sua forma. Já o aspecto material diz respeito à competência atribuída pelo legislador para impor restrições. E, partindo-se da posição aqui adotada, tem-se que essa competência é limitada pelas condições expressas nas reservas qualificadas, pela barreira do conteúdo essencial do direito³⁵⁵ e também pelo princípio da proporcionalidade e o consequente dever de ponderação³⁵⁶.

Uma cláusula restritiva, tal qual se entende a função social da propriedade em relação ao direito de propriedade (assim como se poderia entender o direito de propriedade em relação a função social), apresenta critérios – no caso, direitos de terceiros e interesses coletivos – que conduzem a um resultado concreto em um determinado caso concreto. E que, no caso brasileiro, levaram às regras, entendidas como razões definitivas que restringiram o tipo, consubstanciadas nos artigos 182 e 186 da CF/88 supra mencionados. Ocorre que, por trás desses critérios definidos pelo constituinte, estão razões relevantes para restrições. No

³⁵³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 288.

³⁵⁴ Vide Capítulo 2, da Terceira Parte deste Trabalho.

³⁵⁵ A proibição de afetação do conteúdo essencial do direito corresponde à lei da ponderação. E, nesse sentido, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo a qual uma intervenção intensa só é justificada se estiver fundamentada em razões relevantes. Conforme ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 299.

³⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 291-292.

entanto, a racionalidade da argumentação jurídica exige que essas razões sejam declaradas.³⁵⁷ Por isso, a importância da análise das condições históricas em que ocorreram essas normatizações e os juízos realizados pelo constituinte.

No âmbito dos direitos fundamentais, juízos são corretos apenas se puderem ser o resultado de uma ponderação corretamente realizada. Se esses juízos forem fundamentados independentemente de uma ponderação, sua correção depende de saber se o resultado poderia também ser o resultado de uma ponderação corretamente realizada. E essa ideia pressupõe uma teoria ampla do tipo legal [teoria externa de restrições] – que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental – no presente estudo relacionados tanto com o direito de propriedade quanto com a função social - , tudo o que milite a favor de sua proteção.³⁵⁸

4.2. TEORIA AMPLA DO TIPO LEGAL

É possível eliminar a insegurança trazida pela orientação fundada apenas no teor literal das cláusulas de restrição. Ao se reconhecer a importância não apenas do resultado de uma decisão, mas também da sua construção e fundamentação, reconhece-se como mais honesto e convincente que a não-garantia de uma proteção no âmbito dos direitos fundamentais seja fundamentada na existência de direitos fundamentais de outras pessoas ou interesses coletivos constitucionalmente protegidos que se contrapõe ao direito em questão. Tal construção coloca os argumentos às claras, ao contrário do que ocorre quando se diz de antemão que a conduta é de alguma forma excluída da proteção constitucional, por não fazer parte do âmbito de proteção do direito fundamental.³⁵⁹

Importa esclarecer que, na teoria ampla do tipo legal, não há necessariamente uma expansão da proteção definitiva de direito fundamental – que no caso brasileiro, já está definida pelas regras constitucionais (art. 182 e 186 da CF/88) - , mas sim uma expansão da proteção *prima facie*. Com isso, aumenta o número de casos em que a solução deve ser apresentada como o resultado de uma ponderação entre uma razão para a proteção constitucional (no âmbito do enunciado normativo) e uma razão contrária a essa proteção (no âmbito das restrições, efetuadas pelas regras).³⁶⁰

³⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 315-316.

³⁵⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 322.

³⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 325-326.

³⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 326.

Assim, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana é amplo, ao incluir todas as ações dos titulares de direitos fundamentais (norma permissiva) e todas as intervenções do Estado nas ações desses titulares (norma de direitos). Ainda, entendeu o Tribunal Constitucional Federal Alemão, que o direito geral de liberdade³⁶¹, além dessas proteções de ações, pode ser estendido à proteção de situações e posições jurídicas do titular de direitos fundamentais. E, portanto, o direito geral de igualdade³⁶² não protege apenas o “fazer” do indivíduo, mas também o seu “ser” fático e jurídico. Pode-se fundamentar tal extensão no fato de que intervenções em situações e posições jurídicas de um titular de direitos fundamentais sempre afetam indiretamente sua liberdade de ação. Por isso, o direito geral de liberdade protege a liberdade geral de ação tanto de forma direta como de forma indireta (através da proteção de situações e posições jurídicas).³⁶³

A fim de manter a coerência, a adoção de um tipo normativo tão amplo do direito geral de liberdade, exige também uma equivalente ampliação da concepção de cláusula de restrição. O Tribunal Constitucional Alemão, nesse sentido, adotou também a cláusula restritiva mais ampla possível, entendendo-a como “toda e qualquer norma jurídica compatível formal e materialmente com a Lei Fundamental”.³⁶⁴

Segundo a teoria externa, existem duas coisas, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Nessa medida, embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos se apresentam sobretudo ou até exclusivamente como direitos restringidos – como no caso brasileiro, o direito de propriedade e a função social restringidos pelas regras constitucionais mencionadas -, ela insiste que eles também são concebíveis sem restrições. E, portanto, segundo a teoria externa, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o conceito de restrição. Essa relação é criada apenas a partir da exigência, externa ao direito em si de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.³⁶⁵

A teoria externa está em conformidade com a questão ético-filosófica vinculada ao pensamento kantiano segundo o qual a liberdade – independência de ser coagido pelo arbítrio de outrem -, desde que possa existir em conjunto com a liberdade dos outros com base em

³⁶¹ Vide ponto 2.1.5. Capítulo 2, Segunda Parte deste Trabalho.

³⁶² Vide ponto 3.1, Capítulo 3, Segunda parte deste Trabalho.

³⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 344.

³⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 344.

³⁶⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 277.

uma lei geral, é o direito único, original e conferido a todos, por força de sua humanidade.³⁶⁶ Nesse sentido, fundado na autonomia da pessoa, já se esclarece a posição no sentido de que direitos fundamentais não possam ser apenas meios para interesses coletivos.³⁶⁷

E, nessa medida, quando se fala em direito de propriedade e cumprimento da função social, adota-se a teoria externa das restrições, desenvolvida por Robert Alexy. A teoria externa procura deixar às claras e, portanto, passível de contra-argumentação, a solução de questões que exigem valoração. Ao contrário de uma teoria interna, que restringe o tipo normativo, ocultando a existência ou os termos em que se deu certa valoração – baseada em questões políticas, históricas, filosóficas, ligadas à tradição, etc. – pressupondo tal valoração como plenamente aceita, a partir de um consenso não necessariamente existente faticamente, mas que não é passível de contra-argumentação ou de atualização.

A análise da questão, a partir da adoção de uma teoria externa das restrições se amolda a essa concepção de um direito geral de liberdade – respeitada a liberdade no sentido “negativo”,³⁶⁸ - , que se entende como mais vantajoso. Só dessa forma é possível alcançar a clareza desejável a qualquer ordenamento jurídico, uma vez que toda a restrição ao direito – inclusive a realizada pelo próprio Constituinte, quando da fixação de regras que determinam enunciados normativos referentes à direitos fundamentais - , na medida em que liga o tipo amplo ao tipo restrito, está relacionada com a pressuposta ponderação e justificação, visando ao equilíbrio dos interesses contrapostos no caso concreto. Assim, ao mesmo tempo em que propicia a evolução do direito, garante efetivamente os direitos fundamentais, com especial atenção ao direito de propriedade e a obrigação de cumprimento da função social, objeto da presente pesquisa.

Pode-se concluir, nessa medida, que os direitos jusfundamentais, como enunciados normativos - tanto os que exigem uma omissão, quanto os que exigem uma atuação do Estado - , estão definidos na Constituição de cada país, com a natureza de regra, que já apresenta uma razão definitiva para sua aplicação, ou de princípio, que apresenta uma razão *a priori* para sua aplicação. A natureza jurídica dos direitos fundamentais perpassa assim pelo substrato dogmático de cada ordenamento jurídico, dependendo da técnica de positivação de cada um. Passa-se agora a contraposição entre a situação constitucional alemã e brasileira a respeito do direito de propriedade do direito de propriedade e da exigência de atendimento da sua função social.

³⁶⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 278.

³⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 115-116.

³⁶⁸ Vide ponto 2.1.2. Capítulo 2, Segunda Parte deste Trabalho.

CAPÍTULO 5. CONTRAPOSIÇÃO ENTRE A SITUAÇÃO CONSTITUCIONAL ALEMÃ E A BRASILEIRA

No caso da garantia da propriedade jurídico-constitucional apenas em atenção à função social e econômica da propriedade no Estado Social moderno podem ser determinados, ou seja, a concretização do conteúdo da norma constitucional e sua realização são, portanto, apenas possíveis com o emprego das condições da realidade que essa norma está determinada a ordenar.³⁶⁹ Cada direito fundamental encontra seu limite principalmente onde termina seu alcance material. Esse limite é uma questão do âmbito da norma, ou seja, daquela parte da realidade que é o objeto da garantia e, muitas vezes, já está moldada pelo constituinte, como o direito de propriedade e a obrigação decorrente da função social. Também, os direitos fundamentais podem estar limitados por outras normas jurídicas, de modo que o conteúdo da liberdade garantida resulta primeiro da conexão entre norma de direito fundamental e norma de limitação.³⁷⁰

Na medida em que em que o legislador normaliza os limites traçados pela Constituição, da liberdade jurídico-fundamental em leis ordinárias, ele mesmo não limita essas liberdades, ele comprova só declaratóriamente limites já traçados. Uma limitação autônoma de direitos fundamentais pelo poder executivo ou judiciário é inadmissível.³⁷¹

Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, também os limites dessas garantias podem encontrar sua base apenas na Constituição. Em razão do significado dos direitos fundamentais para o *status* do indivíduo e para a ordem de toda a coletividade, o importante é, justamente levar a sério a Constituição na limitação dos direitos fundamentais. Isso tanto mais quanto a Constituição normaliza as possibilidades de limitação respectivas não por uma cláusula geral, mas por reservas individuais, cuidadosamente graduadas³⁷².

No caso do Direito Alemão, em relação ao direito de propriedade, a Lei Fundamental admite expressamente a possibilidade de restrições “por lei”, ou seja, o legislador mesmo

³⁶⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 50 número de margem 46.

³⁷⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 251-252 número de margem 310-311.

³⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 252-253, número de margem 312-314.

³⁷² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 250, número de margem 309.

deve efetuar a limitação, sem que para a realização ainda tenha a necessidade de um ato de execução. Existem basicamente as intervenções através da determinação do conteúdo, e intervenções através da determinação do conteúdo e da possibilidade de expropriação. Aplicam-se a essas intervenções os requisitos gerais da constitucionalidade formal e material. No caso das leis ordinárias que buscam disciplinar o conteúdo do art. 14, §1º frase 2 da Lei Fundamental, a justificação legal material exige basicamente uma ponderação entre os princípios de propriedade e os princípios que justificam a restrição.

Entretanto, além desses requisitos gerais existem diferentes disposições constitucionais relativas às condições de intervenções. A base jurídica para essas disposições legais de conteúdo da propriedade é o artigo 14, §1º, frase 2 da Lei Federal sendo que elas devem ser formalmente e materialmente constitucionais. No caso de intervenção e das respectivas indenizações, parte-se de uma análise em que os princípios de propriedade e outros princípios, especialmente o do interesse público, devem ser levados em consideração para se chegar a uma indenização correta.

No Brasil, a situação é um pouco diferente. O art. 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988, na mesma linha que o art. 14, §1º, frase da Lei Fundamental Alemã, estabelece o direito de propriedade e determina o cumprimento da função social da propriedade. Ainda, a propriedade privada e a função social da propriedade aparecem também no título referente à ordem econômica do texto constitucional brasileiro. Nesse contexto, a propriedade privada e a função social são elencadas como princípios gerais da atividade econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, que visa assegurar a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art, 170, *caput*, e incisos II e III da CF/88). Fosse apenas essas regulações constitucionais sobre o assunto, trataria-se de tipos normativos amplos, apresentando, de ambos os lados apenas razões *a priori* em favor de cada um dos enunciados normativos opostos.

A Lei Fundamental, entretanto, remete-se diretamente à legislação infraconstitucional, enquanto a CF/88 remete-se aos dispositivos constitucionais: art. 182 e art. 186, que estabelecem os requisitos necessários ao atendimento da função social da propriedade, tanto no que se refere à política urbana, quanto no que se refere à política agrária no próprio texto constitucional, portanto. Na CF/88 o Constituinte estabelece reservas legais qualificadas, na medida em que determina que para a limitação do direito fundamental de propriedade as leis devem ser qualificadas pormenorizadamente, ao estabelecer que a limitação legal só pode ocorrer sob determinados pressupostos e para determinados fins. Em sentido oposto, a Lei Fundamental Alemã estabelece uma reserva legal ordinária, que prescinde de tal qualificação

e autoriza o legislador para a limitação do direito de propriedade.³⁷³ A CF/88, ainda admite a possibilidade de restrições ao direito de propriedade “com base em uma lei”, e nesse sentido, ele normaliza os pressupostos sob os quais os órgãos do poder executivo e judiciário podem, ou devem, realizar a limitação.

É a primeira vez que uma Constituição Federal Brasileira tem capítulos específicos tratando da propriedade urbana e rural e do cumprimento da função social dessas propriedades.³⁷⁴ O cumprimento da função social, no caso do imóvel urbano, foi relacionado com a política de desenvolvimento urbano, cuja execução foi delegada ao Poder Público Municipal e relacionada com a garantia do bem-estar dos habitantes da cidade³⁷⁵. Ainda, o §2º do art. 182 dispõe expressamente que a propriedade urbana cumpre sua função social “quando atende as exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor³⁷⁶”, prevê no §4º a possibilidade para o Poder Público municipal de, através de lei específica, nos termos da lei federal – Estatuto da Cidade -, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento sob pena de: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo; desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal. Em relação à propriedade rural, o art. 186 da Constituição Federal estabelece os requisitos para atendimento da função social, delegando à lei explicitar a forma de seu cumprimento, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A ponderação, portanto, entre o direito de propriedade e a função social, como razões *a priori*, no caso brasileiro, já foi realizada pelo constituinte, ao contrário do que ocorre na Alemanha, em que ela foi delegada ao legislador infraconstitucional. O tipo legal desses enunciados normativos, no direito constitucional brasileiro, é já restrito. O que quer dizer que essas regras já apresentam razões definitivas para sua aplicação, devendo ser cumpridas por subsunção e não ponderação. Denota-se assim, que no caso brasileiro, o tipo legal de ambos os enunciados normativos já está, desde logo, restringido no seu âmbito de aplicação. O

³⁷³ Vide: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 253-254, número de margem 313-315.

³⁷⁴ Cf. ponto 2.3, Capítulo 2, Primeira parte do trabalho.

³⁷⁵ Vide art. 182 da CF/88.

³⁷⁶ O Plano Diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, conforme dispõe o art. 40 do Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/2001).

conteúdo do direito de propriedade que tem que cumprir a função social inclui apenas o imóvel rural e o imóvel urbano e a função social está relacionada, precipuamente, à reforma agrária. Trata-se de razões definitivas definidas pelo constituinte, portanto, não passíveis de ponderação. Em sentido oposto, a Lei Fundamental alemã, ao não restringir o tipo legal no texto constitucional, acabou permitindo uma ampliação do conceito de propriedade e da obrigação social, uma vez que apenas as reconheceu como razões *a priori*. As decorrências práticas disso serão analisadas na sequência, na terceira parte deste Trabalho.

O que se observa, portanto, é que o conteúdo material da propriedade é adquirido somente no seio da situação política e concreta do país.³⁷⁷ A ordem constitucional da propriedade é uma parte relevante da constituição econômica e, nesse sentido, uma tomada de posição fundamental a respeito daquele ordenamento da vida econômica e social que serve de base à Constituição. Ao mesmo tempo, a garantia da propriedade é um direito de liberdade individual, que nessa medida protege a iniciativa privada. A tarefa, portanto, é reunir a proteção da liberdade, a que tem direito o indivíduo face ao Estado, à liberdade fundamental de concepção política econômica e social, garantida ao Estado.³⁷⁸

Passa-se a análise mais concreta da garantia constitucional da propriedade e da obrigação decorrente da função social, no ordenamento jurídico alemão e brasileiro, e suas consequências práticas.

³⁷⁷ BENDA, Ernst. *Função da garantia da propriedade na Constituição moderna*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez/1992. P. 238.

³⁷⁸ BENDA, Ernst. *Função da garantia da propriedade na Constituição moderna*. In Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez/1992. P. 244-245.

TERCEIRA PARTE: O DIREITO DE PROPRIEDADE E O ATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

CAPÍTULO 1. CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Considerando que a propriedade é considerada um direito precipuamente de defesa, que exige uma atuação negativa do Estado e que a função social, por outro lado, exige uma atuação positiva do Estado, a fim de assegurar direitos econômicos, sociais e culturais, parte-se de um equilíbrio *a priori* de ambas as posições, garantidas por direitos fundamentais contrários, para, a partir da ponderação, se chegar a resultados concretos. Esses direitos podem ser normatizados no texto constitucional na forma de princípios, como ocorre no caso alemão, ou na forma de regras, como ocorre no caso brasileiro.

A colisão entre o direito de propriedade e a função social, por uma ponderação, a partir da regra de proporcionalidade, acaba, por um lado, restringindo o direito de propriedade, que refere-se precipuamente a ações negativas do Estado, e, por outro lado, restringindo os direitos sociais, culturais e econômicos garantidos pela função social, que referem-se precipuamente a atuações positivas do Estado.

A questão sobre o conteúdo do direito de propriedade e da função social está também relacionada com o modo de normatização desses enunciados, no texto constitucional de cada país. No caso do direito brasileiro, o constituinte, ao estabelecer regras, normatizou de forma definitiva esses enunciados no ordenamento jurídico brasileiro e delimitou o seu conteúdo. Assim, não haveria maior interesse em se falar em núcleo essencial dos direitos a serem garantidos.

No entanto, como o estudo envolve justamente a teoria ampla do tipo legal desenvolvida por Robert Alexy, reconhecendo-se que o enunciado normativo restrito decorre de um tipo normativo amplo que foi restringido por ponderação. E, havendo o interesse em se examinar se o juízo relacionado aos direitos foi realizado de forma proporcional pelo Constituinte, relevante compreender de que forma essa ponderação é entendida, quando se parte dos enunciados como razões *a priori*, que é o que ocorre no texto alemão.

Nesse sentido, poderia se dizer que ambos os direitos, tanto o de propriedade (representando, precipuamente, direitos de defesa) como a função social (representando, precipuamente, direitos a prestações), entendidos, num primeiro momento, no sentido de princípios como mandamentos de otimização, ordenam que algo seja realizado na maior

medida possível, na medida em que careceriam de conteúdo de determinação, o que seria realizado apenas a partir dos princípios e das regras contrapostos.

Partindo-se, como no caso direito alemão na questão ora analisada, dos princípios de direitos fundamentais como direitos *prima facie*, tem-se que a determinação do direito fundamental definitivo exige uma investigação das restrições a esses direitos, com base em outros princípios de direitos fundamentais ou regras estabelecidas de forma direta ou indireta pela Constituição. No entanto, quando se parte de um modelo normativo composto de regras que já contenham uma determinação que podem ou não serem cumpridas, como é o caso do direito brasileiro em relação ao tema aqui analisado, não se poderia falar em restrições, mas apenas em violações.

A questão do núcleo essencial do direito fundamental se desenvolveu, com especial relevância, no contexto dos direitos sociais, no presente trabalho relacionados com a obrigação decorrente da função social da propriedade.³⁷⁹ No entanto, considerando que os direitos sociais, justamente visam proteger a dignidade humana, a cláusula do Estado Social, bem como a previsão de garantias institucionais e o direito geral de igualdade (no sentido de igualdade material), justificam o entendimento de um direito originário do indivíduo a prestações. Para tanto, entende-se que os direitos sociais, possuem a dimensão objetiva de direito fundamentais, devendo também para eles ser adotada à teoria externa de restrições e de suporte fático amplo, em que regulamentar ou configurar é também, de certo modo, restringir.³⁸⁰

Feitos esses esclarecimentos, passa-se a análise do conteúdo essencial, conforme a doutrina alemã.

³⁷⁹ Em razão da inclusão tardia dos direitos sociais nas Constituições, os direitos sociais aos poucos foram sendo ampliados, com as percepções de novas finalidades e tarefas estatais. No entanto, a sua inclusão posterior, por vezes, acarreta em problemas a sua aplicação, na medida em que dependem da atuação legislativa para a criação de formas de sua positivação, como previsões orçamentárias e aparatos institucionais, que em geral já são existentes ou mais desenvolvidos. Além disso, os direitos sociais, em razão do caráter prestacional que exige uma atuação do Estado, tende a ser mais complexo do que a garantia de direitos de liberdade que, no geral, geralmente requerem a ausência de atuação estatal. (ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014, P. 127.)

³⁸⁰ LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 141-142.

1.1. É CORRETO FALAR EM NÚCLEO OU SUBSTÂNCIA OU CONTEÚDO ESSENCIAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DOS DIREITOS PROTEGIDOS PELA FUNÇÃO SOCIAL?

Liberdades jurídico-fundamentais, como as que garantem o direito de propriedade privada, são liberdades jurídicas e, como tais, determinadas materialmente, mas também limitadas. As limitações aos direitos fundamentais visam coordenar mutuamente as condições de vida garantidas pelos direitos de liberdade. Elas devem coordenar as condições garantidas pelos direitos de liberdade a outras condições de vida que, do mesmo modo, são essenciais para a vida da coletividade e, por isso, são ou devem ser protegidas juridicamente.³⁸¹

A Constituição, no entanto, só efetua essa coordenação entre os direitos de liberdade e outros bens jurídicos, em uma pequena medida. Ao vincular reservas legais, ela confia essa coordenação ao legislador, porém, continua a se tratar de uma produção e conservação de uma conexão de ordem, na qual tanto as liberdades jurídico fundamentais como aqueles outros bens jurídicos ganham realidade. Na medida em que as determinações que protegem ambos se cruzarem ou colidirem em seu alcance material, a limitação de direitos fundamentais refere-se a produção de concordância prática.³⁸²

A concordância prática, portanto, requer a coordenação proporcional de direitos fundamentais e bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais³⁸³. Entretanto, como os direitos fundamentais, também na medida em que estão sob reserva legal, são parte integrante essencial da ordem constitucional, essa determinação proporcional nunca deve ser efetuada de uma forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou mesmo completamente, de sua eficácia na vida da coletividade.³⁸⁴ Consequentemente, a limitação de direitos fundamentais deve ser *adequada* para produzir a proteção do bem jurídico, em razão do qual ela está sendo realizada. Ela deve ser *necessária* para isso, ou seja, se fosse realizada

³⁸¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 255, número de margem 317.

³⁸² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 255, número de margem 318.

³⁸³ A relação entre a concordância prática e a lei de proporcionalidade, desenvolvida por Robert Alexy, bem como sua aplicação ao direito de propriedade e o cumprimento da função social serão analisadas no próximo item. 2.2, na sequência.

³⁸⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 256.

de forma mais amena não bastaria. E deve ainda ser *proporcional* no sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.^{385 386}

Nesse sentido, mesmo nos casos em que há uma autorização para a limitação de direitos fundamentais, como no caso da propriedade privada, a ser limitado para atender o interesse social e dos direitos garantidos pelo interesse social, a serem limitados pelo direito de propriedade privada, a reserva legal ordinária nunca deve ser separada da garantia do direito fundamental, devendo, pelo contrário, sempre ser vista à luz do significado do direito fundamental. A reserva legal não contém um poder em branco para restrição discricionária, sempre é exigida a consideração do direito fundamental no quadro do possível. E, em casos formados de uma tal forma, uma colisão de posições contrárias, no quadro da coordenação proporcional, pode tornar-se inevitável, ao fim e ao cabo, deixar recuar completamente um direito fundamental – como no caso do direito de propriedade na desapropriação por interesse social, ou do usucapião, por exemplo. Entretanto, isso carece de outra fundamentação jurídica, que não se deixa realizar por uma mera ponderação de bens sem substância.³⁸⁷

O significado especial dos direitos fundamentais para a ordem constitucional corresponde justamente ao anseio de conservar e proteger a existência e a eficácia dos direitos fundamentais. Assim, a proteção constitucional garante uma proteção contra o uso abusivo ou excessivo das reservas legais, que podem levar a continuidade de vigência apenas formal dos direitos fundamentais, por não poderem mais cumprir sua função objetiva.³⁸⁸

O impedimento de aproveitamento abusivo das reservas legais serve à proibição de leis individuais restritivas de direitos fundamentais, uma vez que o legislador está vinculado ao princípio da igualdade.³⁸⁹ A uma escavação de direitos fundamentais procura opor-se pela barreira material *da garantia essencial* (garantida pelo art. 19, frase 2 da Lei Fundamental alemã^{390 391}), que indica justamente as barreiras da limitação de direitos fundamentais

³⁸⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 255-256.

³⁸⁶ Refere-se também ao Princípio da proporcionalidade desenvolvido por Robert Alexy. *Vide* ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 86 e seguintes e GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011. P. 239 e seguintes.

³⁸⁷ *Vide* HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 256.

³⁸⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 264-265.

³⁸⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 265.

³⁹⁰ Art. 19 [limitação de direitos fundamentais, garantia da via jurídica]

(2) em nenhum caso um direito fundamental pode ser tangido em seu conteúdo essencial; (MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 308.)

resultantes da tarefa da concordância prática. Essas barreiras são excedidas, quando um direito fundamental é limitado com motivo insuficiente, porque uma tal limitação não pode ser proporcional. As limitações devem ser desprezadas quando conduzem a uma retirada de eficácia do direito fundamental limitado na vida da coletividade. Nesse caso, além da limitação ser, em medida especial, desproporcional, ela também suspende, simultaneamente, uma garantia constitucional conforme o objeto, resultado esse que o legislador não pode causar, porque a limitação do direito fundamental viola o seu conteúdo essencial.³⁹²

O conteúdo essencial de um direito fundamental começa, portanto, onde as possibilidades diferenciadoras de limitação admissível terminam. Uma limitação de direitos fundamentais que atinge o conteúdo ou o núcleo essencial do direito fundamental é inadmissível e como tal inconstitucional. Ela não deve ser subestimada, porque realça expressamente a proibição de limitação de direitos fundamentais excessiva e, nesse ponto, normaliza jurídico-positivamente a necessidade de uma interpretação das reservas que tem em conta essa proibição.³⁹³

Assim, tem-se a proibição de limitações desproporcionais, que subtrai o núcleo essencial dos direitos fundamentais da disposição do legislador, essa proteção absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais, naturalmente, sob o pressuposto, que proporcionalidade seja entendida não só no sentido de mera perseguição de uma finalidade econômica, mas que a admissibilidade de tal perseguição de uma finalidade, exatamente, também seja aferida ao direito fundamental a ser limitado.³⁹⁴ E, ainda, sob o núcleo absolutamente protegido dos direitos fundamentais deve ser entendido o núcleo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos ou aquele de sua qualidade como garantias de

³⁹¹ Ainda que a CF/88 não faça expressa menção a necessidade de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, como faz Lei Fundamental Alemã, não há maior dificuldade em considerá-lo como decorrência da garantia constitucional desses direitos, e da ampla proteção conferida a eles pela CF/88 (vide nesse sentido *caput* e incisos, XXXV e LIV, LV, §1º e §2º do art. 5º). Nesse sentido, também o art. 60, §4º, IV da CF/88, que determina expressamente que não será objeto de deliberação a proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais.

Também nesse sentido *vide* decisão do STF, no RE 592581/RS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, julgado pelo Tribunal Pleno em 13/08/2015. Fica evidenciado, portanto, do conjunto do texto Constitucional que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve ser preservado. Nesse sentido, *vide* também (LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. P. 71-72 e 395-397.)

³⁹² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 266-267, número de margem 332.

³⁹³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 267, número de margem 332.

³⁹⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 268 número de margem 333.

conexões de funções objetivas, já por causa da correlação estreita de ambos, deve a função do direito fundamental sempre ficar conservada “para a vida social em conjunto”, porque uma limitação que abolisse essa função nunca poderia ser desproporcional. Em geral, também uma limitação de direitos fundamentais que elimina quase ou completamente uma liberdade garantida jurídico-fundamentalmente para o particular, será desproporcional e, por isso, incompatível com a garantia do conteúdo essencial.³⁹⁵

A fim de assegurar a eficácia dos direitos fundamentais, o direito prevê ainda um controle amplo de sua observância pelo poder judiciário, que serve não só à proteção jurídica individual, no sentido da realização dos direitos fundamentais como direitos de defesa subjetivos, mas também à sua proteção como partes integrantes da ordem objetiva da coletividade.³⁹⁶ A via judicial garantida nesse sentido, é uma via que visa ao asseguramento do direito, assegurando o acesso à via judicial – no sentido de garantir a possibilidade de, em decorrência de uma violação de direitos fundamentais, haver a possibilidade de se recorrer a uma instância judicial -, bem como a efetividade da proteção jurídica no sentido de um direito a um controle judicial eficaz em todas as instâncias. Possibilita-se assim também um controle do poder legislativo e executivo, pelo poder judicial.³⁹⁷

Assim, se garante um mínimo de eficácia normativa a direitos fundamentais sociais em modelos que optaram por uma eficácia imediata dos direitos fundamentais, o que os retira da plena discricionariedade do legislador e possibilita que seja fonte direta de uma posição jurídico-objetiva. O núcleo mínimo tem uma base essencialista, que visa atender as necessidades básicas à vida. E tem uma base consensualista, referente a valores e princípios materiais irradiantes do sistema, como dignidade humana, liberdade e igualdade. Concebe o núcleo mínimo conforme o consenso que se forma a respeito de cada direito, observado pela prática dos países ou com base na jurisprudência internacional.³⁹⁸

A questão, portanto, seria se caberia defender um núcleo mínimo no sistema constitucional brasileiro, em que não existe norma expressa, que preveja essa garantia do núcleo mínimo dos direitos fundamentais e, quando, no caso, a matéria tratada, já foi

³⁹⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 268, número de margem 334.

³⁹⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 269, número de margem 335.

³⁹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 269-274, número de margem 336-344.

³⁹⁸ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014, P. 252.

constitucionalizada na forma de regras jurídicas, que trazem qual o conteúdo do direito de propriedade a ser atingido pela obrigação social e em que medida, e quais os direitos sociais, econômicos e culturais a serem priorizados. A resposta aqui é positiva, considerando, especialmente, a análise pretendida no presente trabalho, que é realizada em contraposição ao direito alemão, em que isso é possível, e em que se busca examinar justamente os critérios utilizados pelo constituinte e a eficácia prática das normas constitucionais analisadas, gerada por essa escolha. Ressalte-se que apesar de receberem carga de concretude no próprio texto constitucional, os direitos não deixam de ser normas de direito fundamental e, portanto, pelo menos para fins de pesquisa, é válida a análise, sempre visando uma maior densidade aos direitos fundamentais, considerando os princípios constantes no próprio texto constitucional (como o direito geral de liberdade, de igualdade, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade - entendida no contexto do Estado Social e não segundo uma orientação estritamente socialista -, e a eficácia imediata dos direitos fundamentais.)

Os deveres ou direitos que integram o núcleo mínimo são frutos de ponderações realizadas em conflitos normativos e o seu papel maior é estabelecer uma fronteira argumentativa, na medida em que, obrigações nucleares exigem forte justificativa para a sua não prestação e acarretam um maior ônus argumentativo, enquanto obrigações não nucleares exigem um menor ônus argumentativo e um exame mais auto contido pelos tribunais.³⁹⁹ O sistema brasileiro, ao impor a não exclusão de lesão ou ameaça de direito do exame jurisdicional, ao prever um controle de constitucionalidade das normas difuso e abstrato, inclusive da omissão, ao determinar aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, certamente impôs que nenhuma norma de direito fundamental fique sem eficácia e que possa, portanto, dela extrair efeitos jurídicos a justificar ao menos um patamar mínimo dos direitos fundamentais.⁴⁰⁰ Assim, já tendo a CF/88, estabelecido o núcleo essencial dos direitos de propriedade e da função social, a partir das regras constantes nos art. 182 e 186 da CF/88, poderia se analisar a efetividade desses direitos, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁴⁰¹

³⁹⁹ Como padrão jurídico, é uma técnica que constrói o pragmatismo jurisprudencial, a dividir cargas de intensidade na ponderação. O tribunal precisa se apoiar na criação desses padrões em fins ou valores albergados no próprio sistema, que permitam uma justificação racional. (ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014, P. 262.)

⁴⁰⁰ ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014, P. 262.

⁴⁰¹ Ressalte-se que não é objetivo desse trabalho adentrar no ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro ou alemão, mas a questão da eficácia desse núcleo mínimo, resta, em parte analisada, a partir do exame do julgado do STF, no ponto 3.2, Capítulo 3, Terceira Parte do Trabalho.

Assim, pode-se considerar que o direito fundamental tem um núcleo também no direito brasileiro e esse núcleo – baseado na ponderação realizada pelo constituinte – está mais relacionado com a garantia de efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que a ponderação em relação a princípios contrários é dificultada, em relação a esse núcleo. No contexto do direito brasileiro, essa avaliação foi feita pelo próprio constituinte, ao preencher o conteúdo do direito de propriedade que tem que cumprir a função social com o imóvel rural e urbano e ao relacionar a função social e a ideia de justiça social, com a reforma agrária. Esse núcleo consensualista, garantido pela função social está relacionado, portanto, com a questão da produtividade do imóvel, do respeito ao direito ambiental e do respeito às regras trabalhistas. Pode-se dizer assim, que o núcleo essencial do direito de propriedade e da função social, no direito brasileiro, está necessariamente relacionado a essas questões.⁴⁰²

No caso alemão, em que os enunciados estão apresentados apenas como razões *a priori*, as questões relativas à construção de um núcleo mínimo de omissões ou de deveres estatais, o uso do conteúdo mínimo como um padrão que poderá ser utilizado a partir da construção ponderativa, pelo exame da proporcionalidade. Ele foi derivado da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nessa medida, o núcleo ou o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma garantia geral da tutela desse direito, porque estabelece a necessidade de circunscrever um espaço material que não possa ser restringido pelos poderes públicos.⁴⁰³

No caso do direito brasileiro, na medida em que o próprio constituinte disciplinou e concretizou o conteúdo do direito é de se reconhecer indiscutivelmente um direito materializado e que, se não satisfeito por ação ou omissão legislativa, permite a tutela judicial corriqueira.⁴⁰⁴ Já na Alemanha, no caso do conflito entre os princípios, em que uma adscrição

⁴⁰² Há um dever *prima facie* de respeitar ou proteger e promover o conteúdo básico de um direito. O núcleo essencial serve de parâmetro distribuidor de um maior ou menor ônus argumentativo da justificação da medida restritiva ou da própria omissão. As obrigações que compõem o núcleo essencial são imediatamente exigíveis e não admitem a princípio omissões, restrições ou retrocessos, salvo justificação legítima, a depender de uma ponderação no caso concreto. Há uma carga maior de argumentação que se exige de uma restrição, não prestação ou retrocesso do mínimo, aliada a um escrutínio mais rigoroso de justificação. (ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. P. 257-258.)

⁴⁰³ A tese do núcleo essencial recebe o influxo da própria concepção de que há uma dimensão positiva e uma negativa em todos os direitos fundamentais, assim também o núcleo essencial possui uma dimensão negativa e uma positiva. A dimensão negativa, especialmente a tese da proibição relativa de retrocesso, a dimensão positiva é a que se identifica com a ideia de um núcleo mínimo de deveres e obrigações impostas ao Estado. O conteúdo mínimo é definido por meio de ponderações, no exame da proporcionalidade, caso se trate de obrigações mínimas o ônus argumentativo do Estado passa a ser elevado, com intenso ônus de prova. Necessidade excepcional ou injustiça extrema. (ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014. P. 249-251.)

⁴⁰⁴ No caso do Brasil, entretanto, que se trata de regras, regras são aplicadas ordinariamente por subsunção. Se uma obrigação for positivada como regra, é quase indiferente cataloga-la como integrante do núcleo mínimo. Porque nesse caso não depende de ponderação, mas aplica-se por subsunção, salvo excepcional derrotabilidade.

de um conteúdo essencial por meio de interpretação resulta na consolidação de um conflito concreto, a ponderação gera uma regra que resolve o conflito, concretizando uma norma pelo aplicados do direito, que não estava previamente disciplinada no sistema jurídico.

Antes de se adentrar na análise específica do juízo relacionado com a ponderação realizada pelo constituinte brasileiro, ao delimitar os tipos legais, importante ainda deixar clara a forma de interpretação dos enunciados normativos, quando ainda apresentados como razões *a priori*, no contexto do tipo amplo, portanto, em momento anterior a sua definição como regra pelo constituinte. Mesmo porque, os princípios da propriedade e da função social que foram considerados como razões *a priori* quando da ponderação realizada pelo constituinte, e que, portanto, estão atrás dessas regras, entendidas como razões definitivas, e foram considerados na sua normatização, permitem que se faça essa análise.

1.2. INTERPRETAÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO SOCIAL

Quando os direitos fundamentais são previstos apenas como princípios, como no caso do direito alemão, na fixação de limitações constitucionais ou da limitação com base em uma reserva legal, trata-se de deixar ambos atingirem à eficácia ótima. Bens jurídicos protegidos jurídico-constitucionalmente devem, na resolução do problema, ser coordenados um ao outro de tal modo que cada um deles ganhe realidade. Onde surgem colisões não deve, em “ponderações de bens” precipitada ou mesmo “ponderação de valor” abstrata, um bem jurídico ser realizado a custa de outro. O princípio da unidade da Constituição coloca a tarefa de uma otimização, ou seja, a ambos os bens devem ser traçados limites, para que ambos possam chegar a uma eficácia ótima.⁴⁰⁵

Nesse sentido, os limites traçados, no respectivo caso concreto, devem ser proporcionais, ou seja, eles não devem ir além do que é necessário para produzir a concordância de ambos os bens jurídicos. Proporcionalidade expressa, nessa conexão, uma relação de duas grandezas variáveis e precisamente esta que satisfaz o melhor aquela tarefa de otimização, não uma relação entre uma “finalidade” constante e um ou vários “meios” variáveis. Sobre o que é proporcional em cada caso particular, *a priori*, não se pode dizer

Não haverá aí nenhuma ponderação a mais e a função será mais simbólica ou declarativa do conteúdo do núcleo essencial do direito.

⁴⁰⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 66-67, número de margem 72.

nada, no entanto, indica, como diretiva contida na Constituição e, por isso, obrigatória, a direção e o procedimento a partir do qual uma resolução constitucional deve ser buscada.⁴⁰⁶

Essa exigência de concordância prática corresponde ao modelo de ponderação, desenvolvido por Robert Alexy, para o cumprimento da tarefa de otimização. Esse modelo de ponderação oferece um critério – no sentido de correção – ao conectar a lei de ponderação à teoria da argumentação racional.⁴⁰⁷

No que diz com o presente tema, trata-se de analisar, portanto, em cada caso concreto, a concordância prática pela coordenação proporcional dos bens jurídicos relacionados com o direito à propriedade privada por um lado, e os bens jurídicos relacionados com o cumprimento da função social, por outro. Destacando-se que o princípio constitucional decorrente do direito fundamental à propriedade privada exige, como todos os princípios – inclusive os direitos sociais garantidos pela função social -, uma realização na maior medida possível. Nesse sentido, cumpre salientar que a maior medida possível de realização do princípio da propriedade privada abarca uma realização na maior medida possível da competência para usar e dispor da propriedade.⁴⁰⁸

Parte-se dessa concepção de direito geral de liberdade, entendendo-se que, sem a liberdade jurídica negativa em sentido estrito ou liberdade liberal - que tem como objetivo a maior medida possível de liberdade de ação, a maior medida possível de não-afetação de situações e a maior medida possível de não-eliminação de posições jurídicas do titular do direito fundamental – não há dignidade humana em sentido juridicamente relevante.⁴⁰⁹ No entanto, o conceito de dignidade humana não é uma liberdade ilimitada, é uma liberdade de um indivíduo inserido numa comunidade, portanto, o indivíduo tem que se conformar com as restrições à sua liberdade, impostas pelo legislador com o objetivo de manter e fomentar a convivência social, dentro dos limites daquilo que é razoavelmente exigível diante das circunstâncias e desde que seja preservada a independência do indivíduo. Ou seja, a liberdade é restringível - por isso sua qualidade de princípio -, no entanto, é restringível somente diante da presença de razões suficientes. Assim, o princípio da liberdade negativa não outorga uma

⁴⁰⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 67, número de margem 72.

⁴⁰⁷ HECK, Luís Afonso. *Apresentação*. In *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. P. 20-21. Ver também, ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 173.

⁴⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 336-337.

⁴⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 357.

permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer, apenas sustenta que todos podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não existem razões suficientes – direitos de terceiros ou interesses coletivos – que fundamentem uma restrição a essa liberdade.⁴¹⁰

Em relação ao direito de propriedade, tem-se que intervenções ao direito fundamental de propriedade – entendido, assim como os outros direitos fundamentais, como posições *prima facie* - são possíveis graças a diferentes autorizações constitucionais de intervenção, que, no entanto, devem ser sempre justificadas materialmente, a partir da aplicação de uma lei de ponderação. Nessa ponderação se discute qual dos interesses abstratamente considerados de mesmo nível possui mais peso no caso concreto. A solução de colisão consiste em, consideradas as circunstâncias do caso, estabelecer entre os princípios, uma relação de precedência condicionada.⁴¹¹ Chega-se assim a uma Lei de Ponderação, em que a medida permitida de não satisfação de um princípio depende do grau de importância à satisfação de outro.⁴¹²

Várias interpretações são possíveis à determinação de cumprimento da função social por parte do proprietário. Seria, em qualquer caso, ir muito longe interpretá-lo de tal forma que os direitos de propriedade devam ser exercidos na medida do possível, de acordo com as demandas moralmente justificadas do bem-estar geral, como pretendia Leon Duguit e seus seguidores, com sua teoria do “direito-função”. A interpretação dessa forma não garante um espaço mínimo de exercício da liberdade negativa, entendida como alternativa de ação, pressuposta ao desenvolvimento da condição humana. Mais interessante, portanto, é entender que o uso da propriedade deve, ao mesmo tempo, servir ao interesse público, o que inclusive encontra consonância com o texto constitucional, ao estabelecer tanto o direito de propriedade como a obrigação de cumprimento da função social, como incisos do art. 5º, portanto, sugerindo certo equilíbrio *a priori* de posições.

⁴¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 357-358.

⁴¹¹ A solução de colisão é um dos fundamentos da teoria dos princípios, e reflete o caráter dos princípios como mandamentos de otimização, ante a inexistência de relação absoluta de precedência e à sua referencia a situações que não são quantificáveis. Assim também constituem a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Ora, ao estabelecer relações concretas de precedência, a solução de colisão conduz a uma dogmática diferenciada dos direitos fundamentais específicos, que exclui preferências e cedências generalizantes. Nos termos dessa solução, o estabelecimento de uma restrição não é uma questão de tudo-ou-nada, mas um problema de afastamento do direito fundamental em relações particulares. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 99.)

⁴¹² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006. P. 158.

Sieckmann sugere que devem ser diferenciadas interpretações positivas e negativas. No caso de uma interpretação negativa, a função social exige que o bem-estar do público não seja perturbado pelo uso da propriedade. Isso é para ser assumido como um requisito básico. Também é questionável se existem obrigações positivas para agir no interesse do público em geral. Isso poderia significar que a propriedade deve ser sempre (1), ou também (2), benéfica para o público em geral; a propriedade deve ser utilizada na medida do possível (3) para o público em geral; ou ainda, ao decidir sobre o uso de sua propriedade, o proprietário deve tomar os interesses do público em geral em conta na medida do possível (4); por fim, além das obrigações do proprietário, um direito de acesso do público à propriedade poderia ser aceito, na medida em que (5) o público pode usar a propriedade para seus próprios fins.⁴¹³

A interpretação (1) é muito forte como uma norma definitiva, já que a propriedade também pode ser utilizada para fins privados e, antes de uma ponderação dos princípios de propriedade, nenhuma declaração pode ser feita sobre as obrigações dos proprietários. A interpretação (2) contém somente uma instrução de existência, que é insuficiente, como é a interpretação da área de proteção antes referida. De qualquer forma, não é errado dizer que o uso de propriedade de forma alguma se destina a servir o bem comum, só é questionável se não deve ser exigido o melhor nível possível de promoção do bem-estar geral. Parece aceitável a interpretação (3) como um princípio, enquanto o público em geral não decidir como ponderar os interesses privados e coletivos. Significaria uma transferência do poder de disposição no sentido de liberdade, o uso da propriedade, para o público como expresso em (5). A reserva constante no dispositivo legal leva à interpretação (4). Isso resulta de (3) relativo ao prosseguimento da suposição de que o proprietário decide-se sobre o uso de sua propriedade e, portanto, tem de ponderar interesses privados e coletivos. Assim, um interesse privado pode ser considerado em decisão livre e desvinculado.⁴¹⁴

A interpretação (5) é muito forte como exigência constitucional, uma vez que a exclusividade dos direitos de propriedade é geralmente abolida. A possibilidade de se ter em conta as preocupações com o bem-estar geral não é afetada, mas a interpretação (5) poderia ser interpretada no sentido de que os objetos de propriedade são, ao mesmo tempo bens público, como por exemplo monumentos ou objetos culturais.⁴¹⁵

⁴¹³ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 395.

⁴¹⁴ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 395.

⁴¹⁵ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 395.

Por outro lado, se a interpretação (4) é escolhida, a determinação constitucional de cumprimento da função social só autoriza as intervenções que são necessárias por um direito constitucional para ponderar os interesses privados e coletivos. O que significa que, um proprietário proporcional, por sua própria iniciativa, teria de se abster da utilização desproporcional. E, enquanto isso for justificável, nenhuma compensação é justificada pela Constituição.⁴¹⁶

Nesse sentido, intervenções em usos proporcionais não são justificadas com base na função social da propriedade, mas só podem ser justificadas e compensadas com base na função social da propriedade prevista constitucionalmente.⁴¹⁷ O que permite uma análise da decisão do proprietário, portanto, são os requisitos que estão em consonância com a avaliação da proporcionalidade e, assim, com a ligação de decisões discricionárias. A função social da propriedade pode ser entendida de tal forma que a decisão do proprietário de uso tem o caráter de uma decisão discricionária, que também afeta as preocupações de bem-estar público e interesses privados.⁴¹⁸

No entanto, a função social não pode ser entendida com base na interpretação restritiva da exclusividade dos direitos de propriedade, o que está relacionado apenas com usos individuais possíveis. Se assim fosse, todo o bem exibiria características que o tornariam um bem público, conseqüentemente, não haveria alocação exclusiva, mas um conflito de interesses de uso. O proprietário teria que aceitar que os seus interesses são pesados contra os interesses públicos. Contra essa interpretação, argumenta-se, que o art. 14 (2) da Lei Fundamental alemã – e da mesma forma o art. 5º, XXIII da Constituição Federal brasileira – não confere qualquer direito de uso por parte do Estado ou do público em direitos de propriedade. O direito de usar a propriedade permanece com o proprietário. Apenas o exercício de direitos de uso está ligado à consideração do bem comum, mas não há na propriedade um bem público em alguns aspectos.⁴¹⁹

Além disso, uma erosão dos direitos de propriedade poderia ocorrer, já que praticamente todo o interesse público em um objeto de propriedade faria deste um bem público. O compromisso entre o entendimento da lei liberal da propriedade e a demanda do Estado Social para a função social também seria prejudicada se o conteúdo dos direitos de

⁴¹⁶ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 395.

⁴¹⁷ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 395-396.

⁴¹⁸ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 397.

⁴¹⁹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 398.

propriedade garantidos fosse limitado por interpretações de Estado Social. A obrigação social da propriedade é, portanto, apenas uma forma de critério para o proprietário, em termos de propriedade, mas não a conversão parcial de direitos de propriedade exclusivos em bens coletivos.⁴²⁰

Sieckmann destaca que o legislador além de atentar à determinação de função social deve levar em consideração todas as outras normas constitucionais, em especial com o princípio constitucional da proporcionalidade e o princípio da igualdade.⁴²¹

O âmbito de proteção do direito de propriedade estabelece a quais poderes um proprietário estaria intitulado no momento da medida legislativa concreta e, nessa medida, a garantia de existência da propriedade é abordada num âmbito tal, que a exigência de boa-fé também deve ser considerada. Também é exigida uma comparação entre as relações sociais e pessoais da propriedade, além da distinção entre liberdade e proteção de valor pecuniário. Por fim, é atribuída uma importância particular no contexto do direito de propriedade ao princípio de igualdade, bem como sua relação com a exigência de proporcionalidade.⁴²²

Os graus de referência pessoal e de referência social da propriedade servem como critérios de equilíbrio no domínio da proteção da propriedade. Fala-se em referência pessoal, enquanto se considera o direito de propriedade, sob a perspectiva do proprietário, como elemento de garantia de liberdade pessoal do indivíduo, ela desfruta de uma proteção particularmente forte – exigindo justificação para intervenções e reconhecendo o próprio desempenho do direito pelo indivíduo como a razão de proteção especial. Já a referência social, no que diz com o direito de propriedade considera também o interesse do não-proprietário, pelo seu lado de necessitar do uso do objeto da propriedade para a garantia da sua liberdade, e nesse ponto, a exigência constitucional de cumprimento da função social inclui uma obrigação de consideração ao não-proprietário orientada ao uso do bem-estar público.^{423 424}

⁴²⁰ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 398.

⁴²¹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 364.

⁴²² SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 364.

⁴²³ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 364-365.

⁴²⁴ O uso de referências pessoais como critério de ponderação é controverso. No entanto, o aspecto da relação pessoal representa apenas a aplicabilidade, a importância e o grau de prejuízo dos princípios de propriedade relacionados a indivíduos, ou seja, garante que sejam considerados os princípios da proteção do livre desenvolvimento da personalidade e do estilo de vida auto-responsável. O que se mostra correto, na medida em que os direitos de propriedade são constitucionalmente protegidos como direitos à liberdade no sentido negativo. E, nessa medida, na justificação das interferências a esses direitos de propriedade, devem ser questionados e considerados os prejuízos existentes a esse direito de propriedade.

A referência pessoal baseia-se na tese de que a propriedade goza de proteção particularmente forte no seu papel de garantia da liberdade pessoal do indivíduo⁴²⁵. Portanto, num modelo de equilíbrio, os princípios de propriedade têm um peso maior quanto mais forte for à relação pessoal – a relação com a liberdade - dos direitos de propriedade que eles assegurem. A relação pessoal se trata, portanto, por um lado, da aquisição de bens pelo indivíduo por seu próprio poder e, por outro lado, da função da propriedade como um meio de determinar de forma independente o seu estilo de vida.^{426 427} O que pode ser visto, por exemplo, no uso do imóvel como casa própria, tanto pelo proprietário como pelo inquilino. O peso atribuído ao critério da relação pessoal é determinado principalmente pelo fato de que, junto com princípios de apropriação primários – como a proteção do próprio poder – outros princípios do livre desenvolvimento da personalidade devem ser considerados. Além disso, o peso dado a estes princípios aumenta de acordo com a intensidade da referência à liberdade pessoal [liberdade negativa].⁴²⁸

A relação social da propriedade, por sua vez, aparece como critério ao poder de restringir a propriedade. A relação social pode consistir em primeiro lugar na aplicabilidade dos princípios conflitantes. A extensão da compensação social depende do grau de comprometimento e do peso da colisão dos princípios de propriedade com os princípios do interesse público. A referência à relação social da propriedade mostra uma descrição geral e precisa das colisões na área da proteção à propriedade, em que se considera o que faltaria ou seria perdido do público quando o seu uso permanecesse excluído desse objeto. Assim, pode-se supor que há uma questão social particularmente forte de propriedade da terra por causa da falta da capacidade de multiplicação e indispensabilidade do solo.⁴²⁹ Com a relação social da propriedade podem ser expressadas ainda uma diminuição do peso dos princípios de

⁴²⁵ Relacionada a um direito geral de liberdade, baseado no conceito de liberdade de Kant, no sentido de livre-arbítrio e autodeterminação, considerando que o direito das pessoas está *a priori* sob as condições de compatibilidade do uso da liberdade de cada um com o dos outros. (WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. – 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012. P. 322-323.) Vide ponto 2.1.3.1 e ponto 2.2.5, Cap. 2, Primeira parte.

⁴²⁶ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 365-367.

⁴²⁷ Nessa medida, a referência pessoal, está relacionada com a construção do espaço privado do indivíduo – reservada à esfera íntima e privada da pessoa, em que age exclusivamente com base em suas escolhas – em oposição, nesse sentido, à referência social, relacionada com a esfera pública - preocupada com o que é comum, a partir de uma ótica política e social. A respeito da teoria das esferas e a construção do espaço privado, vide CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006. P. 115 e seguintes.

⁴²⁸ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 365-367.

⁴²⁹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 367-368.

propriedade e um peso especialmente maior aos princípios de interesse público. No entanto, não havendo no artigo 14 da Lei Fundamental referências a este ponto – e tampouco no art. 5 da CF/88, ou nos artigos constitucionais relacionados com a matéria - deve-se partir do pressuposto de que os dois princípios têm a mesma importância. Apesar de que nem em todos os casos o mesmo peso deva ser atribuído a eles.⁴³⁰

O requerimento de uma ordem orientada para o interesse comum utiliza a ordem de consideração para o não-proprietário, que necessita dele para o uso do objeto de propriedade para a garantia de sua liberdade e do seu estilo de vida.⁴³¹ ⁴³² Importante ainda considerar que o interesse comum é justamente proteger e equilibrar interesses privados, o que difere é o número de interesses a serem considerados. Isso corresponde a uma concepção de propriedade segundo a qual os direitos de propriedade não são um fator ambiental independente, mas o respectivo resultado de um equilíbrio de interesses.⁴³³

Assim, ao mesmo tempo em que a propriedade é garantida como direito fundamental individual pela Constituição, a função social é apresentada como interesse público de sua utilização e aproveitamento adequado às aspirações sociais. É importante notar, entretanto, que as exigências de igualdade também são relevantes em relação à ponderação. As considerações acerca da proibição de arbitrariedade, coerência ou compensação e equilíbrio são requisitos que devem ser aplicados no contexto da avaliação da proporcionalidade realizada. No caso de justificação das intervenções de propriedade, portanto, os requisitos exigidos pelo direito geral de igualdade são quase um critério independente do de proporcionalidade.⁴³⁴ Passa-se a análise desses critérios para, posteriormente, adentrar-se no texto constitucional brasileiro, a fim de reconhecer o preenchimento ou não dos pressupostos aqui apresentados como necessários a interpretação proporcional da função social da propriedade pelo Constituinte, em relação as regras estabelecidas nos artigos 182 e 186 da CF/88.

⁴³⁰ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 368.

⁴³¹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 370.

⁴³² Há aqui há a atuação de um princípio de igualdade, no sentido de uma aplicação de igualdade fática, relacionada com a referência social, visando à realização da justiça material. Mas, enquanto a igualdade jurídica é um valor em si mesmo, relacionada, nesse sentido com a liberdade negativa. A igualdade fática, precisa ser justificada, conforme a situação jurídica e fática. Nesse sentido *vide* Ponto 3.1.2., Capítulo 3, Segunda Parte deste Trabalho.

⁴³³ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 371.

⁴³⁴ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 390.

1.3. OBSERVAÇÃO DE CRITÉRIOS DE IGUALDADE NA PONDERAÇÃO NO CONTEXTO DA JUSTIFICATIVA DA INTERVENÇÃO NO DIREITO DE PROPRIEDADE

1.3.1. Proibição da arbitrariedade, proposta de coerência e proposta de equilíbrio

Uma intervenção desigual em um direito de propriedade resulta em ofensa do princípio de igualdade e, ao mesmo tempo, em ofensa à garantia ao direito individual de propriedade.⁴³⁵ As intervenções no direito de propriedade devem ser intervenções justificáveis.

Sieckmann esclarece que, no modelo da ponderação dos princípios de propriedade, deixam-se diferenciar como requisitos de igualdade: a proibição da arbitrariedade, a proposta de coerência e a proposta de equilíbrio.⁴³⁶ O que significa que, em um modelo de ponderação, uma violação a um direito fundamental é justificada apenas se houver uma boa razão, sob a forma de um princípio de colisão. Se não há nenhuma razão para a intervenção - e, assim, para a diferenciação sem prejuízo dos casos em que for aplicada a intervenção e casos que não são afetados por ela - se faz necessária a igualdade de tratamento. Isso corresponde a uma proibição da arbitrariedade, no sentido de que deve haver uma razão justificada para qualquer intervenção.

Ainda, uma justificação deve também considerar os pesos que correspondem a pesos dos princípios relevantes em outros casos - ou pelo menos deve ser compatível com eles -, mantendo, portanto, a coerência. Se, em um caso específico, um prejuízo superior é considerado admissível - em que pese em outro caso, em que os aspectos relevantes coincidem com esse, não tenha sido -, esse prejuízo deve ser justificado por motivos proporcionais e suficientemente relevantes.⁴³⁷

Por fim, o modelo de ponderação deve produzir um equilíbrio entre os princípios conflitantes, no caso, o direito à propriedade privada e o cumprimento da função social. Essa proposta de equilíbrio pode ser interpretada como um princípio de adequação da contraprestação, ou como uma regra de ponderação. É preciso chegar a um resultado

⁴³⁵ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. - Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 387.

⁴³⁶ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. - Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 387.

⁴³⁷ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. - Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 387.

proporcional, para o caso de colisão dos princípios.⁴³⁸ Poderia se pressupor que a ideia de interesses contrapostos equilibrados parecesse plausível na relação de um indivíduo em face de outro, com nos casos de inquilino e proprietário, mas poderia parecer não apropriada numa colisão de interesses individuais com interesses públicos. De qualquer forma, a importância de interesses a ser considerados pode variar de acordo com a natureza do interesse e com a delimitação do caso concreto de forma a não deixar justificar uma regra geral do equilíbrio. A suposição de equilíbrio de diferentes princípios pode, na maioria dos casos, representar um equilíbrio *prima facie*, ou até mesmo uma hipótese de trabalho, antes do exame das circunstâncias do caso a ser decidido. A proposta de ponderação no sentido mais estrito de uma regra de equilíbrio não é então, no ramo das intervenções à propriedade, um critério de ponderação unilateral, mas sim uma questão de justificativa em si mesma.⁴³⁹

Ainda, pretensões de igualdade poderiam também ser representados na forma de um princípio de igualdade de posições de propriedade. Como um princípio, uma pretensão de igualdade tem que ir além de um requerimento de igualdade formal, resultante de uma reivindicação geral e para todos da aplicação correta do modelo de ponderação. A situação legal, bem com a situação de todos os proprietários tem que ser a mesma, na maior medida possível. Diferenças legais ou atuais devem ser evitadas na maior medida possível e, cada diferença deveria ser justificada de acordo com o princípio da proporcionalidade.⁴⁴⁰

Assim, quando a Lei Fundamental Alemã reconhece a propriedade privada, no art. 14, § 1º, frase 1 da Lei Fundamental e reconhece na frase 2 do mesmo artigo a função social⁴⁴¹, não pode haver o favorecimento dos interesses de uns sobre os outros. Essa oferta de equilíbrio dos interesses conflitantes pode ser interpretada de duas maneiras: como um modelo de adequação da contraprestação – quando ocorre a intervenção - ou como uma regra de ponderação.

A interpretação geral exige que o equilíbrio de acordo com o peso relativo dos princípios deve ser feito. No entanto, isso corresponde à proposta inadequada de ponderação e afronta à proibição de regulações unilaterais. Uma interpretação exige não só um equilíbrio proporcional, mas um cumprimento uniforme dos princípios conflitantes. Nesse sentido, os interesses devem ser considerados da mesma forma, o que significa que, o grau de cumprimento

⁴³⁸ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 387-389.

⁴³⁹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 389.

⁴⁴⁰ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 389.

⁴⁴¹ No mesmo sentido, a CF/88, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º.

requerido depende do peso relativo dos princípios conflitantes, assumindo-se que os dois princípios conflitantes partem, *a priori*, do mesmo peso. Trata-se, portanto, da aplicação da regra da proporcionalidade para a colisão de interesses ou princípios equilibrados.⁴⁴²

A adoção de um princípio geral de igualdade, no entanto, pode ser analisada sob mais de um aspecto. Por um lado, tem-se que a igualdade jurídica, na medida em que apresenta-se de forma paralela a liberdade negativa, pode ser relacionada com a garantia de igualdade entre situações jurídicas semelhantes. Nessa medida, o princípio geral de igualdade é usado particularmente para estabelecer a compensação de obrigações relativas a cobranças desiguais de posições de propriedade. Por outro lado, o princípio da igualdade fática é atribuído ao princípio do Estado Social e à questão da função social da propriedade e garante um direito *prima facie* a uma ação positiva do Estado. A ação positiva do Estado – através da restrição ou da desapropriação – justamente visa promover um princípio de igualdade fática, no caso, através do acesso ao exercício de propriedade. Nessa medida, busca garantir uma alternativa de ação para os carentes da prestação e, portanto, também promover o exercício da liberdade jurídica, entendida também no sentido de liberdade negativa, como alternativa de ação. Não perde, no entanto, a função social, precipuamente, o caráter de uma norma que fundamenta a restrição ao direito fundamental de propriedade.

A função social da propriedade, portanto, deve ser observada, em consonância com as justificativas constitucionais de intervenções à propriedade. Assim, por um lado, critérios de igualdade são extremamente importantes na ponderação, no contexto da justificativa de intervenção. Por outro lado, os pedidos de reivindicações de igualdade estão relacionados com a definição de conteúdos do direito de propriedade e a questão da desapropriação.

Apresentados os pressupostos a serem consideradas na interpretação da função social da propriedade, quando considerados os dois enunciados conflitantes – propriedade e função social – no tipo amplo, presente no direito alemão. Passa-se a apresentar o tipo restrito desses enunciados e o contexto considerado pelo constituinte brasileiro, para realizar o juízo de ponderação, que resultou nas regras constantes no texto constitucional brasileiro. Para, finalmente, na parte final deste Trabalho, examinar em que medida esse juízo foi proporcional, no sentido de correção, ao examinar tal juízo a luz dos pressupostos apresentados.

⁴⁴² SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 388.

CAPÍTULO 2. QUESTÃO DA IGUALDADE DO ENCARGO

2.1. CONTEÚDO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1.2. Análise da CF/88 e da legislação infraconstitucional

No Brasil, a função social da propriedade noticiada no art. 5º, XIII da CF/88 e art. 170, III, e elencada juntamente com a propriedade privada no art. 170, I e III como princípios da ordem econômica, já restou fixada pelo próprio Constituinte, nos artigos 182, §2º e 186 da CF/88. A função social da propriedade, que busca garantir direitos sociais, econômicos e culturais, e nessa medida, visando efetivar a justiça social, está claramente relacionada com a questão do desenvolvimento agrário, bem como com a questão do desenvolvimento urbano.

A reforma agrária e a promoção da política agrária já haviam sido estabelecidas desde 1964 pelo Estatuto da Terra, mas a questão ainda não havia sido tratada em uma Constituição brasileira. Também houve uma inovação, ao se estabelecer a possibilidade de medidas, a fim de promover o adequado aproveitamento do solo urbano, sob pena de parcelamento ou edificação compulsória, tributação progressiva, ou até mesmo desapropriação.

A CF/88 estabelece, nos incisos do art. 186, na linha do que fora estabelecido pelo Estatuto da Terra, os requisitos para aferição do cumprimento da função social, que ocorre quando a propriedade, simultaneamente, atende os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O texto da Lei nº. 4.504/64 – Estatuto da Terra - , define Reforma Agrária, no seu art. 1, par. 1, como: “um conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender os princípios da justiça social e ao aumento da produtividade.” E a Política Agrícola, no §2º do mesmo artigo, como: “o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do País.”

Segundo os comentários de J. Motta Maia, à época, a lei estabelece um sistema de reforma agrária democrática, que se efetiva sem o apelo à violência nem ao arbítrio, mas que tem que resultar da adesão de todos os cidadãos a um processo de promoção da melhor

distribuição dos benefícios da atividade agrícola, e até da melhor distribuição da terra. E, além de sua formulação, também deve ser democrática sua execução, o que será alcançado através de um planejamento adequado, que realmente atenda às peculiaridades regionais.⁴⁴³ ⁴⁴⁴ Refere ainda a necessidade da presença do Estado brasileiro nesse empreendimento afirmada através de medidas eficientes e que atendam, antes de tudo, às necessidades reais do povo. Medidas de política agrícola propriamente ditas, como as de assistência técnica e financeira, e medidas de reforma agrária que forem necessárias e na justa medida.⁴⁴⁵

Assim como é objetivo da reforma agrária brasileira combater o latifúndio, também é combater o minifúndio, definido como a propriedade de possibilidades inferiores às da propriedade familiar. Isso significa que para o efeito da lei, a menor propriedade possível, é a propriedade familiar que deve ter uma dimensão e possibilidades econômicas razoáveis.⁴⁴⁶

O conceito de módulo rural foi um recurso técnico para indicar um ponto de referência, para denominar uma dimensão indicadora de área mínima capaz de caracterizar a propriedade familiar (inciso II do art. 4º do Estatuto da Terra). Além disso, considerando que áreas agrícolas não são homogêneas, variando sua produtividade ou capacidade de produção em função de vários e complexos fatores, é que se estabeleceu que a fixação do módulo ainda atenderá à natureza da atividade agrícola: localização e meios de acesso ao imóvel em relação aos grandes mercados; características ecológicas das áreas em que se situa o imóvel; tipos de exploração predominantes.⁴⁴⁷

O conceito de latifúndio, ao também estar relacionado com o conceito de módulo rural, e porque o conceito de empresa rural, como se encontra na lei, possibilita a existência da grande propriedade desde que cultivada economicamente e racionalmente, foi colocado na lei de forma bem elástica.⁴⁴⁸ Assim, o que for latifúndio em uma região não será em outra, porque variará de região a região a dimensão do módulo rural e em função deste é que se

⁴⁴³ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 24-25.

⁴⁴⁴ Segundo o autor, o caráter democrático está na exposição de motivos do projeto que resultou a lei: “A opção democrática baseia-se no estímulo à propriedade privada, no direito do agricultor proprietário aos frutos de seu trabalho e naturalmente, ao aumento da produtividade, reintegra a propriedade em sua natural função social condicionando seu aproveitamento ao bem-estar geral; cria com base no conceito modular de área do estabelecimento rural, um sistema que permite a formação de propriedades de tamanho econômico em relação ao conjunto familiar”. (MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 24.)

⁴⁴⁵ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 25.

⁴⁴⁶ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 52.

⁴⁴⁷ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 54-55.

⁴⁴⁸ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 53.

determinarão os limites permissíveis dos imóveis rurais (art. 46, §1º do Estatuto da Terra). O legislador procurou fugir de definições rígidas e preferiu determinar o latifúndio, em função das circunstâncias regionais que poderão variar e modificar-se no tempo.⁴⁴⁹

A CF/88 não especifica o que é propriedade produtiva, mas ela esclarece que a propriedade produtiva é insuscetível de desapropriação (art. 185, II e parágrafo único da CF/88). A Lei n.º. 8.629/1993 no seu art. 6º define a propriedade produtiva como “aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente”. Referida lei estabelece os graus de eficiência e utilização nos parágrafos do mesmo art. 6º.

Considerando a exigência de aproveitamento racional e adequado (art. 186, I, CF/88), o imóvel rural será considerado produtivo quando sua exploração atinge os índices de produtividade e aproveitamento estabelecidos na Lei n.º. 8.629/93. O grau de utilização da terra (GUT) deve ser de no mínimo 80%, o que significa que o proprietário deve ter pelo menos 80% de sua área aproveitável direcionada para a pecuária, agricultura, agroindústria ou extrativismo. O Grau de Eficiência na Exploração (GEE) deve ser de no mínimo 100%, sendo que a verificação do cumprimento dessa imposição requer a análise dos patamares fixados administrativamente para cada microrregião.⁴⁵⁰

A utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (art. 186, II, CF/88), refere-se ao fato de não se objetivar a exploração a qualquer custo, o interesse do constituinte não é a exploração excessiva, que esgota o potencial produtivo da terra. O inciso III do art. 86, da CF/88 impõe a observância das disposições que regulam as relações de trabalho, infrações graves à ordem jurídica, como a utilização de mão de obra escrava, devem ser consideradas desrespeitosas ao princípio em exame. Por fim, o inciso IV estabelece a exploração deve favorecer o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores, nesse sentido relaciona-se com o art. 9º da Lei n.º. 8.629/93 dispõe que a exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham na terra, observadas as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.⁴⁵¹

A desapropriação por interesse social do imóvel urbano é a desapropriação-sanção,

⁴⁴⁹ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 53.

⁴⁵⁰ PINTO E SILVA, Maria Cristina Fortioni, KIRSHMEYER, Virginia e BELTRAME, Rúsvel. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 2076.

⁴⁵¹ PINTO E SILVA, Maria Cristina Fortioni, KIRSHMEYER, Virginia e BELTRAME, Rúsvel. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 2076-2077.

consequência da desídia do proprietário de imóvel urbano, no que se refere à sua edificação e adequada utilização.⁴⁵² A previsão constitucional estabelece a função social da propriedade urbana, no sentido de um uso condizente com o interesse social da cidade e o bem-estar de seus habitantes, com base no Plano diretor do Município.

O Poder Público municipal, através de lei específica para área incluída no plano diretor, pode exigir, nos termos da lei federal, que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, promova seu adequado aproveitamento sob pena, sucessivamente, de: parcelamento ou edificação compulsórios; impostos sobre a propriedade predial e territorial urbano progressivo no tempo; desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de regate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais, com fulcro no art. 182, parágrafo 4º, I, II, III da CF/88.

A política do desenvolvimento urbano deve ser sobretudo executada pelo município, porém mediante diretrizes gerais fixadas em lei, tendo por finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes. É uma inovação constitucional a referência à função social da propriedade urbana. Esta pode também cumprir uma função social, devendo então atender as exigências fundamentais da ordenação da cidade, ditadas pelo seu plano diretor aprovado por lei municipal.

Hely Lopes refere que as limitações urbanísticas, como as administrativas, embasam-se no condicionamento da utilização da propriedade à sua função social, estabelecida constitucionalmente. E, por isso, são limitações de *uso* da propriedade, e não da propriedade em sua substância; são limitações ao *exercício* de direitos individuais, e não aos direitos individuais em si mesmos. Destaca que, justamente por não atingirem a substância da propriedade, nem afetarem o direito individual em sua essência constitucional, é que as limitações urbanísticas podem ser expressas por lei ou regulamento de qualquer das entidades estatais, desde que respeitadas as competências institucionais de cada uma delas.⁴⁵³

As limitações urbanísticas, por sua natureza de ordem pública, destinam-se a regular o uso do solo, as construções e o desenvolvimento urbano, objetivando o melhoramento das condições de vida coletiva, sob o aspecto físico-social. Para isto, o Urbanismo prescreve e impõe normas de salubridade, conforme, segurança, funcionalidade e estética para a cidade e suas adjacências, ordenando desde o traçado

⁴⁵² MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 2028.

⁴⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12 ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. P. 488.

urbano, as obras públicas, até as edificações particulares que vão compor o agregado urbano. Tais limitações atingem principalmente a habitação.⁴⁵⁴

O Estatuto da Cidade, Lei n.º. 10.257/01, regulamenta os arts. 182-183 da CF/88, estabelecendo as diretrizes gerais para a execução da política urbana, através de normas de ordem pública e interesse social, regulando o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos e, ainda objetivando o bem equilíbrio ambiental (art. 1º). Estabelece como diretrizes gerais para o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, no seu art. 2º e os instrumentos, para a realização de seus fins, no art. 4º.

Na questão urbana, ao texto constitucional indica que o atendimento da função social será analisado principalmente a partir da adequação do Plano Diretor, mas para evitar a ausência de critérios padronizados entre os Municípios que caracterize o cumprimento da função social urbana, estabeleceu no texto constitucional os requisitos que devem ser observados, da mesma forma como realizado em relação à propriedade rural. Foi remetida, no entanto à lei Municipal, a responsabilidade de esclarecer a forma em que se dará a investigação acerca do cumprimento dos requisitos, o que acaba por permitir, em última análise, que sejam previstos graus e critérios oscilantes e distintos dependendo da localização do bem e também da atuação do poder executivo Municipal.

A destinação, a ser determinada pelo Poder Público municipal, através do Plano Diretor, não pode, no entanto, em razão do princípio da propriedade privada, ultrapassar os limites previstos no próprio art. 182, §4º, atingindo bens edificados e utilizados. O preceito constitucional coíbe, outrossim, a inércia do proprietário que, em prol da especulação imobiliária, não faz nada para auferir de sua propriedade vantagens inerentes aos bens dessa natureza e que tem repercussão benéfica na coletividade.⁴⁵⁵

A análise dos requisitos elencados nos incisos I a IV evidencia a relação entre eles e alguns dos fundamentos e objetivos da República previstos nos art. 1º e 3º da CF/88, em especial a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e

⁴⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, P. 488-489.

⁴⁵⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 2028.

ainda um vínculo com o inciso II do art. 225 da CF/88, que consagra o direito fundamental ao meio ambiente.⁴⁵⁶

Como se pode ver da apresentação supra, muitos dos pressupostos a serem observados quando da interpretação do tipo amplo, antes apresentados, foram observados a contento pelo Constituinte. O equilíbrio *a priori* de posições entre o direito de propriedade e a função social, é pressuposto pelo texto constitucional, já nos art. 5º e 170 da CF/88, as regras constantes no art. 182 e 186 partiram também dessa posição de equilíbrio *a priori* entre os bens coletivos e interesses particulares relacionados à questão, inclusive, buscando-se um equilíbrio entre a utilização adequada da terra, em respeito ao meio ambiente e aos recursos naturais e a exigência de produtividade, bem como entre o interesse inerente a iniciativa privada do proprietário e o cumprimento das regras nas relações de trabalho, ou ainda a partir de uma ideia de equilíbrio entre o favorecimento do bem estar do proprietário e dos trabalhos, a partir do atendimento das necessidades básicas destes, primando pelo bem-estar geral e pela redução dos conflitos. E na propriedade urbana, requer um uso condizente da cidade e de seus habitantes, com o bem estar e com a segurança. A lei de ponderação, que considera que a não satisfação de um princípio depende do grau de satisfação do outro também foi observada, na medida em que estabelecidos graus de cumprimento da função social e penas proporcionais em termos de gravidade.

Fica afastada também a teoria de Duguit de direito-função, uma vez que o Constituinte não entendeu que os direitos de propriedade deveriam ser exercidos na medida do possível, de acordo com demandas moralmente justificadas do bem-estar geral, mas, ao contrário, a função social também no texto constitucional brasileiro só autoriza as intervenções que são necessárias por um direito constitucional para ponderar interesses privados e coletivos, e nessa medida, também a partir dos requisitos apresentados no texto constitucional, poderia um proprietário proporcional por sua própria iniciativa, se abster da utilização desproporcional e enquanto isso for justificável, nenhuma compensação é justificada pela Constituição. Também no contexto brasileiro, não são justificadas intervenções com base na função social, só podem ser justificados e compensados com base na função social prevista na Constituição. Também aqui o Constituinte deixa claro que se tratam de decisões discricionárias do proprietário que também afeta preocupações do bem estar público e interesses privados.

⁴⁵⁶ PINTO E SILVA, Cristina Maria Fortini, KIRSHMEYER, Virginia e BELTRAME, Rúsvel. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 2075-2076.

O direito de uso, também no direito brasileiro permanece com o proprietário, não havendo qualquer direito de uso pelo Estado, a obrigação social é só uma forma de critério para o proprietário, em termos de proprietário, em termos de propriedade, mas não a conversão parcial de direito de propriedade exclusivo em bens coletivos. Buscou ainda o constituinte estabelecer uma relação dos requisitos com os objetivos da República, portanto, estabelecendo uma relação entre a reforma agrária e a busca de justiça social. A partir de um planejamento adequado, uma melhor distribuição de riqueza, a observância das peculiaridades regionais e a falta de vinculações rígidas locais, que permitem uma atualização, tudo visando garantir efetividade a esses enunciados normativos. Vê-se, portanto, que foi amplamente realizada a comparação entre as relações sociais e pessoais da propriedade nesse contexto, e que o interesse público se deu justamente no contexto de proteger e equilibrar os interesses em jogo.

O que merece maior atenção é o pressuposto de, além de atentar à determinação da função social, levar em consideração todas as outras normas constitucionais, em especial o princípio da igualdade e sua relação com a exigência de proporcionalidade. Nesse sentido, exigências de igualdade também são relevantes em relação à ponderação, uma vez que considerações sobre proibição de arbitrariedade, coerência ou compensação e equilíbrio são requisitos que devem ser aplicados no contexto da avaliação da proporcionalidade realizada e se apresentam quase como um critério independente de proporcionalidade.

Paralelo a isso, passa-se a análise da desapropriação por função social, que é especialmente relevante à fixação do conteúdo do direito de propriedade, no contexto de direito alemão, uma vez que, justamente se utiliza dos princípios da proporcionalidade, da igualdade e ainda da confiança. Remete-se a idéia de núcleo ou substância do direito de propriedade, e realiza a diferenciação entre a garantia geral de existência do direito de propriedade e a garantia individual. A análise do conceito de desapropriação no direito alemão a partir desses pressupostos permitiu, portanto, uma ampliação e extensão do conceito de desapropriação por função social, incluindo na garantia da propriedade também direitos públicos subjetivos e intervenções antijurídicas na propriedade e em relação à desapropriação por função social, desenvolveu a teoria do sacrifício especial. Em contraposição, apresente-se posteriormente o contexto brasileiro, em que, por opção do Constituinte, ocorreu justamente a restrição do conteúdo do direito de propriedade que tem que cumprir a função social.

2.2. DIREITO DE PROPRIEDADE E DESAPROPRIAÇÃO POR FUNÇÃO SOCIAL

2.2.1. Desapropriação por função social no contexto alemão

O conceito de desapropriação clássico formou-se no século XIX, as constituições garantiam a propriedade e admitiam – como em outras garantias de direitos fundamentais – intervenções na propriedade somente em virtude uma lei. Como para a construção de rodovias e linhas ferroviárias foram precisados terrenos, que nem sempre podiam ser adquiridos amigavelmente, foram nos estados particulares promulgadas leis de desapropriação, que regulavam os pressupostos e o procedimento da desapropriação, e também estabeleciam uma indenização, em regra, a ser prestada antecipadamente, no caso de desapropriação.⁴⁵⁷ Desapropriação era a retirada e transferência da propriedade de terrenos por um ato administrativo legalmente fundamentado para uma empresa determinada, que serve ao bem-estar público. A desapropriação era um “procedimento de aquisição de bens”, que legalmente era precisamente regulado e foi tornado dependente de uma indenização.⁴⁵⁸

Com a extensão da desapropriação a leis e a limitação de propriedade, colocou-se a questão de quando uma intervenção legalmente efetuada ou admitida, na propriedade, seria somente uma vinculação à propriedade (portanto, sem indenização) e de quando ela seria uma desapropriação (em que é obrigada a indenização). O art. 14, da Lei Fundamental alemã, corresponde no essencial ao art. 153 da Constituição de Weimar, nesse sentido, foi natural referir-se à tradição e a jurisprudência de Weimar. O Tribunal Federal continuou a jurisprudência do Tribunal Imperial, assumindo não só o conceito de desapropriação ampliado, mas ainda o estendeu, incluindo na garantia da propriedade também direitos públicos subjetivos e intervenções antijurídicas na propriedade. E, no que diz com a delimitação da propriedade em relação a vinculação social (art, 14 I 2, II da Lei Fundamental) e a desapropriação no sentido do art. 14 III da Lei Fundamental ele desenvolveu a teoria do sacrifício especial.⁴⁵⁹

Trata-se, assim, na desapropriação, de uma intervenção estatal, através de coerção, admitida legalmente, na propriedade, seja na forma de retirada ou de agravamento, que atinge o particular afetado desigualmente, particularmente, em comparação com os outros, e coage-o

⁴⁵⁷ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 37.

⁴⁵⁸ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 37-38.

⁴⁵⁹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 40-41.

a um sacrifício particular em benefício da comunidade, não exigível dos outros. O critério determinante, portanto, é o princípio da igualdade que, no caso da desapropriação, converte-se em princípio de compensação. Com isso também é produzida a conexão com a pretensão de sacrifício tradicional, a desapropriação é, nesse sentido, um caso especial do sacrifício, sendo que o art. 14 da Lei Fundamental é lei especial perante a pretensão de sacrifício jurídico-costumeiro. Importância considerável tem a extensão da desapropriação a atos antijurídicos (intervenções iguais à desapropriação). A juridicidade do ato interveniente passou a não desempenhar mais nenhum papel, uma vez que ocorre a indenização sem consideração ao fato da intervenção ser jurídica ou antijurídica. Assim, desapropriação, no sentido da jurisprudência da indenização da desapropriação do tribunal federal alemão é, segundo isso, cada prejuízo soberano imediato da propriedade que não mais é coberto pela vinculação social da Lei Fundamental, ou apresenta sacrifício especial. A questão se uma lei de desapropriação existe e se é de acordo com a constituição o tribunal federal deixa em aberto, uma vez que a juridicidade da desapropriação não forma um pressuposto da indenização.⁴⁶⁰

No mesmo sentido, o conceito de desapropriação de Dürig expõe que as leis de desapropriação devem corresponder a prescrições de formas determinadas – com a proibição de leis do caso particular, mandamento de citação, etc. – e deve respeitar a cláusula de interdependência – ou seja, a necessidade se dar por lei ou em virtude de uma lei que regula tipo e dimensão da indenização, conforme previsão do art. 14 III da Lei Fundamental. A constituição parte, portanto, do fato de que apenas um processo bem determinado, que possa ser comprovável objetiva e subjetivamente, é uma desapropriação”. Tem-se assim a volta do conceito de desapropriação clássico – com critério de delimitação formal – modificado – pelo acréscimo de critério de delimitação material, constantes nas demais frases do art. 14, referentes à vinculação da desapropriação com a finalidade do bem-estar da comunidade, à indenização determinada sob justa ponderação dos interesses da comunidade e dos participantes e à abertura à via judicial do montante da indenização em caso litigioso.⁴⁶¹

Desapropriação é segundo Dürig conceitualmente apenas, e somente, a retirada formal do direito (ou do direito parcial concreto). Apenas a destruição de um objeto, efetuada soberanamente, é equiparada à retirada de um direito e incluído no conceito de desapropriação. Em contrapartida, todas as limitações da propriedade, legalmente previstas ou admitidas, ou seja, todas as intervenções e prejuízos que não apresentam uma retirada formal

⁴⁶⁰ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 41-42.

⁴⁶¹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 42-43.

de um direito ou destruição fática de um objeto, não mais caem sob o conceito de desapropriação. Sua indenização determina-se segundo a pretensão de sacrifício geral, não sendo delimitados critérios formais, mas materiais – justamente os pontos de vista desenvolvidos para a delimitação de desapropriação e vinculação social.⁴⁶²

Ainda, no caso das limitações da propriedade, à luz da garantida essencial da propriedade, o tribunal federal alemão manifestou-se pela persistência da indenização por causa de intervenção desapropriadora e igual à desapropriação, baseando-se na pretensão de sacrifício especial. Assim, cada limitação da propriedade deve-se deixar aferir pelo direito de propriedade garantido no art. 14, da Lei Fundamental. Se não existirem os pressupostos do art. 14, III da Lei Fundamental, então a garantia do direito de propriedade estabelecida no art. 14 I da Lei Fundamental deve ser invocada.⁴⁶³

A propriedade não está dada ao direito, mas, como instituto jurídico, é primeiro criada e formada pelo direito. Em conformidade com isso, a Lei Fundamental prevê que o conteúdo e as barreiras da propriedade, portanto, aquilo que é “propriedade” são determinadas pelo legislador. No entanto, nisso, ele não é livre, devendo observar, por um lado, o reconhecimento fundamental da propriedade privada e, por outro, a vinculação social da propriedade, e, nessa relação de tensão deve observar o princípio da proporcionalidade, o princípio da proteção à confiança e o princípio da igualdade. O cidadão deve aceitar as limitações no quadro de determinação do conteúdo e de barreiras como expressão da vinculação social. Entretanto, isso só vale quando a regulação legal corresponde às exigências jurídico-constitucionais. Se não é esse o caso, ela é inconstitucional e nula e os atos de efetivação apoiados nisso são antijurídicos. A antijuridicidade também não pode ser “sanada” pela concessão de uma indenização.⁴⁶⁴

O princípio da determinação da propriedade sem indenização, contudo, não vale sem exceção. Existem casos particularmente configurados, e, com isso, atípicos, em que a limitação traz um agravamento desmesurado e, sob esse aspecto, excede os limites jurídico-constitucionais, trata-se, por exemplo, de casos que geram perdas patrimoniais extraordinárias ou até à ruína de uma exploração de comércio ou indústria. Esses casos se relacionam assim com um “sacrifício particularmente não-exigível”, ou com uma “intervenção desapropriadora”. Trata-se de casos em que a limitação não apenas inclui consequências

⁴⁶² MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 43.

⁴⁶³ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 51.

⁴⁶⁴ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 51.

secundárias não-intencionadas, mas inclui também um agravamento excepcionalmente desproporcional, pela finalidade da lei.⁴⁶⁵

Nem sempre a comprovação desses casos ocorre facilmente, lei abstrato-gerais levam, pelo seu caráter tipificador, mais vezes a determinados inconvenientes no caso particular. Apenas isso não basta, é necessário que ela leve a agravamentos particularmente graves, não mais cobertos pela vinculação social, em que a comparação com casos típicos traz um indício importante. Tais casos devem ser amortizados pelo legislador, ele não precisa indenizar, mas pode também adotar outras regulações, por exemplo, retirar o caso inconveniente da regulação geral ou criar outras facilitações. O legislador deve até preferencialmente tentar evitar o caso inconveniente. Apenas quando isso não é possível ou, sob a observância da fixação de objetivos legislativos, não-sustentável, entre em consideração uma indenização.⁴⁶⁶

As regulações referentes as limitações nesse caso, devem ser esclarecidas pelo princípio da proporcionalidade e pelo princípio da igualdade. Como esses dois princípios, acrescidos do princípio da proteção à confiança forma componente integral da garantia da propriedade, eles não se distancia da proteção constitucional do direito de propriedade, mas aguçam a perspectiva para a solução do problema no quadro dessa prescrição constitucional.⁴⁶⁷

Nessa conexão também deve ser vista a figura jurídica da determinação do conteúdo, obrigado à compensação ou obrigado à indenização. Ela não dá ao legislador a possibilidade de comprar, de certo modo, limitações da propriedade, que não esteja cobertas pelo conteúdo da garantia do direito estabelecido na Lei Fundamental, ao ele prestar indenização e, com isso, pelo menos, compensar a limitação com relação ao valor. Se isso ocorresse, a garantia da existência da propriedade, que está em primeiro plano, iria ser iludida. Uma compensação financeira entra em consideração, fundamentalmente, apenas nos casos excepcionais mencionados e também somente, quando em ponderação de todos os pontos de vista determinados no quadro do art. 14 I da Lei Fundamental, essa solução se oferece como “recurso”.⁴⁶⁸

Intervenções ou prejuízos da propriedade são, também, antijurídicos quando eles não se deixam apoiar em uma regulação de conteúdo e de barreiras legal, não se deixa apoiar em uma regulação de conteúdo e de barreiras conforme a determinação constitucional ou quando

⁴⁶⁵ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 52.

⁴⁶⁶ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 52-53.

⁴⁶⁷ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 53-54.

⁴⁶⁸ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 54.

o fundamento legal é inconstitucional. Uma intervenção, intencionada como determinação de conteúdo, mas que não atenda o fim social determinado na Constituição não se transforma em uma desapropriação obrigada à indenização, mas é simplesmente, antijurídica.⁴⁶⁹

Assim, quando se fala da necessidade de manutenção da garantia de direito de propriedade é preciso ter em conta que intervenções nos direitos de propriedade, por um lado, podem ser avaliadas em relação à totalidade dos direitos de propriedade afetados – supra individuais, garantias gerais de existência -, e, por outro lado, no que diz respeito à posição jurídica de um indivíduo – garantia individual de existência.⁴⁷⁰ Para as ponderações independentes de existência dentro da garantia institucional, ou seja, a ponderação sem consideração do prejuízo de direitos concretos existentes, são válidos como critérios de ponderação o princípio de proporcionalidade e o princípio da igualdade, sendo que a ponderação deve ser efetuada em conformidade com a proposta de proporcionalidade.⁴⁷¹ Pode-se supor que o peso relativo de aumentos de direitos de propriedade, em cada menor grau reconheceu estes direitos e com isso os mandamentos básicos são cumpridos. Isso pode servir como fundamentação e interpretação da garantia institucional da propriedade. Quando a existência dos direitos de propriedade é reduzida como um todo, aumenta o peso da garantia de propriedade independentemente do grau de prejuízo dos direitos individuais atingidos. Na tendência isso leva à necessidade de preservação do cerne da existência da propriedade privada, como deseja a garantia institucional de propriedade. Isso pode ser considerado como uma versão objetiva constitucional da garantia institucional, que, no entanto, serve unicamente ao fortalecimento da garantia institucional, enquanto ela aumentar o peso dos direitos de propriedade atingidos ou, em outra construção, for um princípio adicional a ser assegurado. Para além desses fatores não resultam garantias estritas de propriedade institucional.⁴⁷²

Para considerações no âmbito da garantia geral da existência, no ramo de todos os direitos de propriedade gerais afetados em observação e das garantias de existência até o momento supra individuais em ao lado dos princípios gerais de propriedade as proteções dos direitos de propriedade reconhecidas legalmente, a proteção da confiança legítima e a segurança jurídica são levados em conta. Como parte da garantia de propriedade é atribuída à

⁴⁶⁹ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 54-55.

⁴⁷⁰ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 372.

⁴⁷¹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 373.

⁴⁷² SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 373-374.

oferta da proteção da confiança legítima um importante significado como parte da garantia de existência, já que a operação da confiança legítima deve ser justificada em cada caso individual.⁴⁷³

Um problema sobre a garantia de existência é que as restrições repetidas são possíveis. Num primeiro passo, os direitos de propriedade existentes podem ser restringidos em certa medida, no passo seguinte um pouco mais, e assim por diante. O princípio do direito adquirido protege apenas a respectiva existência. O grau de deterioração deve, portanto, em cada caso novo, ser julgado com base nos direitos concretos existentes. Dessa forma, pode acontecer através de várias deficiências relativamente pequenas consecutivas de direitos de propriedade um dano global significativo. Interesses públicos podem ser aplicados desta forma até o completo cumprimento. O ponto de partida da ponderação é um ponto fixo, esta escala é a garantia institucional garantida por princípios de propriedade com a exigência de um equilíbrio proporcional, não um equilíbrio unilateral.⁴⁷⁴ Isso mostra que a garantia institucional não deve ser interpretada como uma garantia de propriedade existente e que a garantia institucional e de existência não são instituições legais separadas, mas a garantia de existência é uma extensão da propriedade definida por princípios de garantia institucional.⁴⁷⁵

Na consideração do contexto da garantia de existência individual, as deficiências da posição de propriedade de um único proprietário precisam ser ponderadas contra as razões para a intervenção. E, como razões para intervenção, contam apenas aquelas que falam pela intervenção de modo concreto. Ainda, há diferentes razões para considerar a adição de um garantia de existência individual ao lado da garantia geral da existência. O primeiro é um argumento de equilíbrio (na forma de considerações da proporcionalidade e da igualdade), o segundo, um argumento de praticabilidade (o ajuste limitado e preciso de uma legislação universal) e o terceiro é um argumento de proporcionalidade (o limite de apresentação dos titulares de direitos fundamentais no âmbito das decisões coletivas).⁴⁷⁶

No caso do direito de propriedade, especificamente, restrições constitucionais de definições de conteúdo são descritos como os aspectos de alocação do núcleo e da substância da propriedade. A abolição da atribuição de direitos de propriedade independente seria a expropriação, que só pode ser justificada pela previsão constitucional.

⁴⁷³ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 374-375.

⁴⁷⁴ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 375-376.

⁴⁷⁵ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 376.

⁴⁷⁶ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 377.

Por isso, o mais plausível parece ser o que é estabelecido constitucionalmente como conteúdo necessário, ou seja, a substância da propriedade é o que não pode ser retirado sem expropriação.⁴⁷⁷ Conteúdos fundamentais e definitivos de propriedade devem ser distinguidos. Em princípio, a propriedade do bem é derivada dos princípios de propriedade que definem a área de proteção, o que também inclui os princípios de auto-interesse privado e os poderes básicos da disposição. Esses princípios de apropriação estabelecem direitos básicos de propriedade e constituem a área de proteção da garantia de propriedade. Estes são determinados como base no exame da justificação constitucional de intervenções de propriedades. Nesse contexto, a avaliação da proporcionalidade da interferência com a força dos fundamentos de interferência, depende da natureza e da urgência dos interesses públicos.⁴⁷⁸

2.2.2. Desapropriação por função social no contexto brasileiro

No Brasil, a forma clássica de desapropriação é aquela ditada por motivos de utilidade pública prevista no Decreto-lei n.º. 3.365/41 e legislações que se seguiram. E, desde a Constituição Brasileira de 1824 já estava estabelecido o direito de propriedade e o direito de expropriação – sendo que o proprietário poderia ser desapropriado “se o bem público, legalmente verificado, exigir o uso e emprego da propriedade” (art. 179, §22), já tendo sido estatuído que o proprietário seria previamente indenizado do valor do bem expropriado. A Constituição Brasileira de 1981 estabeleceu que o direito de propriedade ficava mantido em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade, mediante indenização prévia (art. 72, §17). Assim, tem-se que a legalidade da desapropriação estava sujeita necessariamente a duas condições, quais sejam: 1) a ocorrência de *necessidade ou utilidade pública* na desapropriação; e 2) a indenização prévia. A Constituição assim imprimiu à averiguação dessa necessidade ou utilidade, *ipsu juri*, o caráter de questões constitucionais.⁴⁷⁹

Como se viu, a ideia de desapropriação está historicamente vinculada a indenização paga pela Administração, que é a compensação ao proprietário que foi atingido em sua

⁴⁷⁷ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 401.

⁴⁷⁸ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 401-402.

⁴⁷⁹ Defendia Ruy Barbosa que a questão de saber se a desapropriação observa ou não observa a exigência constitucional de se destinar ao uso público, ao bem público, á utilidade pública, é da alçada judicial, sendo que o recurso à justiça – contra as desapropriações que não preenchem a exigência de necessidade ou utilidade pública – constitui elemento substancial da garantia da propriedade, consagrada na Lei Fundamental do Brasil. (BARBOSA, Ruy. *Comentários á Constituição Federal Brasileira.* V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 416-417 e 427.)

propriedade, a fim de que seja restabelecido o equilíbrio patrimonial anterior à desapropriação. Por isso, a determinação constitucional, constante no art. 5º, XXIV, da CF/88 no sentido de que a indenização, nos casos de desapropriação, deve ser justa, prévia e em dinheiro.

A CF/88 regula de um modo geral a desapropriação justamente a partir do disposto no art. 5º, XXIV. Esse inciso, entretanto, não se aplica a casos excepcionais, que são os previstos: no §4º, III, do art. 182, que estabelece a desapropriação mediante pagamento com títulos da dívida pública nos casos de imóveis urbanos, com resgate de até 10 anos, assegurado o valor real da indenização e os juros reais; e o previsto no art. 184, que estabelece uma modalidade de desapropriação para o fim de reforma agrária, com cláusula de preservação do valor, resgatável em até 20 anos. Ressalvados esses dois casos, toda a desapropriação deve ser feita com justa e prévia indenização em dinheiro, em consonância com a noção clássica de que o sacrifício do particular deve corresponder ao sacrifício do Poder Público, que deve, portanto, indenizar de forma integral o afetado pela medida.

Em relação a desapropriação, a CF/34 mencionava a prévia e justa indenização. A CF/37 também determina a indenização prévia. A CF/46 prescrevia a “prévia e justa indenização em dinheiro”. A CF/67 modificou a orientação anterior, inovando o instituto da indenização, que será “mediante prévia e justa indenização em dinheiro” (art. 150, §22) ou “em títulos da dívida pública” (art. 157, inciso VI, §1º). A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, prescreve também a “prévia e justa indenização em dinheiro” (art. 153, §22), “facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em títulos da dívida pública, com cláusula de correção monetária” (mesmo artigo e parágrafo), ressalvado o caso em que a União pode promover a desapropriação territorial rural, caso em que é obrigada ao “pagamento de justa indenização em títulos especiais da dívida pública” (art. 161). A mesma regra está na CF/88, art. 5º, XXIV e art. 184 (reforma agrária). A consulta aos textos constitucionais revela a seguinte evolução do elemento indenizatório nas desapropriações: prévia; prévia e justa; prévia, justa e em dinheiro; prévia, justa, em dinheiro ou títulos da dívida pública. Portanto, entre as hipóteses está a do art. 184, caso de *desapropriação por interesse social*, para fins de reforma agrária, caso em que a indenização, embora *prévia e justa*, será feita em *títulos da dívida agrária*.

Pontes de Miranda esclarece que o direito de desapropriação, inclusive de encampação, a pretensão e a ação que dele resultam são de direito público. Não há ofensa ao direito de propriedade, porque, a despeito de incursões no patrimônio alheio, se respeita, com a indenização, que há de ser prévia e justa, o princípio da garantia da propriedade. No direito brasileiro, a CF/67, assim como as anteriores, considerou a substância da propriedade como

algo de que é implícita a desapropriabilidade, se os pressupostos constitucionais se compõem.⁴⁸⁰ Pinto Ferreira, no mesmo sentido, esclarece que a desapropriação é o ato do direito público, através do qual a Administração, com base na necessidade pública, na utilidade pública ou no interesse social, retira e transfere a propriedade de um bem de seu legítimo proprietário, a um ente estatal ou a particulares, com prévia e justa indenização.⁴⁸¹ Afirma referido autor que na desapropriação ocorre uma permuta de valores, ocorrendo a substituição de um bem objeto de propriedade por outro bem, que é o seu correspondente em dinheiro. Nessa medida, o bem é garantido pelo seu valor como expressão econômica.⁴⁸²

Hely Lopes Meirelles refere que a desapropriação ou expropriação é instrumento de que se vale o Estado para remover obstáculos à execução de obras e serviços públicos, para implantar planos de urbanização, para preservar o meio ambiente contra devastações e poluição e para realizar a justiça social, com a distribuição de bens usados de forma inadequada pela iniciativa privada. Refere que a desapropriação é, portanto, a forma conciliadora entre a garantia da propriedade individual e a função social dessa mesma propriedade, que exige usos compatíveis com o bem-estar da coletividade.⁴⁸³

Os destinatários dos bens expropriados são, em princípio, o Poder Público e seus delegados, como detentores do interesse público que justifica a desapropriação, mas há casos em que os bens desapropriados podem ser traspassados a particulares, por ter sido essa, precisamente, a finalidade da desapropriação. Isso ocorre na *desapropriação por zona*, na *desapropriação para urbanização* e nas *desapropriações por interesse social*, em que se objetiva a distribuição da propriedade com o adequado condicionamento para melhor desempenho de sua função social, fundada em princípio constitucional propulsor da ordem econômica, do desenvolvimento social e da justiça social (arts. 5º, XXIII e 170, III da CF/88).⁴⁸⁴

No presente estudo, interessa apenas a desapropriação por função social. E, nesse sentido, Pontes de Miranda reconhece o dilema da indenização para fins de socialização. Refere que se a intervenção no domínio econômico se faz por meio de desapropriação stricto

⁴⁸⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo V (Arts. 153, §2º - 159). Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 399.

⁴⁸¹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 485.

⁴⁸² FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 485-486.

⁴⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. atual. por José Hely Lopes Meirelles até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 729.

⁴⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. atual. por José Hely Lopes Meirelles até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 732.

sensu, têm de satisfazer as exigências constitucionais e legais, que são as de legitimação ativa, as de haver necessidade pública, ou utilidade pública, ou interesse social, sempre com justa e prévia indenização.⁴⁸⁵ Afirma ainda que o confisco – agressão política ou medida de defesa política, que retira de alguém a propriedade de algum ou alguns bens, ou de patrimônio sem a indenização conforme a lei (trata-se da retirada de bem patrimonial, qualquer que seja, se a indenização não é prévia, ou não é justa, ou não é em dinheiro e não houve acordo sobre esse modo de prestar) – não deixa de ser confisco se determinado em lei. O sistema brasileiro repele o confisco. Assim se deveria de entender mesmo que não existisse o art. 153, §11, 1ª parte, *in fine*, da Constituição de 1967. O que seria, provindo de leis anteriores, incompatível com alguma regra jurídica constitucional, como as dos arts. 153, § 22, 1ª e 2ª partes, e 161, com os seus § 2º, 3º e 5º, e art. 163 está ab-rogado.⁴⁸⁶

Em sentido contrário José Cretella: “Realmente, de maneira alguma se pode concordar com os que pensam que o fato de a indenização ser prévia traria implícita a ideia de ser em dinheiro. Pagar “em título” não é “a prazo”. O título é negociável à vista. Prévio é uma anterioridade no tempo, em relação a um fato básico. Pode haver previedade em dinheiro ou em títulos de crédito (nota promissória, letra de câmbio, título da dívida pública, obrigações reajustáveis). A solução da dívida diz respeito ao negócio jurídico. Se há solução da dívida, a eficácia é a mesma, quer se trate de dinheiro à vista, quer se trate de título de crédito. Desse modo, prévia é distinta de *em dinheiro*. Pode ser em dinheiro e *a posteriori*, pode ser “prévia” e ser “em títulos”. Em dinheiro, apenas afasta a ideia de que a indenização seja em espécie. Não se desapropria um terreno e se oferece, como compensação, o terreno ao lado ou no mesmo bairro, embora idêntico em localização e medida. Nem mesmo a indenização prévia encerra a ideia de indenização parcelada, prestações sucessivas ou periódicas.”⁴⁸⁷

Pinto Ferreira conceitua desapropriação como o instituto de direito público, pelo qual a autoridade expropriante competente, por ato legal, adquire a propriedade de outra pessoa, mediante justa e prévia indenização em dinheiro - salvo a indenização em títulos de dívida pública nos casos de reforma agrária - por motivo de necessidade, ou utilidade pública, ou interesse social. Afirma que não se deve falar em desapropriação no direito romano, uma vez que o conceito de direito de propriedade como um direito absoluto e a ideia expropriatória não

⁴⁸⁵ Miranda, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo VI (Arts. 118 a 153 par. 1º.) 2 ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. P. 89.

⁴⁸⁶ Miranda, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo V (Arts. 153 par. 2º. – 159). Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 402-403

⁴⁸⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. P. 314. P. 369

são conciliáveis.⁴⁸⁸

A política da reforma agrária permite a desapropriação por interesse social de todo o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, através de prévia e justa indenização, em títulos especiais da dívida agrária, para fins de reforma agrária. A competência para esse tipo de desapropriação é exclusiva da União.

Pinto Ferreira esclarece que a Constituição atual não fixa o exato entendimento de títulos da dívida agrária, mas tais papéis tem qualidades de cambiais, podendo ser negociados livremente, na medida em que comportam a execução na forma dos títulos executivos em geral. Devem, no entanto, distinguir-se dos títulos comuns que a União opera no mercado financeiro.⁴⁸⁹ A previsão constitucional determina que tais títulos têm a cláusula de preservação do valor real, o que não se confunde com correção monetária. A novidade da CF/88 é a utilização das palavras “valor real” no lugar da “perda do poder aquisitivo da moeda”, estabelecidos pela CF/67 e EC n° 1/69, o que é relevante, para evitar a afronta ao direito de propriedade nos casos de desapropriação, considerando a “inflação galopante” que afligia o país. Os títulos especiais da dívida agrária estão protegidos contra a desvalorização da moeda, equiparando-se aos títulos de emissão dos municípios, tendo em vista o resgate das indenizações feitas com a reforma urbana.⁴⁹⁰

Os títulos especiais da dívida agrária devem ter sua emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, resgatáveis no prazo de até vinte anos, em parcelas anuais, iguais ou sucessivas, a partir do segundo ano de sua emissão, garantindo-se o valor real da indenização e os juros legais, a fim de manter a justa indenização.⁴⁹¹ E, entre as considerações que resultaram na opção pelo pagamento das indenizações por função social através de títulos especiais da dívida pública, estava o reconhecimento da dificuldade do Poder Público de dispor das grandes quantias necessárias para realizar seus planos de reforma agrária.⁴⁹² Na Constituinte, a questão da indenização decorrente da desapropriação “não poder nem dever se dar em dinheiro”, estava relacionada com a preocupação de que o Poder Público não passasse a ser um comprador como outro qualquer.^{493 494}

⁴⁸⁸ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º vol. Arts. 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 104.

⁴⁸⁹ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 476.

⁴⁹⁰ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 476.

⁴⁹¹ Vide, por exemplo, AI 828285 AgR/RN, Relatora: Min. Ellen Gracie, julgado em 12/04/2011 pela Segunda Turma do STF; e RE 118283/SP, Relator: Min. Ilmar Galvão, julgado em 31/08/1993 pela Primeira Turma do STF.

⁴⁹² FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 484.

⁴⁹³ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica*. P. 84. Disponível em:

< http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte > Acesso em 17 jan. 17.

Pode-se dizer ainda que o direito de defesa do particular em face do Estado é garantido em relação à desapropriação por função social, no sentido da sua vinculação às exigências formais e materiais estabelecidas na CF/88. O interesse social - no sentido de coletividade, e não de interesses específicos de determinadas pessoas ou grupos de pessoas - é exigência constitucional para a realização desse tipo de desapropriação, bem como o respeito ao devido processo legal para a sua efetivação⁴⁹⁵. Também, o artigo 184 e o artigo 186 da CF/88 indicam os critérios para cumprimento da função social da propriedade urbana e rural. Nessa medida, não é qualquer imóvel que pode ser desapropriado com base no interesse social e ensejar o pagamento da indenização em títulos da dívida agrária. Como se viu, a desapropriação no sentido de uma sanção, exige o descumprimento da função social. No caso do imóvel rural, por exemplo, a desapropriação para fins de reforma agrária, é de competência da União e está relacionada com um uso não racional do solo, ou com a incompatibilidade entre o uso econômico e a preservação dos recursos ambientais. Além disso, o procedimento da desapropriação para fins de reforma agrária deve garantir a ampla defesa o contraditório.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Paulo Jorge de Lima relaciona o pagamento em títulos da dívida com os elevados custos da desapropriação para fins de reforma agrária. Refere que apesar da grande celeuma que entre nós levantou a medida que determinou o pagamento em títulos da dívida pública nas desapropriações de terras para a realização da reforma agrária, nenhuma novidade apresenta, tendo sido já posta em prática em numerosos outros países antes do Brasil. Uma das principais peculiaridades da reforma agrária é o seu elevado custo, que se expressa não apenas nas despesas relativas às desapropriações, mas também nos investimentos necessários à instalação das novas propriedades, inclusive o fornecimento aos lavradores que as irão ocupar de todos os instrumentos e recursos indispensáveis a fazê-las produzir, isso sem contar despesas outras, em obras assistenciais correlatas, como construção de escolas, centros de saúde, órgãos de assistência técnica, etc. Daí a inexecutabilidade da sua realização se as desapropriações se tornarem excessivamente onerosas. (LIMA, Paulo Jorge de. *Desapropriação por interesse social*. São Paulo: Editora Fulgor Limitada, 1965. P. 154.)

⁴⁹⁵ Esse entendimento vem sendo afirmado nas decisões do STF. *Vide* ADI 2213 MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello em 04/04/2002, em que evidenciou que o esbulho possessório, mesmo no caso de propriedade alegadamente improdutiva é ato ilícito. No mesmo sentido: AI 822429 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 09/04/2014; MS 24764 Rel. Min Sepúlveda Pertence, Rel. p/ Acórdão: Min Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2005; MS 23759, Rel. Min. Celso de Mello, Trib. Pleno, julgado em 17/02/2002.

⁴⁹⁶ Em relação a necessidade de notificação prévia do proprietário em tema de reforma agrária, *vide* MS 23006, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/06/2003, DJ 29-08-2003 PP-00021 EMENT VOL-02121-13 PP-02663.

2.3. IGUALDADE DO ENCARGO

2.3.1. Extensão do conceito de propriedade no direito alemão

O direito de propriedade, como direito fundamental, deve ser visto à luz da regulação constitucional. Assim, as reservas legais que autorizam a determinação do conteúdo da propriedade, não entregam ao legislador apenas o dever de determinação do que está garantido constitucionalmente, mas incluem um encargo para a organização.

Ainda, a regulação do direito de propriedade, na medida em que se trata da proteção da propriedade como garantia de um direito de liberdade pessoal negativa do indivíduo, que garante uma alternativa de ação, ela tem uma proteção especialmente forte. Entretanto, há também uma relação social a ser considerada, ante a vinculação constitucional ao atendimento de sua função social.

Nesse sentido, a previsão constitucional requer a preservação da relação de coordenação entre o direito de propriedade a sua função social, bem como a preservação da substância da propriedade. Conforme esses princípios, vinculações de propriedade sempre devem, ser proporcionais.⁴⁹⁷

Como se viu, o direito fundamental de propriedade possui competências de direito civil, que possibilitam ao proprietário o uso de sua liberdade no sentido negativo, ou seja, possibilita o exercício da liberdade jurídica, como alternativas de ação. Ocorre que, tratando-se o direito de competência de direitos civil, esse direito pode ser configurado de diferentes formas pelo legislador.

Ainda, o princípio constitucional do direito fundamental à propriedade privada exige, como todos os princípios, uma realização na maior medida possível. A maior medida possível de realização do princípio da propriedade privada abarca uma realização na maior medida possível da competência para usar e dispor da propriedade.

Há também uma estrutura dos direitos de igualdade como direitos subjetivos, sendo insuficiente interpretar o direito geral de igualdade como garantia de um direito de *status* negativo. Conforme o direito geral de igualdade, existem direitos que devem ser encarados como direitos pertencentes ao *status* positivo. No caso, a função social da propriedade, diminui ou elimina competências relacionadas com o direito de propriedade e, nessa medida, necessita ser justificada.

⁴⁹⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 344, número de margem 448.

A limitação é tratada como uma restrição que deve analisada no âmbito de uma ponderação entre o princípio constitucional cuja realização é obstaculizada por essa limitação e os princípios constitucionais contrapostos relevantes para o caso concreto. Um direito individual – especificamente o direito de propriedade -, não pode ser exclusivamente utilizado como meio para um bem coletivo. Considera-se ainda que existe uma primazia *prima facie* geral em favor do direito de propriedade. Essa primazia *prima facie* repercute em uma carga da argumentação em favor do direito de propriedade e por conta da função social.

Em relação à questão da proporcionalidade nos procedimentos relacionados com o direito de propriedade, portanto, é de se considerar que a intensidade da interferência do direito de propriedade do titular deve ser proporcional ao interesse público a ser considerado.

Ocorre que a propriedade também inclui uma garantia de valor, como a garantia de direitos pecuniários. Sua relação com a garantia de direitos de propriedade em si, ou seja, a garantia da existência de direitos pecuniários. A garantia de valor pode por isso ser usada como correlato à garantia de existência e justificar a necessidade de uma compensação financeira como condição da constitucionalidade de alguns procedimentos de propriedade. O valor da garantia ao lado da garantia da propriedade pode ser visto como um direito à liberdade e estar em conformidade para explicar o prejuízo de valor como ponto de vista de ponderação independente, ao lado do comprometimento da liberdade.⁴⁹⁸

O valor da propriedade é baseado numa maneira diferente sobre os direitos de propriedade subjacentes. Em primeiro lugar, a exclusividade da propriedade faz uma atribuição e estabelece uma distribuição limitada. Além disso, as liberdades de utilização ligadas à propriedade representam um valor econômico. A propriedade pode ser considerada como objeto de valor patrimonial, isto se dá devido às possibilidades reais de utilização do bem. Intervenções na distribuição de bens, nas possibilidades legais ou reais que resultam em perda de valor, além de deficiência associada à atribuição de direitos de propriedade.

Nessa medida, a perda resultante de valor através de uma intervenção em um direito de propriedade consta como um critério para a intensidade da intervenção. Uma limitação ao uso devido ao arranjo de conservação é menos grave quando ela não altera praticamente o valor da propriedade do que quando ela torna um uso econômico impossível e a propriedade perde completamente o valor. Da mesma forma, uma restrição de utilização de redução de valor é mais intensa do que as restrições de conteúdo semelhantes, para as quais a compensação financeira é paga. O prejuízo, portanto, deve ser considerado como um critério

⁴⁹⁸ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 381.

para o grau de comprometimento dos direitos de propriedade no equilíbrio sob o critério da proporcionalidade.⁴⁹⁹ Evidentemente, não há como negar que a concessão de uma compensação financeira é relevante e pode levar ao fato de que uma intervenção sem compensação seja considerada desproporcional, mas se torne proporcional quando com compensação. Negar isso seria permitir que o caráter de valor financeiro dos direitos de propriedade fosse deixado de lado. No entanto, isso não significa que a compensação financeira pode sempre compensar a interferência na liberdade da propriedade de forma integral. Graças à forma com que o direito de propriedade se relaciona com a liberdade pessoal, existem conteúdos que não podem ser reduzidos ao seu valor financeiro.⁵⁰⁰

Nesse sentido, o princípio de igualdade é usado, particularmente, para estabelecer a compensação de obrigações relativas a cobranças desiguais de posições de propriedade. Nesse ponto, é questionável se a igualdade substantiva das posições de propriedade é um princípio constitucional e por isso as restrições à propriedade que vão de encontro somente a determinadas posições de propriedade podem ser justificadas não apenas no que diz respeito à interferência de certos direitos de propriedade, mas também no que diz respeito ao fato de que certas posições de propriedade são mais precárias se comparadas a outras.⁵⁰¹

Um princípio de igualdade como esse somente pode ser suposto de forma significativa no que diz respeito às propriedades do mesmo tipo. E isso requereria que certo conteúdo deva ser requerido por certos tipos de propriedade. No entanto, o Tribunal Federal Constitucional Alemão rejeita tal concepção, quando afirma que o conteúdo das posições de propriedade é determinado pelas respectivas leis aplicáveis. Demandas de igualdade são feitas apenas no sentido de uma proibição arbitrária. Ocorre que devido à independência dos direitos de propriedade haveria uma igualdade jurídica dos diferentes níveis de propriedade, uma vez que a garantia de valor dos direitos de propriedade autônomos é independente das respectivas circunstâncias relevantes. Entretanto, isso não seria um princípio da igualdade a ser considerado no contexto do direito de intervir.⁵⁰²

Em relação ao direito de desapropriação, embora o tribunal federal inicialmente recusasse as teorias de delimitação material, por causa de precisão defeituosa, ele incluiu sempre mais critérios materiais em sua jurisprudência. E a vinculação à situação da

⁴⁹⁹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 381.

⁵⁰⁰ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 381.

⁵⁰¹ SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 389-390.

⁵⁰² SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 390.

propriedade imobiliária converteu-se em um ponto de vista dominante.⁵⁰³

A juridicidade do ato interveniente não mais desempenha nenhum papel, e a desapropriação no sentido da jurisprudência da indenização da desapropriação do tribunal federal é, segundo isso, cada prejuízo soberano imediato da propriedade, que não é mais coberta pela vinculação social, ou apresenta um sacrifício especial. A constituição parte portanto do fato de que apenas um processo bem determinado, a qualquer hora comprovável objetiva e subjetivamente, é uma desapropriação. Trata-se, portanto, de uma volta do ao conceito de desapropriação clássico, com seus critérios de delimitação formal ampliado. Nesse sentido Dürig defende não simplesmente o regresso ao conceito de desapropriação clássico, mas uma volta a um conceito de desapropriação clássico modificado.⁵⁰⁴

As modificações entretanto são consideráveis, Dürig recusa uma limitação do conceito de desapropriação a terrenos e outros bens materiais. Ela era condicionada pelos tempos de então, uma vez que no século XIX apenas a desapropriação de terrenos tornou-se atual e carente de regulação. Como a garantia da propriedade está em conexão estreita com a dignidade da pessoa humana e o direito de liberdade geral, ela não deve ser limitada a um âmbito parcial, mas deve, fundamentalmente, incluir todos os direitos de valor patrimonial, do que *Dürig* deduz também uma ampliação correspondente do conceito de desapropriação. Ele também recusa a limitação, característica para o conceito de desapropriação clássico, da propriedade à transferência de direitos - desapropriação igual à transferência. Para o proprietário afetado interessa apenas que o seu direito é afetado e não a quem ele favorece. Com isso, também deixa de existir a exigência, que a desapropriação deve realizar-se para uma empresa concreta determinada, bem como a finalidade da desapropriação, basta o interesse público que, segundo a opinião de Dürig, não é característica conceitual, mas pressuposto de admissibilidade da desapropriação.⁵⁰⁵

Comparando-se assim o conceito de desapropriação concebido por Dürig com o conceito de desapropriação clássico, evidenciam-se diferenças consideráveis: o objeto da desapropriação não são só terrenos e outras coisas, mas de todos os direitos de valor patrimonial subjetivo; o processo não precisa mais consistir na transferência da propriedade a um novo titular jurídico, mas na mera retirada da propriedade; como forma jurídica já, segundo o art. 14 III 1 da Lei Fundamental entra em consideração não só um ato jurídico

⁵⁰³ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 41.

⁵⁰⁴ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 42-43.

⁵⁰⁵ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 43.

concreto, mas também uma lei; a vinculação a uma empresa concreta, que serve ao bem-estar público, deixou de existir. Característico é, no entanto, que o conceito de desapropriação de Dürig é delimitado segundo critérios formais do mesmo modo que isso era característico antigamente para o conceito de desapropriação clássica. Enquanto as teorias da delimitação materiais entre a desapropriação e a vinculação à propriedade, inclusive a doutrina do sacrifício especial do tribunal federal, só posteriormente possibilitam uma sentença – se uma intervenção na propriedade, segundo gravidade e profundidade – apresenta uma desapropriação, já pode antes ser determinado, segundo a teoria da delimitação formal, se uma regulação realiza ou admite uma desapropriação. Os pressupostos jurídicos determinantes para a desapropriação podem ser observados. Sobretudo, a cláusula interdependência, que só deve assegurar uma indenização, mas também motivar o legislador a tornar-se consciente sobre isto, que sua regulação tem caráter desapropriador e causa custos consecutivos financeiros correspondentes, é cumprível.⁵⁰⁶

O objeto da garantia da propriedade não é mais idêntico à propriedade do direito civil. Passa a ser decisivo para a qualificação como propriedade protegida jurídico constitucionalmente o aproveitamento privado de um direito de valor patrimonial, isto é, a coordenação a um titular de um direito que deve, com base na iniciativa privada e no interesse privado, sob responsabilidade própria, ser de “utilidade”, sendo que o poder de disposição dessa utilização nem sempre é claramente demarcável sobre o objeto da propriedade. Em razão disso, propriedade, no sentido jurídico-constitucional pode também ser outros direitos privados de valor patrimonial além da propriedade da coisa, como por exemplo, reivindicações salariais ou quotas sociais que, muitas vezes, assumiram a tarefa, cumprida antigamente pela propriedade da coisa, de assegurar a existência.⁵⁰⁷ E, acerca da questão se a proteção da garantia da propriedade poderia se estender também a direitos (subjeto-) públicos de valor patrimonial, como por exemplo direitos ao salário de funcionários e soldados, direitos ao seguro social, e coisas semelhantes, há concordância fundamental no sentido de que também tais direitos podem recair sobre a proteção da garantia da propriedade, uma vez que eles cumprem funções iguais as que a propriedade da coisa cumpria antigamente.⁵⁰⁸ Nesse sentido também, esclarece o autor que⁵⁰⁹:

⁵⁰⁶ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 44.

⁵⁰⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 341, número de margem 444.

⁵⁰⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 341, número de margem 444.

Porque, enquanto os deveres tributários do século XIX, com seus gastos públicos modestos, para o proprietário não significavam carga digna de menção, que põe em dúvida sua propriedade e, por conseguinte, mal tocava à garantia da propriedade, o proprietário atual vê-se exposto ao dever de contribuições amplas, que servem não só à obtenção de ganhos para o financiamento das tarefas estatal-sociais crescidas, mas também à realização dos estabelecimentos de objetivos político-econômicos e público-sociais. Sob esses pressupostos, a reserva tradicional do Direito Tributário respectivo conduz a uma relativização da garantia da propriedade, que diminui essencialmente sua eficácia prática.

A problemática está relacionada com o alcance dessa proteção. A propriedade está protegida contra privação e prejuízo, na medida em que estes, como desapropriação ou socialização, não são admitidos pela Constituição. Essa proteção afeta apenas os direitos concretos respectivos, não interesses, oportunidades, possibilidades de ganho e também não o bem como tal. Diante da imposição de deveres de prestação em dinheiro – através de impostos por exemplo – fundamentalmente, o afetado não poderia se apoiar na garantia do direito de propriedade. Salvo casos em que tais deveres de prestação em dinheiro agravassem excessivamente o devedor do imposto e prejudiquem fundamentalmente sua situação patrimonial.⁵¹⁰

Apresentada a extensão do direito de propriedade no direito alemão, passa-se a análise da possibilidade ou não de extensão do conceito de propriedade no direito brasileiro, sob a perspectiva de um princípio de igualdade, relacionado com a questão de igualdade ou não do encargo.

2.3.2. Possibilidade de extensão do conceito de propriedade no direito brasileiro?

Na Alemanha, portanto, considerando que a desapropriação está relacionada hoje muito mais com o prejuízo do que com a finalidade e que o direito de propriedade, além de um valor patrimonial contém um valor pessoal relacionado com a liberdade pessoal especialmente relevante – bem como com o direito de igualdade jurídica pressuposto -, acrescido ao reconhecimento de que o papel antes exercido pelo imóvel rural, hoje pode ser estendido à qualquer valor patrimonial, o conceito de desapropriação foi claramente estendido

⁵⁰⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 343, número de margem 447.

⁵¹⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 342-343, número de margem 446-447.

a quaisquer bens de valor patrimonial, *vide* acórdão analisado na parte final desse trabalho. No Brasil, a situação diverge, em razão da limitação constitucional do tipo legal referente ao direito de propriedade que tem que cumprir a função social. Aqui, não se trata de tipo legal amplo, como o alemão que permitiu a extensão dos conceitos, a partir do princípio da proporcionalidade e de requerimentos de igualdade, mas do tipo estreito, que pela opção do constituinte já limitou o conteúdo do direito de propriedade que tem função social a cumprir, bem como estabeleceu a forma de cumprimento da função social.

Ao se observar os textos constitucionais brasileiro anteriores a CF/88, não se via essa limitação constitucional do conteúdo do direito de propriedade, bem pelo contrário, a extensão do conceito de propriedade era bem ampla. Vejamos.

Em relação ao conteúdo jurídico do direito de propriedade, Ruy Barbosa já reconhecia a extensão do direito, ao esclarecer que no raio de alcance desse direito está abrangido todo o terreno jurídico ocupado pela noção de bens. Nessa medida, o conceito de bens e o conceito de propriedade seriam, em direito, equivalentes.⁵¹¹ Por sua vez, os bens “formam o nosso patrimônio, constituem a garantia dos credores e são todos reductíveis a uma estimação pecuniária.”⁵¹² Acrescenta ainda que na esfera jurídica da propriedade se incluem tanto as coisas corpóreas como as incorpóreas.⁵¹³ Na parte que segue essas explanações, o autor se pergunta se a CF/1891, quando alude ao direito de propriedade, se refere à essa acepção ampla de sentido ou ao seu significado mais restrito - limitado aos direitos reais. Então, esclarece que a tradição – estabelecida desde o antigo regime, na carta orgânica do país – encara a garantia da propriedade na sua forma mais ampla, assegurando todos os direitos de que se compõe o patrimônio privado.⁵¹⁴ Continua o autor, esclarecendo que a Constituição do Império já considerava que o direito de propriedade envolvia todas as aquisições lícitas do homem, os resultados de sua atividade e frutos de seu trabalho, corpóreas ou incorpóreas. Estariam então incluídos na garantia do direito de propriedade: a classe inteira dos direitos pessoais, créditos, títulos a prestações alheias, bem como o domínio das coisas materiais.⁵¹⁵

⁵¹¹ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 399.

⁵¹² BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 401.

⁵¹³ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 403. Para exemplificar alcance da expressão direito de propriedade, o autor nos remete ao direito adquirido à exploração do Banco do Amazonas (P. 401-402).

⁵¹⁴ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 404.

⁵¹⁵ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 406

E, esclarece Ruy Barbosa que, considerando que a hermenêutica da Constituição dos Estados Unidos se harmoniza inteiramente com a dos publicistas brasileiros na análise da Constituição Imperial, também aqueles acolhem como propriedade constitucionalmente assegurada, todos os elementos – corpóreos ou não – do patrimônio individual.^{516 517}:

Pontes de Miranda, ao comentar a CF/67 fala que houve uma transformação do conceito de propriedade – em relação ao seu conteúdo e seus limites. É garantido o direito de propriedade ao sujeito, que o tem, salvo os casos legais de desapropriação. O conteúdo e os limites do direito de propriedade são definidos nas leis, de modo que só se garante, no art. 153, §22, a instituição da propriedade: são suscetíveis de mudança, em virtude da legislação, o conteúdo e os limites mesmos da propriedade e do direito de propriedade. As leis que regulam o conteúdo e os limites do direito de propriedade também lhe regulam o exercício.^{518 519}

Como se pode ver, não existia no texto constitucional um único e específico direito de propriedade, mas direitos de propriedades que seriam regulados de forma diversa, dependendo

⁵¹⁶ BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 406. Citando doutrinadores e juristas americanos, o autor exemplifica que pode consistir a propriedade em dívidas ativas, o direito de perdas e danos, os direitos de ação. A significação jurídica do termo propriedade inclui as várias espécies desta, até mesmo, o exercício das profissões liberais – que seria o mais incorpóreo de todos os direitos. Incluiria tudo que a lei consente pertencer ao indivíduo, enfim, tudo que for suscetível de apropriação útil. Nessa medida, a noção jurídica de propriedade nos textos constitucionais abrangeria além dos direitos reais, todos os direitos incorpóreos, suscetíveis de apropriação e valor econômico – incluídas as concessões e privilégios outorgados pelo poder público a indivíduos e associações, desde que imponham obrigações recíprocas, e tenham valor patrimonial. (P. 407- 412)

⁵¹⁷ Ruy Barbosa refere que se outro fosse o pensamento do legislador constituinte, por certo o teria declarado, ou pelo menos, evitado a expressão propriedade, adotando uma expressão restritiva, como a de domínio, por exemplo, ressaltando que: “A Constituição fôra inepta, contradictoria e monstruosa, se, na consagração da propriedade, limitasse aos objetos materiaes. Os outros gêneros de propriedade não são menos importantes. Bem ao contrario, no computo da riqueza, presentemente, os valores em credito, em contractos, em prestações estipuladas, correspondem a interesses ainda maiores que os realizados no solo e nas aquisições materiaes que o cobrem. Uma Constituição que enjeitasse do seu amparo taes valores, privilegiando com o beneficio dele unicamente a riqueza especializada nas coisas corpóreas, teria firmado uma exclusão odiosa e insensata. Criada, contra as invasões do poder, a immundade constitucional da propriedade, nenhuma propriedade, juridicamente tal, seja qual fôr a sua natureza, está fóra dessa imundade.” (BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934. P. 413-414.)

⁵¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo V (Arts. 153, §2º - 159). Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 397-398.

⁵¹⁹ Segundo o autor, a explicitação do art. 153, §22, gramatical e lógica: “É garantido o direito de propriedade como atribuição subjetiva, só se permitindo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, ou interesse social, mediante indenização prévia, segundo a lei que se edificar, e como instituição, podendo a lei definir o conteúdo e os limites do direito de propriedade e regular-lhe o exercício”. O Direito de propriedade, segundo a Constituição de 1967, é qualquer direito patrimonial. Não importa se há direito real sobre bem corpóreo (propriedade, usufruto, uso, habitação, hipoteca, penhor, anticrese) ou sobre bem incorpóreo (propriedade Intelectual, seja artística, literária, ou científica, ou industrial, ou direito real limitado sobre bem incorpóreo), ou se não há, na espécie, direito real (por exemplo, se trata-se de crédito ou de pretensão, ou de ação, ou de exceção, somente pessoal). A expressão “direito de propriedade”, no artigo 153, §22, da CF de 1967, tem sentido lato. Quando, no artigo 163, a CF 1963 se refere a “direitos e garantias individuais”, incluído está o direito de propriedade, não cabendo, no sistema jurídico brasileiro, a discussão que há alhures. Direito de propriedade segundo a CF de 1967, bem como nas anteriores, é qualquer direito patrimonial (MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo V (Arts. 153, §2º - 159). Rio de Janeiro: Forense, 1987. P. 397-398.)

do objeto sobre o qual incidisse as competências inerentes ao direito de propriedade. O objeto sobre o qual incidia a propriedade, portanto, é que deveria orientar o regime jurídico de proteção ao exercício do direito de propriedade.

Até então, essa extensão do conteúdo de propriedade era possível porque o enunciado normativo, era expresso apenas na forma de princípios, ou de razões *a priori*, como ocorreria se também na CF/88, apenas estivesse presente a vinculação ao direito de propriedade – de forma não especificada - ao cumprimento da função social, constante no art. 5º, XXII e XXIII e art 170, III. No entanto, com o advento da Constituição de 1988, o constituinte, a partir da ponderação por ele realizada, optou por restringir o tipo legal do direito de propriedade que tem que cumprir a obrigação decorrente da função social. Como se observa do texto CF/88, ao especificar os requisitos para o atendimento da função social, apenas considerou o direito de propriedade relacionado com o bem corpóreo, no caso o imóvel rural e urbano.

Considerada a limitação constitucional, importa interpretar⁵²⁰ o juízo relacionado aos direitos jusfundamentais em questão realizado pelo constituinte, quando da restrição do tipo legal, à luz da tradição⁵²¹ do país, uma vez que o elo entre o tipo amplo e o tipo restrito está ligado justamente a ponderação realizada. E, nesse sentido, vai se verificar que a ideia de função social se desenvolveu no país, de alguma forma, enredada à questão da reforma agrária, no sentido de produtividade da terra, como passa-se a expor.

A formula genérica enunciada no art. 147 da CF/46 já estabelecia que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social, e que a lei, sem quebra pelo respeito ao direito do proprietário, deveria promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. Essa preceituação define uma tendência que prende suas raízes num movimento que é geral, e de que influenciou a inserção de fórmula análoga na Constituição italiana, com nítida expansão doutrinária (Natoli, Barberó, Pescatore, Grasseti).⁵²²

A Reforma Constitucional de 1967 não podia deixar de considerar o assunto que

⁵²⁰ A ideia de interpretação de Gadamer, segundo a qual o sentido de um texto sempre supera seu autor. Por isso, a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, é também sempre produtivo. Quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente. Aqui, não se tem em mente a individualidade e sua opinião, mas a verdade da coisa - um texto não é compreendido como mera expressão da vida, mas é levado a séria na sua pretensão de verdade. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. P. 392-393.)

⁵²¹ Aqui reconhece-se a “tradição” também no sentido desenvolvido por Gadamer: “Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas.(...)” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. P. 373.)

⁵²² PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. IV, 11ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994. P. 79.

reaparece em forma analítica no art. 157, com que se abre o título da “ordem econômica” assentando as finalidades desta na realidade da justiça social, com base em alguns princípios considerados essenciais, como a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, o desenvolvimento econômico, a repressão ao abuso do poder econômico. Tudo isto estava compreendido num complexo de limitações ao direito dominial, polarizada na tutela de conveniências diversas dos direitos do dono, sob a inspiração do interesse público (Pescatore Barberó, Barassi, Ugo Natoli). A mesma tendência subsiste no art. 160 da Reforma de 1969.^{523 524}

Reforma agrária é, na acepção etimológica, a mudança do estado agrário atual. Procura-se mudar o estado atual da situação agrária, que é o do feudalismo agrário e da grande concentração em benefício dos trabalhadores do campo. Consequentemente, as leis de reforma agrária opõem-se a um estado anterior de estrutura agrária, que procura modificar.⁵²⁵

A reforma agrária é a mudança dos traços essenciais e totais da atual estrutura agrária em um sistema de distribuição, utilização e exploração da propriedade agrícola, tendente à democratização da propriedade rural.⁵²⁶ No que se refere às opções para a reforma agrária brasileira, há uma concordância no que diz respeito à constatação empírica do atraso da agricultura brasileira, no despreparo técnico dela.⁵²⁷

Pinto Ferreira, nesse sentido, esclarece que a reforma agrária não está relacionada com a simples distribuição de terras, ela visa fundamentalmente aumentar a produção, gerando alimentos e matérias-primas que provêm da agricultura e do campo, valorizando o homem e adotando medidas de proteção ao meio ambiente.⁵²⁸ Nesse sentido, importante mencionar que, apesar de também estar relacionada com o tamanho da propriedade – a pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, são insuscetíveis de

⁵²³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. IV, 11ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994. P. 79-80.

⁵²⁴ Sobre a influência da doutrina italiana se desenvolve a ideia de desapropriação por interesse social: primeiro já em 1890, através de escrito de Giuseppe D’Aguanno (D’AGUANNO, Giuseppe. *Gênesis y Evolucion del Derecho*, Trad. Pedro Dorado, Buenos Aires: Editorial Impulsos, 1943), seguido, no início do século por Scavanti (SCALVANTI, O. *La espropriazione per publica utilità*. in *Primo Trattato completo di Dir. Amm.* de V. E. Orlando, vol. IV. Milão: Società Editrice Libreria, 1906.) e, em 1928 por Sabino Álvares Gendín (GENDÍN, Sabino Álvares, *Expropiación Forzosa*, Madri: Editorial Réus S.A., 1928.) Cf. LIMA, Paulo Jorge de. *Desapropriação por interesse social*. São Paulo: Editora Fulgor Limitada, 1965.

⁵²⁵ FERREIRA. Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994.P. 456.

⁵²⁶ FERREIRA. Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994.P. 458.

⁵²⁷ FERREIRA. Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994.P. 465.

⁵²⁸ FERREIRA. Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 491.

desapropriação –, precipuamente, está relacionada com o critério da produtividade da terra.⁵²⁹

Como se pode ver, a tradição de relacionar função social com reforma agrária, decorre de influências externas, que já começaram a aparecer na legislação infraconstitucional, desde a vigência da CF/46. No entanto, a partir da análise dos anais da Constituinte, observa-se a preocupação do Constituinte, a partir das palavras do constituinte Rosa Prata, de desvincular a ideia popular de que a reforma agrária só pode ser realizada através da desapropriação. Ressalta o tamanho e a diversidade do país, destacando que o problema do latifúndio não é menor do que o problema do minifúndio, em determinadas regiões, razão pela qual surgem como instrumentos de reforma agrária: a tributação progressiva, o crédito fundiário, a colonização e também, evidentemente, a desapropriação. Afirma que, nas diversas localidades do país, existem modalidades para aplicação diversificada, ou, em alguns casos, conjunta, desses diferentes instrumentos.⁵³⁰ E, ressaltando uma das divergências profundas entre alguns dos Constituintes refere o problema da limitação do tamanho da propriedade. Afirma que o país tem uma disponibilidade enorme de terras dos entes federados e dos particulares, assim a desapropriação deve se dar, caso ocorra o descumprimento da função social e produtiva da propriedade. Ressalta que a regra é a propriedade produtiva e que cumpre a função social.⁵³¹

Em sentido contrário, o Constituinte Aldo Arantes ressaltou que o critério de desapropriação pela produção era um critério difícil de se aferir. O Constituinte Rachid Saladanha Derzi afirmou ser essa a função do Incra, ou seja, examinar a produtividade das propriedades.⁵³²

Pode-se ver, assim, que esteve latente na Constituinte a preocupação em fazer a reforma agrária no país, mas preservando a propriedade produtiva.⁵³³ A preocupação

⁵²⁹ Vide art. 185 da CF/88. Esclareça-se que, para fins de reforma agrária, é considerado o imóvel na sua totalidade, sendo que a mera doação, bem como o falecimento do proprietário não fragilizam a unidade produtiva. No caso de morte do proprietário ocorre a divisão, apenas no momento da partilha. Nesse sentido, vide MS 25.299-5/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2006.

⁵³⁰ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 48. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

⁵³¹ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 48 e 49. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

⁵³² *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 49. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em 17 jan.17.

⁵³³ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 52-53. Disponível em:

consequente foi a maneira de aferir essa produtividade. Para tanto, ressaltaram a necessidade de lei complementar que aclarasse os critérios básicos a serem cumpridos por uma propriedade, a fim de que seja produtiva e cumpra a função social. A forma e os parâmetros de avaliação seriam propostos pelo órgão executivo competente e deveriam ser aprovados pelo Congresso. Ressaltou-se ainda a necessidade da lei complementar definir claramente esses parâmetros, que deveriam ser propostos periodicamente, a fim de que houvesse a evolução na agricultura brasileira.⁵³⁴

Destacou-se também na Constituinte a necessidade de descentralização da competência, a fim de cumprir manter uma sintonia fina com a realidade brasileira, por isso entenderam fundamental tratar da questão urbanística. Reconheceram assim a necessidade de uma legislação de competência da União, a fim de disciplinar a questão básica, como regra geral, e uma descentralização das competências, a fim de que a competência local pudesse, realmente, compreender as diversidades que, a nível geral e global, os Constituintes não tinham condições de alcançar no texto constitucional. Passando a desenvolver a questão da função social da propriedade urbana, que além da questão habitacional, deveria incluir às questões da infra-estrutura e serviços.⁵³⁵

Denota-se, assim, que a função social da propriedade está constitucionalmente relacionada com a produtividade do imóvel, que como analisado no ponto anterior é um critério que atende os pressupostos de equilíbrio de posições *a priori*, bem como respeita a esfera pessoal e social da propriedade. E as medidas referentes ao cumprimento da função social, tanto em relação ao imóvel rural quanto ao imóvel urbano visam aumentar a produtividade através do aproveitamento racional do solo, a fim de permitir a recuperação sócio-cultural da região afetada.

Na reforma agrária pretendida pelo Estatuto da Terra deveria estar compreendida a prosperidade econômica resultante de uma agricultura adotada com bases econômicas

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

Nesse aspecto, inclusive, foram feitas considerações acerca da necessidade de consideração da dimensão territorial do país, nesse sentido, o constituinte Cardoso Alves: “*Não pode entrar na cabeça de ninguém, em sua consciência, desapropriar terras que estão produzindo, num País que tem uma imensidão de terra para produzir.*” P. 52.

⁵³⁴ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 52. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

⁵³⁵ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 67. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

adequadas, devendo compreender, ao mesmo tempo, um sistema de política agrícola e, na medida das necessidades uma reforma agrária de sentido econômico, em que não se divida a propriedade se não por imperativos de leis econômicas, quando esse seja o melhor ou o único caminho para se alcançarem determinados objetivos de interesse social. É um processo de desenvolvimento econômico, ou seja, de promoção ao bem-estar, de melhor distribuição da riqueza, de progresso e de justiça social.⁵³⁶

Na doutrina e na constituinte, muito se pensou na reforma urbana, marchando paralelamente a reforma agrária, para diminuir tensões sociais em matéria habitacional e parcelamento do solo urbano. Convinha estabelecer processos mais adequados de ordenação do solo urbanístico. As medidas de ordenação do solo ou ocorrem mediante a realização de negócios jurídicos entre o Poder Público e os particulares ou de forma compulsória através de preceitos legais, que permitem técnicas de intervenção urbanística, como a desapropriação e a servidão urbanística, direcionadas ao reparcelamento.⁵³⁷ Como se viu, a desapropriação no sentido jurídico-constitucional está dirigida a retirada completa ou parcial de posições de propriedade subjetivas concretas, para o cumprimento de tarefas públicas determinadas, nesse sentido, apenas um processo bem determinado e comprovável objetiva e abstratamente a qualquer hora deveria ser considerado como desapropriação.⁵³⁸

Denota-se da CF/88 que a renda foi tributada, através do imposto de renda progressivo – correspondente ao imposto territorial rural e ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbano progressivo no tempo -, no entanto, a consequência mais grave do descumprimento da função social, qual seja, a desapropriação-sanção⁵³⁹, na medida em que relacionada, inicialmente com a questão da reforma agrária, ficou restrita ao imóvel rural e, posteriormente, estendida ao imóvel urbano, curiosamente, sob um pressuposto de igualdade.⁵⁴⁰ A preocupação do constituinte foi também no sentido de estabelecer uma certa

⁵³⁶ MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967. P. 18-26.

⁵³⁷ FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 442.

⁵³⁸ MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. P. 44-45.

⁵³⁹ O Constituinte quis claramente inculir uma penalidade ao determinar o pagamento da desapropriação por interesse social através do pagamento de títulos da dívida agrária resgatáveis em 20 anos, ou em 10 anos, para o caso de imóveis urbanos.

⁵⁴⁰ A questão da igualdade foi levantada pelo Constituinte Aldo Arantes, quando problematizou a questão da restrição da função social da propriedade urbana ao imposto progressivo, enquanto a função social do imóvel rural previa a desapropriação por interesse social. Questão essa que desembocou na inclusão no texto constitucional na desapropriação por interesse social da propriedade urbana. (*Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento)*). Comissão da Ordem Econômica. P. 120. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

equivalência entre os instrumentos disponíveis para garantir o cumprimento da função social da propriedade urbana e da propriedade rural.⁵⁴¹

Assim, como se pôde ver, a questão da reforma agrária, pela na análise da legislação, bem como dos anais da Constituição, por um lado, está relacionada a uma questão histórica e política brasileira, visando à solução de conflitos sociais, mas também ao estímulo da atividade econômica do país, uma vez que ligada à questão da produtividade. E, nesse sentido, ainda que apresentada, a partir de tipos legais restritos, atende os pressupostos necessários à interpretação da função social, relacionada com o Estado Social, apresentados no ponto 1.2 supra, como o equilíbrio *a priori* da esfera pessoal e da esfera social da propriedade, bem como a proporcionalidade entre o prejuízo de um em face da promoção de outro.

Por outro lado, a inclusão da possibilidade de desapropriação por interesse social também do imóvel urbano se deu a partir de um “critério independente” de igualdade, nas palavras de Sieckman – em relação às posições de propriedade privada afetadas -, e procurou-se manter um equilíbrio entre os dois tipos de propriedade afetados, inclusive, quando do estabelecimento dos requisitos para cumprimento da função social. Ainda, ficou evidenciado que a inclusão se deu também pelo contexto social e histórico, em que a propriedade urbana passou a ocupar lugar que antes era restrito a propriedade rural. Considerando os critérios utilizados pelo constituinte quando da inclusão da propriedade urbana e a idéia, cada vez mais clara, de compensação proporcional ao prejuízo⁵⁴², pode ser que, no futuro, caso seja a opção política do Estado – e, claro, desde que deixe de ser restrito o tipo constitucional -, se chegue, no mesmo sentido do direito alemão, a partir de uma exigência de igualdade⁵⁴³, numa extensão do conceito de propriedade em relação ao atendimento da função social. Até porque, com a evolução histórica, o conceito de propriedade parece estar cada vez mais relacionado com ativos, ou com capitais líquidos, do que com imóveis territoriais, urbanos ou rurais, no entanto, a certeza dessa afirmação exigiria uma pesquisa aprofundada dos dados econômicos do país, que não é o foco da presente pesquisa. Até porque, em que pese os imóveis já não

⁵⁴¹ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 104 e 120. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembly-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

⁵⁴² Vide Segundo julgado analisado no último capítulo deste Trabalho.

⁵⁴³ Pretensões de igualdade poderiam também ser representados na forma de um princípio de igualdade de posições de propriedade. Como um princípio, uma pretensão de igualdade tem que ir além de um requerimento de igualdade formal, resultante de uma reivindicação geral e para todos da aplicação correta do modelo de ponderação. A situação legal, bem com a situação de todos os proprietários tem que ser a mesma, na maior medida possível. Diferenças legais ou atuais devem ser evitadas na maior medida possível e, cada diferença deveria ser justificada de acordo com o princípio da proporcionalidade. (SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG.* 1. Aufl. – Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998. P. 389.) Vide ponto 3.1.1, Capítulo 3, Segunda Parte e ponto 1.3, Capítulo 1, Terceira Parte.

exercerem o papel que exerciam e a mudança social que ensejou o acréscimo da observância da função social para o imóvel urbana, justamente ter ocorrido sob um pressuposto de igualdade, e que talvez possa fundamentar a extensão a outros tipos de propriedade, dependeria também da consideração do fato da propriedade da terra, seja ela urbana ou rural, ser finita, e por isso, talvez requerer uma especial proteção.⁵⁴⁴ Assim, como se pode ver, são vários as considerações relevantes que teriam que ser analisadas no caso de uma nova ampliação do tipo legal. O interesse no presente trabalho foi apenas buscar apresentar as vantagens de uma adoção da teoria externa de restrições que, apesar das regras restritivas, permite sempre verificar o enunciado normativo *a priori* livre de restrições, a permitir justamente o exame da ponderação realizada, quando de qualquer restrição do tipo legal, seja ela realizada pelo próprio constituinte, pelo legislador, pelo executivo ou pelo judiciário.

Além da questão vista sob a ótica do direito de propriedade, nada impede também uma análise sob a ótica da função social. E, nesse sentido, não se pode desconsiderar que a intenção do constituinte, ao relacionar a função social à reforma agrária como forma de implemento gradual da justiça social no campo de, a partir da desapropriação por interesse social, foi intervir no direito de propriedade de um terceiro para garantir uma igualdade fática - no sentido de estabelecer a possibilidade do exercício dos direitos de propriedade e a consequente liberdade negativa - para mais pessoas, carentes nesse sentido.⁵⁴⁵ A análise da questão sob esse viés, pode levar também ao exame específico dos efeitos práticos gerados por essa norma e, eventualmente, inclusive abranger o alcance da eficácia social inicialmente desejada, o que também não é o objeto específico da presente pesquisa, uma vez que novamente exigiria uma análise específica e empírica dos dados referentes a reforma agrária, tanto regionais como nacionais.

No entanto, não se desconhece os problemas relacionados com a atuação do INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) - o órgão responsável na esfera federal para aferimento do cumprimento dos critérios de atendimento da função social - que nem sempre ocorre de forma eficaz, nos casos concretos, e que já havia sido objeto de preocupação na Assembleia Constituinte⁵⁴⁶ e, em grande medida, continua sendo.⁵⁴⁷ Ressalte-se que, na

⁵⁴⁴ Não se desconhece que a questão tributária de certa forma ocupa esse papel, a progressividade do imposto de renda é considerada sob o aspecto da função social, conforme decisões do STF, no entanto, a possibilidade de desapropriação-sanção se restringe as imóveis rural e urbano, sendo o confisco, expressamente proibido pela CF/88, no art. 150, IV.

⁵⁴⁵ Cf. Ponto 3.1.2., Capítulo 3, Segunda Parte do Trabalho.

⁵⁴⁶ *Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica.* P. 104 e 120. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidadada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituinte> Acesso em: 17 jan. 17.

busca de dados concretos acerca da reforma agrária, apesar da disponibilização dos números oficiais sobre a reforma agrária, no sítio eletrônico do órgão nacional responsável, não foram localizados as condições específicas em que se deu tal aferição, portanto, não passível de contestação.⁵⁴⁸ Tem-se que a dificuldade de acesso à informação dificulta a análise da questão. Por fim, no âmbito do presente trabalho, passa-se a análise de casos concretos sobre a matéria.

⁵⁴⁷ A título exemplificativo, *vide* voto da ministra Relatora Ellen Gracie (fls. 643-645) e do Min. Sepúlveda Pertence (p. 710), proferido no julgamento do MS 24547/DF de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 14/08/2003 [objeto de análise no último Capítulo deste trabalho.] Também é noticiada a ocorrência de problemas na certificação de imóveis pelo INCRA (cf. GOMES, Edaldo. *Origem do cadastro nacional de imóveis rurais – problemas concretos na certificação do Incra*. Boletim do Iib em Revista. São Paulo, Instituto de registro imobiliário do Brasil, n. 317, P. 36-42, jul/ago 2004.)

⁵⁴⁸ *Vide*: < <http://www.incra.gov.br/reforma-agraria/questao-agraria/reforma-agraria> > Acesso em: 20 jan. 17.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

3.1. ANÁLISE DE UMA DECISÃO SOBRE FUNÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL FEDERAL ALEMÃO

A título exemplificativo apresenta-se a seguinte decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão acerca desse instituto: Sentença 100, 226 I (BVERFGE 100, 226) – 02.03.1999 na decisão do Primeiro Senado⁵⁴⁹. Entre suas razões restou esclarecido que: o legislador, para determinação do conteúdo e limites da propriedade, no sentido do artigo 14, I, 2 da LF, deve considerar de forma igual em uma relação de equilíbrio, os interesses do proprietário dignos de serem protegidos e os interesses do bem comum. Para tais efeitos deve considerar todas as outras normas constitucionais; e está vinculado de modo especial aos princípios da proporcionalidade e da igualdade consagrados no artigo 3, I da LF. O bem estar da coletividade não é apenas o fundamento, mas também o limite dos gravames impostos à propriedade. As restrições ao direito do proprietário não podem ir além do que for suficiente ao propósito de proteção ao qual serve a regra. O núcleo da garantia da propriedade não pode ser esvaziado. Dentro desse núcleo se encontram a utilidade privada, assim como a atribuição

⁵⁴⁹ Controle concreto. Matéria: A autora do processo originário é uma indústria proprietária de um imóvel, tombado pelo patrimônio arquitetônico, histórico e cultural, cuja manutenção tornou-se um ônus econômico demasiado elevado. O Superior Tribunal Administrativo de *Rheinland-Pfalz*, ao decidir sobre seu pedido de demolição, suspendeu o processo e apresentou sua convicção sobre a inconstitucionalidade § 13 I 2 DSchPflG [da Lei de Proteção e Manutenção do Patrimônio Arquitetônico Histórico e Cultural] (*Denkmalschutz* – literalmente: “proteção de monumento”). O TCF admitiu a Apresentação Judicial e declarou a incompatibilidade do § 13 I 2 DSchPflG com o Art. 14 I GG.

1. As regras do direito do patrimônio arquitetônico histórico e cultural que determinarem o conteúdo e os limites da propriedade serão incompatíveis com o Art. 14 I GG quando não excluam a possibilidade de ocorrência de ônus excessivos ao proprietário, não prevendo nenhuma medida de precaução para a contenção de tais limitações da propriedade.

2. Regras de compensação que existem para proteger o princípio da proporcionalidade em casos especiais difíceis (*Härtefälle*) são insuficientes, quando se limitarem a garantir aos atingidos um direito à indenização em dinheiro. A garantia do Art. 14 I 1 GG exige que, em primeira linha, sejam tomadas medidas de precaução que realmente impeçam um ônus excessivo sofrido pelo proprietário e que a utilização privada da propriedade seja mantida tão amplamente quanto possível.

3. Assim como o legislador no nível normativo também tenha que, além de disciplinar a determinação do conteúdo e limites da propriedade, regular os pressupostos, modo e extensão da compensação de limitações de outra feita desproporcionais, a Administração deve também decidir, quando da efetivação da limitação da propriedade, se o caso, sobre a compensação exigível, cobre pelo menos as questões básicas. O legislador deve estabelecer os pressupostos para tanto.

4. O § 13 I 2 da lei de proteção e manutenção do patrimônio arquitetônico histórico e cultural de *Rheinland-Pfalz* é incompatível com a garantia da propriedade do Art. 14 I GG.

do objeto da propriedade a um titular de direitos, que fundamenta a iniciativa privada para o uso, como também o direito fundamental de dispor do bem objeto da propriedade.⁵⁵⁰

Na Alemanha, na medida em que o texto constitucional reconheceu o direito de propriedade e a função social como princípios colidentes, a partir da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da ponderação realizada - através do princípio da proporcionalidade -, verifica-se que são reconhecidos os direitos fundamentais a partir da teoria ampla do tipo legal. O que permite a clareza e a atualização dos argumentos, usados como critérios a serem justificados, a cada vez, quando da restrição do tipo, pela regra legal ou para o caso concreto, e acaba garantindo a atualização e eficácia à aplicação concreta dos direitos fundamentais. Permanece assim, muito clara a interpretação da função social, por um lado, considerando a obrigação do poder público no seu cumprimento, buscando garantir a igualdade fática e, por outro lado, considerando que ao proprietário não devem ser impostas quaisquer obrigações que não possam ser justificadas pela Constituição.

Em sentido oposto, o constituinte brasileiro, optou por já legislar a questão como regra, o que limita, desde logo, o direito de propriedade a ser atingido pela função social ao imóvel rural e urbano e estabelece uma relação com a reforma agrária e com a questão de planejamento urbano. Passa-se a análise de duas decisões, uma relacionada com um imóvel rural e uma relacionada com um imóvel urbano, a título exemplificativo.

3.2. ANÁLISE DE UMA DECISÃO SOBRE FUNÇÃO SOCIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE UMA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

No Brasil, como se viu, o cumprimento da função social da propriedade não abrange o direito de propriedade, em todas as suas formas, por escolha Constitucional, evidenciada pela tradição do país. Também se verificou que as condições, para o aferimento do cumprimento da função social da propriedade, nem sempre são claras o suficiente a possibilitar a sua aferição pelo próprio proprietário.

Assim, para colocar a questão em uma esfera mais prática, se buscou verificar como a questão tem sido enfrentada no Brasil, na esfera judicial. Primeiro, a partir da análise de uma decisão em que foi enfrentada a questão da desapropriação de um imóvel rural para fins de

⁵⁵⁰ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. P. 765-775.

reforma agrária e, posteriormente, a partir da análise de uma decisão relacionada com uma restrição de um imóvel urbano por interesse social.

O número de casos, relacionados com a questão, são os mais variados, como se procurou evidenciar através das citações de decisões ao longo da exposição. Na presente exposição, optou-se pela escolha, para uma análise mais detalhada, do MS 24547/ DF – Distrito Federal, de relatoria da Min. Ellen Gracie, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 14/08/2003. A escolha recaiu sobre esse julgado, de forma específica, porque além da abrangência da questão tratada no recurso e do amplo debate ensejado perante a Suprema Corte, quando do julgamento da questão, a situação gerou grande repercussão, em razão do conflito social envolvendo o MST e os produtores rurais da região suas decorrências.⁵⁵¹

Nesse caso, foi impetrado Mandado de Segurança pelos proprietários, objetivando a suspensão dos efeitos do Decreto de 19/05/2003, em que foi declarado de interesse social, para fins de reforma agrária, imóvel rural de sua propriedade. Os impetrantes alegam que o ato resultou de procedimento viciado pela ausência de notificação prévia para realização da vistoria e levantamento de dados que visaram à aferição de sua produtividade e atendimento da função social da propriedade.

Em linhas gerais, em relação aos fatos, alegou o impetrante que sua propriedade, além de produtiva, utiliza-se de avançada técnica e tecnologia. Afirma que recebeu notificação do INCRA, e que no dia e hora agendados, um funcionário seu teria aguardado a equipe do INCRA para conduzi-lo ao imóvel a ser vistoriado, onde já se encontrava o impetrante e a equipe de agrônomos que lhe dá apoio técnico. Os vistorios, entretanto, na ocasião, foram impedidos de ter acesso à propriedade, em razão de barreiras de protesto formadas por produtores rurais da região. Aduz não ter qualquer relação ou participação no movimento.

Afirma que, em data posterior, sem qualquer notificação do INCRA, foi realizada nova vistoria, quando nem o proprietário, nem qualquer de seus auxiliares técnicos ou mesmo qualquer empregado habilitado a prestar esclarecimentos lá se encontrasse. Refere que dessa forma de proceder resultou a imprecisão do trabalho realizado e das conclusões do INCRA no sentido de declarar a improdutividade da propriedade. Afirma que uma avaliação adequada levaria mais tempo que um dia e que, por exemplo, o órgão incluiu na análise terras pertencentes a terceiros e desconsiderou significativa produção de soja e de arroz.

⁵⁵¹ Nesse sentido, *vide* Apelação Cível n. 70067526939 do TJRS.

O processo administrativo prosseguiu até a expedição do decreto expropriatório combatido.

No que diz com as alegações do impetrante referentes à produtividade, a Relatora reafirmou o entendimento da Corte⁵⁵², no sentido de que a produtividade, ou não, do imóvel rural fica mais bem apreciada nas instâncias ordinárias, onde facultada ampla dilação probatória. Ressaltou ainda que as questões relativas ao adequado aproveitamento do solo, inclusive a fixação de índices de rendimento de produtos agrícolas e de lotação de unidades pecuárias, competem ao órgão do Poder Executivo. E o Tribunal já afastou a alegação de inconstitucionalidade das disposições da Lei n.º. 8.629/93 que, no art. 6º e seus parágrafos, fixou o grau de utilização da propriedade rural, em razão da área aproveitável, entendendo que referidos índices, cuja elaboração está sujeita às características variáveis no tempo e no espaço e vinculados a censitários periódicos, são por sua natureza, tarefa do Poder Executivo⁵⁵³.

A Relatora delimitou a lide, portanto, na exigência legal de notificação prévia, para efeito de vistoria em imóvel rural, com vistas à desapropriação sanção, por descumprimento da função social da propriedade. Informou o entendimento firme da Corte no sentido de que a notificação deve ser efetivamente prévia, não se considerando como tal aquele que se proceda no mesmo dia da realização do ato de verificação⁵⁵⁴, ou a que se faça em pessoa não credenciada pelo proprietário para o respectivo recebimento⁵⁵⁵. Quando infrutífera a notificação pessoal ou a preposto credenciado, ela se faz por edital, na forma da lei⁵⁵⁶.

Considerando os motivos pelos quais o INCRA entendeu que uma decisão judicial lhe garantiria a desnecessidade de nova notificação, pois que teria reconhecido o abuso do direito de defesa dos impetrantes e estaria coberta pela coisa julgada. A relatora analisou os julgados do TRF/4 relacionados com a questão, concluiu que, ao proceder aos trabalhos de levantamento sem nova notificação e, sem a presença de qualquer pessoa que representasse o proprietário e estivesse apta a prestar esclarecimentos de valia para a definição da efetiva produtividade do imóvel, o INCRA agiu por conta e risco, o que acarreta a nulidade do procedimento administrativo que se seguiu e, afinal, a nulidade do próprio decreto expropriatório.

Reafirmou o entendimento da Corte, no sentido de que a notificação para realização da vistoria prevista no art. 2º, par. 2º, da Lei n.º. 8.629/93 não pode ser compreendida como mera praxe obsequiosa, uma vez que ela dá início ao devido processo legal administrativo sem o

⁵⁵² Nesse sentido citou: MS 22.278-6/RS; MS 20.618/DF, MS 24.026/DF e MS 23.754/AL.

⁵⁵³ Citou o MS 22.302/PR e o MS 22.478/PR.

⁵⁵⁴ Citou: MS 23.562/TO, MS 22.700/MS, MS 23.855/MS, MS 22.965/SP.

⁵⁵⁵ Citou: MS 23.947/DF, MS 22.700/MS, MS 22.164/SP.

⁵⁵⁶ Citou o MS 23.260/AL.

qual ninguém será privado de seus bens (CF/88, art. 5º, LVI e LV). Ressaltou que “a notificação tem por objetivo um levantamento de dados que seja sério e confiável”, por isso é importante que os técnicos contem com a participação de quem lhe possa elucidar as eventuais dúvidas. Ademais, a possibilidade da notificação se fazer por edital (prevista na Medida Provisória nº. 2.183/01, que introduziu o par. 3º ao art. 2º da Lei nº. 8.629/93), visa justamente impedir que o trabalho seja inviabilizado ou retardado nos casos em que o proprietário, preposto ou representante se furtarem a receber o ato de cientificação. Tudo para que não se deixe de atender ao devido processo legal e fique o proprietário cientificado da ocasião em que será realizada a vistoria, para a qual é convocado.

Ressaltou ainda que o fator surpresa que informa o par. 5º, do art. 2º, da Lei nº. 8.629/93, introduzido pela Medida Provisória nº. 2.183/01, não tem aplicação à vistoria para averiguação da produtividade, com vistas à declaração de utilidade pública, mas visa viabilizar inspeções que objetivem detectar infrações à legislação trabalhista, ambiental ou mesmo penal como, por exemplo, possibilitar que fossem localizadas plantações clandestinas de *canabis sativa* localizadas no interior de grandes propriedades ou ainda a manutenção de trabalhadores em regime de escravidão ou semi-escravidão. Tais verificações, por óbvio, ficariam inviabilizadas se alguma comunicação prévia fosse feita.

Concluiu que a notificação recebida sem resistência em 14/11/01 não autoriza a realização de vistoria tardia, em 14/12/01. Referiu ainda, a partir da contraposição entre os cadastros dos imóveis e o decreto expropriatório, a absoluta incompatibilidade entre a área cobre a qual deveria desenvolver-se a atuação de levantamento de dados e aquela que resultou declarada improdutiva e, portanto, apta à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária. Observou que o decreto incluiu cerca de 5 mil hectares que nunca foram objeto de notificação. Assim, além de todas as razões referidas, este dado já bastaria para tornar írrito o ato presidencial.

Nesses termos, a relatora deferiu a segurança para invalidar o decreto presidencial questionado nos autos e o procedimento administrativo que lhe deu origem, desde a realização da vistoria inclusive.

Por ocasião do julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa, em síntese, entendeu haver questões fáticas a serem analisadas, que não cabem em mandado de segurança. Denegou a segurança, entendendo não haver direito líquido e certo a ser garantido.

Seguiu-se ampla discussão no plenário. O Ministro Carlos Britto, apresentando suas razões para tanto, acompanhou o voto do Ministro Joaquim Barbosa, no sentido de denegar a segurança. O Ministro Cezar Peluso, acompanhou o voto da Ministra Relatora, também

apresentando suas razões. O Ministro Gilmar Mendes votou nesse mesmo sentido, bem como o Ministro Nelson Jobim, o Ministro Carlos Velloso, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Sepúlveda Pertence.

Assim, foi deferido o mandado de segurança, por maioria, para declarar nulo o decreto o decreto expropriatório, que declarou o interesse social, para fins de reforma agrária da propriedade rural em questão.

Passa-se agora a análise mais detalhada da Apelação Cível nº. 70007881766, de relatoria do Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande Sul. Nesse caso, a escolha se deu em razão da ponderação realizada na análise do caso concreto entre a verificação do atendimento da função social da propriedade e a liberdade do proprietário.

A questão tratada na decisão refere-se à verificação das circunstâncias fáticas a caracterizarem a ocorrência de desapropriação indireta e ensejarem o dever de indenização por parte da Administração Pública, por estar o imóvel pertencente aos autores incluído no Plano Diretor do Município e ter sofrido restrição no seu direito de construir.

Os autores alegaram que são proprietários de terreno urbano que foi incluído no Plano Diretor do Município, e que, através de Certidão expedida pela Diretoria de Estudos e Projetos da Prefeitura, constaram que o imóvel seria atingido pelo prolongamento de uma rua, restando apenas duas faixas laterais insuficientes para o parcelamento do solo. Afirmaram também que houve restrição expressa do Poder Público no que se refere a qualquer edificação. Requereram a devolução dos valores pagos a título de IPTU e o pagamento de indenização do valor estabelecido em perícia, além do reconhecimento da desapropriação.

Segundo o Relator, tais fatos foram demonstrados pelos documentos acostados aos autos. A perícia técnica de engenharia realizada no processo concluiu que restou praticamente inviabilizado o aproveitamento individual dos terrenos para construções, face aos afastamentos e recuos necessários para o prolongamento da via pública. Foi realizada uma avaliação final do bem imóvel.

A sentença de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pedido da ação para condenar o Município a indenizar os autores no valor da avaliação acima referida, reconhecendo a desapropriação indireta do imóvel objeto do pedido, passando o mesmo ao domínio do Município e rejeitando o pedido de restituição do IPTU. O Município interpôs recurso de apelação contra essa decisão, sustentando a não-ocorrência de qualquer ato concreto que viesse a afetar o direito de propriedade dos apelados/autores, além de afirmar

que as restrições impostas decorrem da função social da propriedade e não mereciam ser, em sua essência, alteradas no mérito.

O Relator afirmou que não é permitido à Administração Pública Municipal restringir o direito de propriedade do autor sem o pagamento de devida e justa indenização, prevista no art. 182, § 4º, inciso III da CF/88.

Refere que é certo que o direito de edificar traz em si certa relatividade, em razão do seu condicionamento à função social. Destaca que esse princípio não significa apenas uma limitação a mais ao direito de propriedade, como ocorre, por exemplo, com as restrições administrativas, que atuam por força externa àquele direito, em decorrência do poder de polícia da Administração. O princípio da função social introduz um outro interesse, o social, o bem comum, que, por vezes, pode conflitar com os interesses do proprietário.

Salienta que o imóvel passou a ser parte de um todo, a cidade e que seria contrário ao princípio da função social da propriedade a conservação de terrenos não edificados nos centros urbanos com fins de especulação. Considera que, se é lícito impor aos seus proprietários o ônus de sua edificação em prazo determinado, sob pena de serem desapropriados para o cumprimento da função social indicada, em tese, também é lícito limitar o direito de edificação, sendo necessária a preservação do terreno vazio, dependendo do caso concreto, em prol desse todo, que é a cidade. Assevera que também é lícita a determinação de inedificabilidade absoluta ou relativa de certos terrenos, que, em princípio seriam edificáveis, uma vez que o direito de propriedade não pode sobrepor-se ao preceito constitucional da sua função social.

Sustenta o relator que, todavia, a concretização do princípio da função social da propriedade, no caso concreto, deve ser ponderado com critério de proporcionalidade, em face do seu conflito com a liberdade de o seu proprietário nele construir. Afirma que se utilizando do princípio da proporcionalidade, no caso concreto, diante da ponderação entre a verificação do atendimento da função social do imóvel e a liberdade de construir relativiza-se a ideia estante de que é lícito à Administração Pública limitar o direito de propriedade privada de modo a impedir que essa se sobreponha ao preceito constitucional da função social da propriedade.

Refere que a limitação do Poder Público não pode esgotar totalmente a própria substância do direito de propriedade, o que fere o princípio da liberdade de construir. Afirma que o Poder Público pode limitar, mas não exaurir os direitos sobre a propriedade privada, pois uma vez o fazendo, estará incorrendo na chamada desapropriação indireta.

Refere que a desapropriação por interesse social só pode ser utilizada para as finalidades especificamente previstas pelo texto constitucional, parecendo incoerente que, no

caso, o planejamento da via pública, que objetiva melhoras para toda a coletividade, prejudique totalmente o direito de propriedade do autor. Afirma assim que não pode se tratar de desapropriação-sanção, mas sim de desapropriação indireta.

Entende que, havendo efetiva perda material da substância da propriedade, a modalidade de desapropriação a ser utilizada, na hipótese, é a indireta, garantindo-se prévia e justa indenização em dinheiro, o que assegura a propriedade privada como princípio da ordem econômica e a resguarda do abuso do Poder Público.

Destaca que, no caso concreto, o direito de indenização não decorre da simples inclusão no plano diretor, mas da limitação efetiva ao direito de propriedade, por parte da Administração Pública, que restou comprovado pelo documento que inviabiliza a liberação e aprovação de projeto de construção no lote. Conclui assim que tal restrição administrativa vem a ferir o princípio da liberdade de construir, mesmo que tenha como objetivo maior o interesse da coletividade, e torna inútil a substância do direito de propriedade, o que gera para o Poder Público o dever de indenizar, estando-se, materialmente, perante caso de desapropriação.

O recurso foi julgado parcialmente procedente, apenas para reduzir os honorários advocatícios, mantida a sentença no que concerne ao mérito da questão. A decisão foi unânime, tendo participado do julgamento a Des. Matilde Chabar Maia e o Des. Luiz Ari Azambuja Ramos.

Ressalte-se assim que, em razão da vinculação da função social a questão da reforma agrária, está evidenciada a intenção do Constituinte de, a partir desse mecanismo, buscar a efetivação de uma igualdade fática, em busca de uma justiça social.^{557 558} No entanto, a partir de uma desigualdade jurídica, nem sempre justificada a contento. A falta de apresentação de critérios claros e específicos auferíveis por qualquer proprietário, no que diz com a aferição de produtividade, bem como o fato de, muitas vezes, a classificação dos imóveis como improdutivos ser decorrente de invasões prévias de movimentos sociais específicos apresentarem-se como um obstáculo nesse sentido.⁵⁵⁹ A forma como tem sido conduzida a questão da desapropriação por função social no país, sem a observância do procedimento legal, no auferimento das condições de produtividade pelo INCRA, como no exemplo do julgado supra

⁵⁵⁷ Vide Ponto 3.1.2., Capítulo 3, Segunda Parte deste Trabalho.

⁵⁵⁸ Restrição por igualdade fática pressupõe razões suficientes para tanto e uma justificação específica. Uma assistência social estatal ampla que queira converter a coletividade em um Estado-beneficência ou Estado-provisão e abole a liberdade auto-responsável, não mais corresponde ao estado social. Há uma carga argumentativa a favor da igualdade jurídica, se não há prova da eficácia social que justifique a desigualdade jurídica entre os proprietários, pode ser que passe a não ser mais justificada. Cf. ponto 2.1.4, Capítulo 2 e ponto 3.1.2, Capítulo 3, ambos da Segunda Parte, bem como ponto 2.2.1, Capítulo 2 da Terceira Parte.

⁵⁵⁹ Vide nota 134.

citado, inclusive, acaba levando a confrontos específicos com graves repercussões, e torna mais demorado o procedimento de reforma agrária.⁵⁶⁰ O que acaba se desviando da intenção do constituinte, na medida em que se refere mais a uma ação paliativa do que uma ação efetiva e concreta, relacionada com a aplicação dos dispositivos Constitucionais.

E, no que diz com a desapropriação por função social, no segundo caso analisado, se observa que foi substituída a desapropriação por função social pela desapropriação indireta, justamente porque se entendeu que o prejuízo evidenciado pela obrigação social, no caso concreto, era desproporcional, uma vez que o equilíbrio entre a esfera pessoal e a esfera social foi quebrado de forma injustificada ou excessiva. O julgador entendeu que as razões que penderam para a função social foram consideradas desproporcionais, na medida em que não poderiam ser exigidas do proprietário sem desvirtuar as competências inerentes à propriedade do imóvel e que garantiriam a esfera pessoal da propriedade – e sua esfera mínima de liberdade negativa, ou de alternativas de ação -, no caso. Assim, considerando que no caso o prejuízo foi tão grande na medida em que o bem passou a ser em grande parcela público – não se tratando mais do exercício do Estado de ponderar bens ou interesses opostos -, não se justificaria a indenização a partir da obrigação decorrente da função social, mas sim da desapropriação clássica, em que é retirado o bem do proprietário e este é compensado financeiramente por isso, em face ao interesse coletivo prevalente. Observa-se nesse caso, novamente, a observação e perseguição do equilíbrio de posições *a priori* garantido, em relação ao direito de propriedade e a função social da propriedade.

⁵⁶⁰ *Vide* matrículas dos imóveis, que comprovam que, no caso analisado pelo STF no MS 24547/DF, apesar de, num primeiro momento, não atendidos os requisitos formais necessários à efetivação da desapropriação por função social [decisão analisada na parte final do trabalho], e considerada a repercussão gerada pelo conflito social específico que resultou na morte de um integrante do grupo MST [vide apelação cível n.º. 70067526939 julgada pelo TJRS], o imóvel acabou sendo desapropriado por função social algum tempo depois. *Vide* também: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2008/11/incra-compra-quase-metade-da-fazenda-southall-em-sao-gabriel-2285435.html>> Acesso em: 20 jan. 17.

CONCLUSÃO

A partir das análises realizadas no presente trabalho, foi possível chegar a diversas conclusões a respeito da função social da propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, alcançadas através de resultados parciais expostos ao longo da exposição. A partir da conexão de tais argumentos alcancei conclusões gerais, que passo a expor em linhas gerais.

A partir da análise do contexto histórico em que foi inserida a função social da propriedade, nos textos constitucionais alemão e brasileiro, constatou-se que essa inserção se deu no contexto histórico do Estado Social. Assim, a primeira questão que se impôs em relação ao tema foi examinar a forma com que isso ocorreu e quais suas consequências.

Os pressupostos dogmáticos apresentados como necessários à compreensão da passagem do Estado Liberal ao Estado Social permitiram a constatação de que a objeção substancial das teorias objetivas de direitos – no presente trabalho apresentadas a partir das doutrinas de Leon Duguit e de Hans Kelsen - é que o direito geral de liberdade decorreria de uma concepção equivocada do indivíduo e de sua relação com o Estado e com a comunidade. O direito geral de liberdade corresponderia a uma visão do ser humano de forma isolada e não como membro vinculado a uma comunidade, que seria a atual concepção constitucional. Segundo tal objeção, o Estado de Direito não interferiria em liberdades individuais mas, ao contrário, criaria e garantiria tais liberdades, que como consequência, já nasceriam limitadas.

A Teoria de Duguit, assim como a Teoria de Kelsen, buscavam negar o Direito Natural, que pressupôs direitos fundamentais naturais ao indivíduo e prévios à criação do Estado. Eles buscavam superar o dualismo inerente ao Estado Liberal, a partir de uma ideia de unidade entre o indivíduo e o Estado. A teoria de Duguit justificou essa ideia, a partir de um sentimento de “solidariedade” pressuposto como essencial à vida em sociedade. Simplesmente negando a existência de um direito subjetivo prévio ao direito objetivo, buscou decorrer desse sentimento de solidariedade o direito objetivo. Reconheceu-se que tal doutrina até hoje é considerada por grande parte da doutrina, no estudo da função social da propriedade.

Kelsen, em sentido diverso, objetivando se afastar da doutrina do direito natural e também separar o direito de tudo o que não fosse direito – como religião, política, sociologia, etc. – entendeu o direito subjetivo como consequência do direito objetivo, ou seja, como consequência do consenso pressuposto ao direito objetivo. E, nessa medida, considerou o Estado e o Direito inseparáveis e a vontade da lei como a única causa eficiente de obrigação. Uma constatação relevante foi a de que Kelsen, no entanto, ao contrário de Duguit, não negou a existência do direito subjetivo, uma vez que já reconhecia a existência de uma esfera

inatingível de liberdade frente ao Estado (ou ao Direito), apenas entendendo essa esfera como livre de vinculação jurídica. Em outras palavras, para Kelsen, essa liberdade mínima não seria um direito inato ao homem, mas apenas a consequência da limitação técnica do próprio ordenamento jurídico de determinar a conduta humana externa e interna dos indivíduos, na sua totalidade.

Posteriormente, a partir da análise da doutrina de Robert Alexy, reconheceu-se que a regulação objetiva do direito não exclui a possibilidade de que o direito positivo de determinada comunidade abarque princípios morais, como defendido por Kelsen. A regulação objetiva do direito pede apenas que o abarcamento de conteúdos morais do direito seja tratado como questão meramente de fato.

Ao se reconhecer, portanto, que o direito não exclui a moral, para entender o fundamento, a estrutura e o conceito da função social da propriedade, como garantidora de direitos a ações positivas do Estado, foi necessário ter presente o fundamento filosófico-político e ideológico adotado. Nesse sentido, tem-se que todos os direitos fundamentais - tanto os de defesa de tradição liberal como os que visam garantir o Estado Social, estes consubstanciados tanto nos direitos democráticos, de igualdade, quanto nos direitos de organização e procedimento -, representam a institucionalização dos direitos humanos no plano constitucional. Os direitos humanos, por sua vez, são antes de tudo conceitos morais. E, nesse sentido, a teoria do discurso desenvolvida por Robert Alexy abrange a teoria moral kantiana.

Os direitos fundamentais, compreendidos dessa forma, não são baseados em qualquer moral, mas na moral correta. Os direitos do homem, sob um pressuposto de correção, uma vez que regulam conflitos de interesses fundamentais, podem ser fundamentados. E a teoria do discurso mostra-se como a teoria de base do estado constitucional democrático, apoiado em discussão. A teoria do discurso não substitui o fundamento por mera produção de consensos, exigida pelo direito positivo, mas ela inclui as regras do argumentar racional, relacionadas com argumentos. Defendendo a concepção kantiana da racionalidade prática em uma variante teórico-discursiva, a teoria do discurso entende que uma norma é correta, quando puder ser o resultado de um determinado procedimento de argumentação racional.

A partir do presente estudo, portanto, se reconheceu que a fundamentação dos direitos subjetivos parte sempre de uma posição do indivíduo. É o direito subjetivo que deve se fundamentar na posição ou posições do indivíduo que devem ser protegidas, para que este possa atuar dentro da comunidade e frente à comunidade. E, nessa medida, concluiu-se que a inclusão da obrigação da função social, como garantidora de direitos sociais, econômicos e

culturais, não deriva de uma concepção socialista – representada no presente trabalho pela teoria de Leon Duguit, que nega a esfera de liberdade negativa garantida pelo Estado Liberal e necessária ao desenvolvimento da personalidade humana -, mas do princípio do Estado Social de Direito. E, enquanto o socialismo nega por completo as liberdades, o Estado Social não nega as liberdades jurídicas garantidas pelo Estado Liberal, apenas visa assegurar as condições necessárias para o exercício fático dessas liberdades, indispensáveis à garantia da dignidade humana.

Evidencia-se, assim, que o problema da concepção socialista foi fundamentar os direitos sociais num ideal coletivo de uma sociedade mais igualitária, baseada num princípio de solidariedade, e não na proteção de direitos subjetivos dos indivíduos. Direitos subjetivos protegem posições subjetivas individuais e as consequências coletivas que derivam deles não podem ser entendidas como fundamento mesmo dos direitos.

Nessa medida, reconheceu-se que voltar a se falar em fins maiores do Estado – que podem ser facilmente imbuídos na ideia de bem comum, ou de solidariedade – à custa das liberdades individuais (liberdade no sentido negativo) - é um retrocesso. O Estado Social aparece sim como uma evolução ao Estado Liberal, mas ele necessariamente o pressupõe. O Estado, como o produto histórico necessário ao desenvolvimento constante da natureza humana da comunidade em que se insere, tem como fim último cooperar para a evolução progressiva dos seus membros, buscando, assim, criar meios para garantir e conservar essa liberdade individual própria dos indivíduos. Continuam, entretanto, existindo esferas intocadas ao Estado e garantidas pelo Direito em face dele, que passam a coexistir com esferas de liberdade positiva, representadas, no caso em análise, respectivamente, pelo direito de propriedade e pelas obrigações decorrentes da função social. A tarefa do Estado, passa ser, portanto, equilibrar esferas de liberdades colidentes e pretensões de liberdade individuais, a fim de garantir não mais apenas a liberdade e a igualdade jurídicas, mas garantir também a liberdade e a igualdade fáticas dos indivíduos.

Compreendeu-se, portanto, que parte-se, por um lado, de uma ideia de liberdade (no sentido negativo) *a priori* garantida – direito de propriedade privada -, que deve ser compatibilizada com as outras liberdades e com os outros valores que venham a ser entendidos como relevantes pela sociedade, através do direito objetivo – legislação relacionada com a ideia de função social da propriedade, que também deve ser entendida, *a priori*, como uma restrição no sentido amplo. Reconhece-se, portanto, o direito subjetivo à propriedade privada e os direitos sociais econômicos e culturais decorrentes da obrigação da função social como anteriores à garantia objetiva desses mesmos direitos. E, considerando que através do reconhecimento de

competências, a margem de ação do indivíduo e conseqüentemente sua liberdade jurídica é expandida, o não-reconhecimento ou a eliminação de uma competência é um obstáculo eficaz à liberdade negativa e, nessa medida, deve ser justificado, apenas no que se relaciona ao atingimento da liberdade fática negativa de outros. Dessa forma, afastou-se também a ideia de que o direito de propriedade, bem como os direitos prestacionais em sentido amplo, decorrentes da função social, seriam meras garantias institucionais.

Assim, tem-se que os direitos fundamentais, por um lado, são direitos subjetivos, direitos do particular e, precisamente, não só os direitos do homem no sentido restrito, mas também onde eles simultaneamente garantem um instituto jurídico ou a liberdade de um âmbito de vida, como é o caso do direito de propriedade privada e da função social da propriedade. Por outro lado, os direitos fundamentais são elementos fundamentais da ordem objetiva da coletividade, uma vez que incorporadas no catálogo de direitos fundamentais da Constituição.

Concluiu-se que a função social, também elencada no catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, XXIII da CF/88) não pertence, diretamente, à ideia de direito fundamental, mas visa garantir direitos econômicos, sociais e culturais. O direito de propriedade, portanto, inclui competências relacionadas com direitos e competências relacionadas com deveres, estes últimos decorrentes da obrigação social. Ela deve ficar na conexão objetiva da garantia da propriedade (art. 5º, XXII da CF/88), e contém uma autorização para determinadas intervenções na propriedade, baseadas no que a própria CF/88 estabeleceu como função social da propriedade (art. 182 e 186 da CF/88), que ultrapassam as intervenções tradicionalmente admitidas e relacionadas com a ideia de desapropriação por utilidade ou necessidade pública, na medida em que objetivam ainda garantir direitos subjetivos às prestações (direitos a prestações em sentido amplo).

A partir da contraposição entre o direito constitucional brasileiro e o alemão, verificou-se que o art. 5º, incisos XXII e XXIII da Constituição Federal de 1988, na mesma linha que o art. 14, 1 e 2 da Lei Fundamental Alemã, estabelece o direito de propriedade e determina o cumprimento da função social da propriedade. Ainda, a propriedade privada e a função social da propriedade aparecem também no título referente à ordem econômica do texto constitucional brasileiro. Nesse contexto, a propriedade privada e a função social são elencadas como princípios gerais da atividade econômica fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, que visam assegurar a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, e incisos II e III da CF/88). Fossem apenas essas regulações constitucionais sobre o assunto, tratar-se-ia, em ambos os ordenamentos jurídicos, de uma

regulação normativa a partir de tipos legais amplos, ou seja, que apenas apresentam razões *a priori* a favor de cada um dos enunciados normativos opostos.

A CF/88, entretanto, no que diz com a propriedade e com a função social, deve ser remetida também ao art. 182 e art. 186 do próprio texto constitucional, onde são elencados os requisitos necessários ao atendimento da função social da propriedade, tanto no que se refere à política urbana, quanto no que se refere à política agrária. Constatou-se que é a primeira vez que uma Constituição Federal Brasileira tem capítulos específicos tratando da propriedade urbana e rural e do cumprimento da função social dessas propriedades. O cumprimento da função social, no caso do imóvel urbano, foi relacionado com a política de desenvolvimento urbano, cuja execução foi delegada ao Poder Público Municipal e relacionada com a garantia do bem-estar dos habitantes da cidade. Ainda, o §2º do art. 182 dispõe expressamente que a propriedade urbana cumpre sua função social “quando atende as exigências de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor”, prevê no §4º a possibilidade para o Poder Público municipal de, através de lei específica, nos termos da lei federal – Estatuto da Cidade –, exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento sob pena de: parcelamento ou edificação compulsórios; imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo; desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal. Em relação à propriedade rural, o art. 186 da Constituição Federal estabelece os requisitos para atendimento da função social, delegando à lei explicitar a forma de seu cumprimento, quais sejam: aproveitamento racional e adequado; utilização dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Evidenciou-se, portanto, que os enunciados normativos constantes no texto constitucional não se apresentam na forma de princípios, entendidos como razões *a priori*, que permitem a ponderação, mas, ao contrário, apresentam-se já restringidos, na forma de regras, entendidas como razões definitivas. Tais regras, ao contrário do que ocorre no ordenamento jurídico alemão, não são passíveis de ponderação, mas sim de subsunção, uma vez que a ponderação já foi realizada pelo próprio constituinte brasileiro, quando da normatização dos enunciados.

Entretanto, ao se adotar a teoria externa das restrições desenvolvida por Robert Alexy, reconhece-se a importância não apenas do resultado de uma decisão, que resulta em uma regra jurídica, como ocorre no caso brasileiro, mas também da sua construção e fundamentação. Tal

construção coloca os argumentos às claras, ao contrário do que ocorre quando se diz de antemão que a conduta é de alguma forma excluída da proteção constitucional, por não fazer parte do âmbito de proteção do direito fundamental. Importa esclarecer que, na teoria ampla do tipo legal, não há necessariamente uma expansão da proteção definitiva de direito fundamental – que no caso brasileiro, já está definida e, nessa medida, restringida pelas regras constitucionais (art. 182 e 186 da CF/88) -, mas sim uma expansão da proteção *prima facie* exigida pelos direitos fundamentais.

A partir disso, tem-se que a solução dos conflitos entre direitos e interesses juridicamente protegidos, que resulta em regras, abstratas ou concretas, deve ser apresentada como o resultado de uma ponderação entre uma razão para a proteção constitucional (no âmbito do enunciado normativo) e uma razão contrária a essa proteção (no âmbito das restrições, efetuadas a partir das regras). A partir da adoção dessa teoria, desenvolvida por Robert Alexy, puderam ser apresentadas, de forma abstrata, as formas de interpretação dos enunciados de propriedade privada e função social, a serem entendidos a partir de um equilíbrio *a priori* de posições não restringidas, que exigem uma efetividade na maior medida possível (entendidas como princípios). Chega-se assim a uma Lei de Ponderação, em que a medida permitida de não satisfação de um princípio depende do grau de importância à satisfação de outro.

A ponderação, portanto, que liga o tipo amplo dos enunciados normativos da propriedade e da função social – em que considerado como razões *a priori* - ao tipo restrito – em que considerados como as razões definitivas – já foi realizada pelo constituinte brasileiro, ao contrário do que ocorreu na Alemanha, em que a ponderação foi delegada ao legislador infraconstitucional e mesmo ao aplicador do direito, na análise do caso concreto. O tipo legal, portanto, desses enunciados normativos, no direito constitucional brasileiro, apresenta-se já restringido no seu âmbito de aplicação, pelas regras constitucionais (art. 182 e 186 da CF/88), que já apresentam razões definitivas para sua aplicação, devendo ser cumpridas por subsunção e não ponderação, como ocorre no caso alemão.

O que se observou, portanto, é que o conteúdo material do direito de propriedade é adquirido apenas a partir da observação da situação política e concreta, consistindo numa tomada de posição fundamental do ordenamento jurídico sobre a vida econômica e social do país. Ao mesmo tempo, o catálogo de direitos fundamentais, não deixa esquecer que a garantia da propriedade é um direito de liberdade individual que, nessa medida, também protege a iniciativa privada. A tarefa, portanto, é reunir a proteção da liberdade, a que tem direito o

indivíduo face ao Estado, à liberdade fundamental de concepção política econômica e social, garantida ao Estado, no caso, considerada a partir da obrigação decorrente da função social.

Constatou-se, no caso brasileiro, que os enunciados normativos do direito de propriedade e da função social apresentam-se restringidos no texto constitucional, sendo que o conteúdo do direito de propriedade que tem que cumprir a função social inclui apenas o imóvel rural e o imóvel urbano e a função social está relacionada, precipuamente, à reforma agrária. Trata-se de razões definitivas definidas pelo constituinte, portanto, não passíveis de ponderação nem de extensão de conceitos quando da sua aplicação, a partir de um direito geral de igualdade. Em sentido oposto, a Lei Fundamental alemã, ao não restringir os tipos legais no texto constitucional, acabou permitindo uma evolução e ampliação dos conceitos de propriedade e da obrigação social, inclusive a partir de considerações relacionadas a um direito geral de igualdade, uma vez que apenas as reconheceu no texto constitucional como razões *a priori*. E, nessa medida, permitiu a realização de ponderações, quando da fixação das regras obtidas a partir solução de conflitos concretos, que foram sendo apresentados ao aplicador do direito.

A partir da análise do contexto brasileiro, no entanto, foi possível se chegar também a outras conclusões, através do exame da legislação, bem como dos anais da CF/88, como passa-se a expor. Por um lado, a questão da reforma agrária está relacionada a uma questão histórica e política brasileira, visando à solução de conflitos sociais e também ao estímulo a atividade econômica do país, uma vez que ligada à questão da produtividade. E, nesse sentido, os enunciados normativos, ainda que apresentados a partir de tipos legais restritos, atendem aos pressupostos necessários à interpretação da função social, relacionada com o Estado Social, uma vez que estabelecem um equilíbrio *a priori* da esfera pessoal (garantida pelo direito de propriedade) e da esfera social (garantida pela obrigação decorrente da função social) da propriedade, bem como uma proporcionalidade entre o prejuízo de uma em face da promoção de outra.

Por outro lado, observou-se que a inclusão da possibilidade de desapropriação por interesse social do imóvel urbano se deu a partir de um “critério independente” de igualdade – em relação às posições de propriedade privada afetadas –, na medida em que o constituinte procurou manter um equilíbrio entre os dois tipos de propriedade afetados – imóveis rurais e urbanos –, inclusive, quando do estabelecimento dos requisitos para cumprimento da função social. Concluiu-se que foi considerado, ainda que indiretamente pelo constituinte, que pretensões de igualdade poderiam também ser representadas na forma de um princípio de igualdade de posições de propriedade. E, como um princípio, uma pretensão de igualdade tem

que ir além de um requerimento de igualdade formal, resultante de uma reivindicação geral e para todos da aplicação correta do modelo de ponderação. A situação legal, bem com a situação de todos os proprietários teria que ser a mesma, na maior medida possível. Diferenças legais ou atuais devem ser evitadas na maior medida possível e cada diferença deveria ser justificada de acordo com o princípio da proporcionalidade.

Assim, ficou evidenciado que a extensão da obrigação decorrente da função social ao imóvel urbano se deu também pelo contexto social e histórico da época, em que se entendeu que a propriedade urbana passou a ocupar um lugar que antes era restrito à propriedade rural. Considerando os critérios utilizados pelo constituinte quando da extensão da obrigação social à propriedade urbana e a ideia cada vez mais clara no ordenamento jurídico de compensação proporcional ao prejuízo, concluiu-se que há uma possibilidade de, no futuro, caso seja a opção política do Estado – e, claro, desde que deixe de ser restrito o tipo constitucional –, se chegar, no mesmo sentido do direito alemão, a partir de uma exigência de igualdade, numa extensão do conceito de propriedade em relação ao atendimento da função social.

Reconhece-se, entretanto, que são várias as considerações relevantes que teriam que ser analisadas e ponderadas no caso de uma nova ampliação do tipo legal, além de uma decisão política e econômica do país nesse sentido. Por exemplo, isso demandaria a comprovação da falta de eficácia concreta desejada dos direitos de propriedade privada (no sentido de direito de defesa) e dos direitos sociais, econômicos e culturais, que fundamentam a restrição decorrente da função social (no sentido de direitos de prestação), na atual configuração constitucional. No presente estudo foram apresentados alguns indícios nessa direção, mas uma conclusão inequívoca nesse sentido demandaria uma análise ampla (cobrindo todo o território nacional) e empírica (uma pesquisa de dados junto ao órgão nacional seria necessária), o que não foi possível a partir apenas da análise dos dados apresentados eletronicamente pelo órgão nacional - INCRA.

Além disso, a justificar uma ampliação do tipo legal, por um lado, teria de haver a constatação de que os imóveis (rurais e urbanos) já não exercem o papel que exerciam quando de sua especificação no texto constitucional (o que também não foi possível de ser auferido inequivocamente, uma vez que, a partir da análise eletrônica de dados do IBGE, o dado pretendido não foi encontrado) e, sob um pressuposto de igualdade, talvez se pudesse fundamentar a extensão da obrigação decorrente da função social a outros tipos de propriedade, além do imóvel urbano e rural. Por outro lado, dependeria também da consideração do fato da propriedade da terra, seja ela urbana ou rural, ser finita e, por isso, talvez demandar uma especial proteção.

O principal avanço concreto a ser destacado no presente trabalho é o reconhecimento das vantagens de uma adoção da teoria externa de restrições (ou teoria ampla do tipo legal) que, apesar de reconhecer as regras restritivas referente aos direitos fundamentais relacionados à propriedade e à função social (aqui representadas pelos artigos 182 e 186 da CF/88), permitiu verificar os enunciados normativos *a priori* livres de tais restrições. E, a partir daí, possibilitou, justamente, o exame da ponderação que foi realizada pelo constituinte quando de sua restrição, a partir da análise dos argumentos (entendidos como critérios) que foram utilizados, bem como a apresentação dos argumentos que teriam que ser considerados, em vista de uma eventual extensão constitucional desses conceitos normativos, a partir da aplicação de um direito geral de igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez. Granada: Editorial Comares, Granada, 2005.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

ALEXY, Robert. *Um conceito não-positivista de direitos fundamentais*. In: *Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação: escritos de e em homenagem a Robert Alexy*. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Ed., 2015.

ALEXY, Robert. *Uma concepção teórico-discursiva da razão prática*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014,

ATRIA, Fernando. *Existen derechos sociales?* Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível versão “pdf” em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/existen-derechos-sociales-0/>> Acesso em: 03 mar. 17.

BARBOSA, Ruy. *Comentarios á Constituição Federal Brasileira*. I Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1932.

BARBOSA, Ruy. *Comentarios á Constituição Federal Brasileira*. V Vol. Colligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva & Cia, 1934.

BERLIN, Isaiah. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Pensamento Político. Tradução de Wamberto Hudson Ferreira. Editora Universidade de Brasília. Fundação Roberto Marinho.

BENDA, Ernst. *Função da garantia da propriedade na Constituição moderna*. In Cadernos de Direito constitucional e Ciência Política, n. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, dez/1992.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

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

BÖKCENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución*. In: Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução de Juan Luíz Requeijo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CAVALCANTI, Temístocles Brandão. *A ordem econômica nas Constituições*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 122, p. 339-345, mar./abr.1949.

CONSTANT, Benjamin. “*De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*”. Discours prononcé dans le Athénée Royal de Paris, 1819.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DABIN, Jean. *El derecho subjetivo*. Traducida por Francisco Javier Osset. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

D’AGUANNO, Giuseppe. *Gênesis y Evolucion del Derecho*, Trad. Pedro Dorado, Buenos Aires: Editorial Impulsos, 1943.

Diário da Assembléia Nacional Constituinte (Suplemento). Comissão da Ordem Econômica. P. 84. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/anais-da-assembleia-nacional-constituente> Acesso em: 17 jan. 17.

DUGUIT, Léon. *Las Transformaciones del derecho (público Y privado)*. Buenos Aires: Editora Heliasta S.R.L., 1975.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Troisième Édition en cinq volumes. Tome Premier La règle de droit – Le problem de L’État. Paris: E. Bocard, 1927.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º vol. Arts. 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. V. 6. Arts. 163 a 192. São Paulo: Saraiva, 1994.

FERREIRA, Waldemar, *O conteúdo econômico da Constituição Brasileira de 1946*, Revista Forense, v. 46, n. 122, p. 15-22, mar./abr., 1949, n. 122.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2011.

GENDÍN, Sabino Álvares. *Expropiación Forzosa*, Editorial Réus S.A.: Madri, 1928.

GOMES, Edaldo. *Origem do cadastro nacional de imóveis rurais – problemas concretos na certificação do Incra*. Boletim do Iib em Revista. São Paulo, Instituto de registro imobiliário do Brasil, n. 317, P. 36-42, jul/ago 2004.

HECK, Luís Afonso. *Apresentação*. In *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. CACHAPUZ, Maria Cláudia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*/Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

HECK, Luis Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil*. Revista do Direito do consumidor, n. 29.

HECK, Luís Afonso. *O neoconstitucionalismo em Hans Kelsen*. In *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org. Trad. Rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20 ed. Alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOHFELD. W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Traducción: Genaro R. Carrió. 1a. ed. 1991. México: Distribuciones Fontamara S.A., 2009.

< <http://www.incra.gov.br/reforma-agraria/questao-agraria/reforma-agraria>> Acesso em: 20 jan. 17.

<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticia/2008/11/incra-compra-quase-metade-da-fazenda-southall-em-sao-gabriel-2285435.html>> Acesso em: 20 jan. 17.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Traducción y prólogo de la segunda edición Alemana por Fernando De Los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943.

KELSEN, Hans. *A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)*. Revista de Direito Público. V. 1., n. 1 (jul./set. 2003) – Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2003.

KELSEN, Hans. *O fundamento da doutrina do direito natural*. Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KELSEN, Hans. *O que é a doutrina do direito pura?* Tradução: Luís Afonso Heck in *Direito positivo e direito discursivo: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Org., trad., rev. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2017.

KELSEN, Hans. *O que é positivismo jurídico?* Tradutor: Luís Afonso Heck, in HOLLERBACH, Alexander... (et al.); HECK, Luís Afonso, org. *Direito natural, direito positivo, direito discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LEINSNER, Walter. *Das "soziale Eigentum" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In Rechtsstaat Kirche Sinnverantwortung. Festschrift für Klaus Onermayer zum 70. Geburtstag*. Herausgegeben von Richard Bartlspenger, Dirk Ehlers, Werner Hofmann, Dietrich Pirson. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung: München, 1986.

LEIVAS. Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Paulo Jorge de. *Desapropriação por interesse social*. São Paulo: Editora Fulgor Limitada, 1965.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2. Ed. Ampl. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Esplugues de Llobregat (Barcelona): Editorial Ariel, 1969.

LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2014.

MAIA, J. Motta. *Estatuto da Terra comentado*. 2 ed. atual. Rio de Janeiro: Mabri Livraria Editora Ltda. 1967.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MANGABEIRA, João. *Em torno da Constituição*. Volume II. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1934.

MANIGLIA, Elisabete. *Algumas reflexões sobre democracia, direitos humanos e questão agrária*. In: ANNONI, Danielle (org.). *Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

MARSHALL, T H. *Citizenship and Social Class and other essays*. London: Cambridge at the University Press, 1950. Disponível em: < http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/davy/wustldata/1950_Marshall_Citizenship_and_Social_Class_OCR.pdf > Acesso em: 03 mar. 17.

MAXIMILIANO, Carlos, *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*, v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. atual. por José Hely Lopes Meirelles até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 12ed. atual. por Célia Marisa Prendes e Márcio Schneider Reis. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *Crise do direito e direito da crise*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 49, n. 142, p. 14-19, jul./ago., 1952.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Waissman, Koogan, 1937.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo IV (Arts. 118 a 153 par. 1º.) 2 ed. Rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários a Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo V (Arts. 153 par. 2º. – 159). Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967. Com a Emenda n. 1, de 1969*. Tomo VI (Arts. 160-200) 2 ed. revista. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

SCALVANTI, O. *La espropriazione per publica utilità*. in *Primo Trattato completo di Dir. Amm.* de V. E. Orlando, vol. IV. Milão: Società Editrice Libreria, 1906.

PACHECO, Cláudio. *Tratado das Constituições Brasileiras*. vol. X. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

PASSOS, Cristiane Lisita. *Confisco Agrário*. In *O direito agrário na Constituição*. Lucas Abreu Barroso, Alcir Gursen de Miranda, Mário Lúcio Quintão Soares, org. e colab. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PETTER, Josué Lafayete. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. *Propriedade privada no direito romano*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. IV, 11ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

PINTO E SILVA, Maria Cristina Fortioni, KIRSHMEYER, Virginia e BELTRAME, Rúsvel. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coord. científicos Paulo Bonavides e outros. Coord. edit. Francisco Bilac Pinto Filho e outros. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

POPPER, Karl R., *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

ROSS, Alf. “Tú-tú”. Traducción de Genaro R. Carrió. Abeledo-Perrot. Originariamente em “Festskift til Henry Ussing” (Borum and Illum ed. 1951.)

ROUBIER, Paul. *Droit subjectifs et situations juridiques*. Dalloz: Paris, 1963.

SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 7. Unveränd. Aufl., Unveränd. Nachdr. d. 1928 erschienenen 1. Aufl. Berlin: Duncker u. Humblot, 1989.

SIECKMANN, Dr. Jan-R. *Modelle des Eigentumsschutzes. Eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14GG*. 1. Aufl. Baden-Baden; Nomos Verl.-Ges., 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudencia do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e introdução: Leonardo Martins. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SOUZA, Ferreira de. *Revista de direito administrativo*, 29:6, nota 5, apud CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, volume 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

WOLFGANG, Kersting. *Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant*. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. 3.ed., ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.