

**PROPRIEDADE E
FUNÇÃO SOCIAL:
UMA HIPÓTESE DE
NÃO-COLISÃO?**
*PROPERTY AND SOCIAL
FUNCTION: AN
HYPOTHESIS OF
NON-COLLISION?*

Clarissa Marques¹

Resumo

O presente artigo pretende analisar a adequação da teoria da colisão entre princípios diante da previsão do direito à propriedade privada e sua função social na Constituição brasileira. Se a colisão de direitos fundamentais ocorre em virtude do encontro destes no plano fático, os quais no plano abstrato coexistem pacificamente e, ainda, permitem ser exercidos separadamente de forma tranquila, sem gerar, portanto empecilhos, torna-se, assim, conveniente questionar até que ponto a função social opõe-se à propriedade privada ou se não estaríamos diante de uma regra constitucional densificadora.

Palavras-chave: Propriedade. Função social. Colisão.

Abstract

This article aims to analyze the adequacy of the theory of collision between principles before the prediction of right to private property and its social function in the Brazilian Constitution. If the collision of fundamental rights occurs because of the meeting of the factual background, which in the abstract coexist peacefully and, furthermore, allow to be exercised separately smoothly without generating so obstacles, it is therefore appropriate to question what extent the social function opposes private property or if we would not be faced with a dense constitutional rule.

Keywords: Property. Social Function. Collision.

INTRODUÇÃO

Enquanto para uns a previsão constitucional quanto à função social da propriedade pode parecer, claramente, uma colisão entre princípios constitucionais, para outros, representa uma hipótese de limites imanentes, ou até mesmo, uma simples relação entre princípio e regra.

Sendo assim, convém interpretar a possibilidade de colisão entre as normas acima referidas e a primeira indagação a ser feita é: considerando-se que tanto a propriedade privada como a

¹ Pesquisadora do CIHJur. Professora da Faculdade Damas da Instrução Cristã. Doutora em Direito pela UFPE

sua função social são princípios, tendo em vista a teoria da colisão, como exercer o princípio da função social sem exercer, simultaneamente, o princípio da propriedade?

Bem, se a teoria da colisão entre direitos fundamentais identifica que os princípios envolvidos no caso concreto permitem, quando separados, o pleno exercício do direito por eles consagrados, não implicando em colisão, torna-se, de fato, necessário identificar como e se a função social pode ser exercida isoladamente.

Nesse sentido, pretende-se afastar a hipótese da colisão, a partir da análise dos critérios diferenciadores das regras e princípios apresentados, demonstrando a capacidade, da interpretação, da função social da propriedade como regra constitucional densificadora, auxiliar na promoção do alcance de uma sociedade livre, justa e solidária como preceitua o artigo terceiro da Constituição Federal.

1. ENTRE REGRAS E PRINCÍPIOS

A distinção entre regras e princípios há muito vem sendo discutida pela doutrina, entretanto, para o presente artigo serão utilizados os critérios apontados por Robert Alexy, cujo primeiro alerta diz respeito ao fato que ambos os tipos referidos são normas, pois implicam em um dever-ser. Consequentemente, a análise passa a ser sobre tipos de normas², não havendo, portanto, contraposição entre regras e princípios em razão de constituírem espécies de um gênero³. Todavia, para efetuar a diferenciação é preciso analisar alguns critérios.

O primeiro seria o da generalidade. De acordo com este critério, os princípios possuem um alto grau de ge-

² Segundo Espíndola (1998, p. 61.), “devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito”.

³ Alexy (1997, p. 86.) alerta para o fato de que a diferença entre regras e princípios não seria apenas gradual mais também qualitativa.

neralidade, enquanto as regras possuem um grau relativamente baixo (ALEXY, 1997, p.83). Isto porque, as regras são editadas para regular uma situação jurídica determinada, enquanto os princípios possuem uma aplicação indefinida (ESPÍNDOLA, 1998, p.64).

Entretanto, é recomendável analisar as críticas feitas por Humberto Ávila (2004, p. 33.) no que diz respeito ao referido critério. Afirma o autor que a diferenciação feita entre regras e princípios por meio do critério hipotético-condicional mostra-se frágil, na medida em que a forma de exteriorização do dispositivo não determina, *a priori*, o modo pelo qual a conduta será regulada. Portanto, estaria havendo uma confusão entre dispositivo e norma. Alerta ainda que, o intérprete possui liberdade para, usando da argumentação, atribuir intensidade ou não à finalidade a ser alcançada. Assim, as normas podem assumir ora a feição de regras, ora a feição de princípios.

Assumir que as regras são normas dotadas de baixa generalidade não implica afirmar

que tais normas não necessitam de uma interpretação construtiva, bastando para sua aplicação que sejam interpretadas literalmente. Nesse sentido, é preciso ressaltar a importância da distinção entre enunciado e norma, ou entre texto e norma, como propõe Muller (2000), pois esta necessidade é normativa, de uma forma geral, independentemente de tratar de regras ou princípios.

Sendo assim, até mesmo a mais simples das regras constitucionais necessita de uma interpretação no intuito de construir-se a norma referente àquele dispositivo. Ou seja, a aparente simplicidade ou, utilizando as palavras de Alexy, a baixa generalidade inerente às regras não afasta a necessária interpretação normativa destes dispositivos.

O segundo critério apontado por Alexy seria a determinação, pois enquanto os princípios determinam que algo seja realizado na maior medida do possível, tanto quanto às possibilidades jurídicas como também quanto às possibilidades reais, as regras só podem ser cumpridas inte-

gralmente. Tal critério é identificado pelo autor como decisivo para a distinção proposta.

Ávila também se opõe a este critério, pois mais uma vez afirma ser necessária a distinção entre enunciado e norma, acrescentando, porém, que independente de ser uma regra ou um princípio, qualquer enunciado prescritivo mostra-se vago. Ressalta ainda, que assim como a aplicação das regras requer uma interpretação também dos princípios que a elas dizem respeito, os princípios, normalmente, precisam ser complementados por regras para a aplicação (ÁVILA, 2004, p.39-40).

Em razão do fato dos princípios poderem ser efetivados em graus distintos, diferentemente do que ocorre com as regras, foram denominados por Alexy de *mandados de otimização*, pois não possuem mandados definitivos, mas apenas *prima facie*, o que implica dizer que sofrerão uma otimização diante das possibilidades fáticas (ALEXY, 1997, p.99).

Entretanto, todo enunciado parece ser um mandado

prima facie. Isto porque a clareza, quanto à ordem normativa dos dispositivos, é obtida a partir do ato de interpretação. Sendo assim, tanto os princípios como também as regras, possuem uma ordem *prima facie* que requer uma interpretação, inclusive dos fatos, no sentido de alcançar a norma que lhe diz respeito.

Josef Esser (1983, p.95) ressalta que *aparentemente* a aplicação do direito é um simples ato de dedução, no qual ocorre a subsunção da circunstância de fato à norma apropriada. Entretanto, afirma o autor que antes de se chegar à conclusão resultante do procedimento dedutivo, é preciso observar dois juízos precedentes: *se e como* seria necessário regulamentar o conflito a ser decidido, e sua pertinência a uma norma. Sendo assim, Esser afirma serem necessárias pré-reflexões e valorações acerca da situação de fato.

Também no sentido de ressaltar a relevância da interpretação dos fatos, pronunciou-se Eduardo Rabenhorst (2002, p.193), afirmando que o senso comum leva a crer que um “fato” é algo indiscutível.

Assim, esta posição acerca dos fatos estaria baseada na idéia de que os fatos independem do observador. Entretanto, “não é difícil compreender que na qualificação dos fatos existe um ‘círculo hermenêutico’ que condiciona mutuamente a interpretação dos fatos e a interpretação das regras” (*Idem*, p.204).

Diante de tais observações, torna-se pertinente afirmar que a interpretação dos fatos é uma necessidade tanto quando o intérprete encontra-se diante de regras, como quando se encontra diante de princípios.

Assim, identificar um dispositivo como *regra* constitucional não implica necessariamente facilidade em adequá-la a um caso concreto, assim como não significa que todos a interpretarão da mesma forma. Um bom exemplo da dificuldade em distinguir regras e princípios é o direito ao meio ambiente (art. 225 da Constituição), pois ao contrário da maior parte da doutrina, que o considera um princípio alegando sua indeterminação, e possível interpretá-lo como regra, nos próprios termos

propostos por Alexy. Nesse mesmo sentido é possível identificar a norma constitucional que exige a função social da propriedade como regra, o que não vem sendo feito pela maioria da doutrina, e não como princípio, apesar da comum interpretação dada a referida norma como de natureza principiológica.

No *Epílogo à teoria dos direitos fundamentais*, Alexy (2002, p.26) reafirma que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível. Seguindo este entendimento, a doutrina nacional apresenta, entre outras, a conceituação de princípio dada pelo próprio Humberto Ávila (2004, p.72) “normas finalísticas, que exigem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários a essa realização”

Nesse sentido, a delimitação dessas normas finalísticas não ocorreria arbitrariamente, tendo em vista que as restrições necessárias à realização de tais normas, de natureza principiológica, obedecem a critérios de proporcionalidade,

vinculados às possibilidades fáticas e jurídicas. Todavia, para Alexy (1997, p.88) a distinção entre regras e princípios torna-se evidente nos casos em que as primeiras conflitam e os segundos colidem. Isto porque, diante de um conflito de regras, a solução será introduzir uma cláusula de exceção em uma das regras, ou declarar uma delas inválida.

Na hipótese de não ser possível adotar uma regra de exceção para por fim a um conflito entre duas regras, a solução será invalidar uma delas. Porém, qual das duas? Pode-se optar em resolver aplicando regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, ou, identificando a importância das regras envolvidas no caso em questão. Em ambas as situações, a decisão refere-se à validade das regras (*Idem*).

Já a colisão de princípios, exige para sua solução que um dos princípios ceda em relação ao outro, o que não implica em invalidar um deles, mas sim em efetuar uma pondera-

ção⁴, utilizando como instrumento o princípio da proporcionalidade, identificado por Bonavides como um princípio essencial da Constituição (BONAVIDES, 1998, p.360) e segundo Ávila (1999, p.158), é possível afirmar existir um dever de proporcionalidade diante de uma colisão, em virtude da necessidade de analisar o peso dos princípios envolvidos.

A necessidade de impor uma restrição a um dos princípios envolvidos, no intuito de otimizar a efetivação do outro depois de efetuada a análise de ponderação, não representa, em tese, a formulação de uma regra de exceção, como ocorre entre as regras.

Sendo assim, quando dois princípios encontram-se em uma situação de colisão, as condições fáticas indicarão qual o princípio portador de

⁴ “Cuando se trata de la aplicación de los principios constitucionales (en especial de principios que establecen derechos), se argumenta, a veces, que la operación de la subsunción no es adecuada y que debe sustituirse por otra operación denominada ponderación” (grifo do autor). (MORESO 2003, p. 100).

maior peso diante do caso em análise, o que não representa uma análise quantitativa e nem implica na invalidação de um dos princípios (SANTOS, 2004)⁵. Nesse sentido, são necessárias razões suficientes para que um dos princípios prevaleça em relação ao outro. Ou melhor, é necessário analisar a postura dos dois princípios diante do que Alexy (1997, p.93) chama de *condições de precedência*.

Entretanto, ressalta o autor, que enquanto os conflitos entre regras são solucionados tendo por base a dimensão da validade, as colisões entre princípios são resolvidas na dimensão do peso (ALEXY, 1997, p.89), o que ao final constitui de fato a diferença conceitual entre as duas espécies normativas analisadas, embora existam posicionamentos que contestam a im-

possibilidade das regras serem ponderadas (ÁVILA, 2004, p.44).

Nesse sentido, Dworkin (2002, p.42-43) parece confirmar o posicionamento de Alexy ao afirmar que as regras são aplicadas à maneira do “tudo-ou-nada”, enquanto os princípios são aplicados tendo em vista a dimensão do peso e da importância. Sendo assim, diante de um conflito entre regras, uma delas deverá ser afastada do ordenamento, pois é inválida, o que não ocorre quando da colisão entre dois princípios.

Todavia, Hart (2001) fez uma consideração a respeito deste posicionamento de Dworkin que deve ser ressaltada. Afirma o autor que é possível ocorrer uma situação em que duas regras são aplicáveis ao mesmo caso concreto, sendo uma delas considerada mais importante. Assim, uma regra que seja superada em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais impor-

⁵ “Diferentemente das regras, dois ou mais princípios podem se comportar e incidir sobre um mesmo fato. Ocorre que, na aplicação dos princípios, procede-se a uma ponderação de bens, atuando os dois princípios no caso concreto, com pesos distintos, sem que um retire a validade do outro”. (SANTOS, 2004, p. 15).

tante do que outra regra concorrente (HART, 2001, p.324).

A observação feita por Hart faz questionar o critério apontado por Alexy como decisivo para distinguir regras de princípios, ou seja, a diferença da forma como se soluciona o conflito de regras e a colisão entre princípios, mais especificamente o fato da validade das regras e da dimensão dos princípios.

Contudo, é preciso ressaltar que identificar uma colisão entre direitos fundamentais, nos moldes propostos por Alexy, que parece ser o que vem sendo adotado, requer primeiramente o envolvimento de dois princípios consagradores de direitos, o que, entretanto, não vem ocorrendo frequentemente. Isto porque a constante identificação de colisões entre direitos fundamentais nem sempre aponta dois princípios consagradores de direitos fundamentais. Em muitas das vezes a pretensa colisão envolve princípios gerais ou até mesmo regras, como pode ser o caso da função social da propriedade, quando utilizada a proposta

teórica de classificação normativa.

Portanto, se for adotado o procedimento proposto por Alexy (1997, p.96) para analisar a relação existente entre direito a propriedade privada e função social da propriedade, ter-se-ia a propriedade privada como P1 e a função social como P2, o que resultaria dizer que P1 sozinho conduziria ao exercício do direito à propriedade, não provocando assim um problema. Porém, P2 considerado isoladamente conduziria ao exercício da função social, o que, de fato, constitui um problema, pois não parece possível exercer a função social da propriedade sem exercer, simultaneamente, o próprio direito à propriedade.

2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE LIVRE, JUSTA E SOLIDÁRIA

Diante do exposto acerca da proposta teórica de diferenciação das normas como regras ou princípios,

cabe aqui afirmar que, enquanto as normas responsáveis pela previsão do direito à propriedade privada e da exigência que esta última exerça uma função social convivem harmonicamente no plano abstrato, como prevê a teoria da colisão de direitos fundamentais, quando presentes no plano fático, não parecem estar em lados opostos. Ou seja, permitem uma decisão proporcional (LUÑO, 1999, p.439) por mais que a função social não represente um desejo do titular da propriedade, pois ela parece ser um elemento constitutivo da própria propriedade e não um dispositivo autônomo e independente apto a ser afastado pelo proprietário.

Talvez o problema esteja em identificar qual espécie normativa (princípio ou regra) que melhor comporta o dispositivo constitucional da função social da propriedade e estabelecer a relação entre as normas. Para tanto, é conveniente analisar as três possibilidades vislumbradas. A primeira seria que tanto o direito à propriedade, assim

como a função social, representam princípios jurídicos. Neste caso, as regras dispostas nos arts. 184 e seguintes da Constituição, que tratam da política agrícola e fundiária e da reforma agrária, resolveriam a possível colisão, tendo em vista que “as regras são aplicações dos princípios” (GRAU, 2003, p.189). Assim, a solução estaria na própria Constituição, não sendo necessário, portanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação, tendo em vista que dentre as disposições constitucionais identifica-se uma solução.

A segunda hipótese consiste em considerar que o direito à propriedade privada é um princípio e a função social uma regra. Entretanto, tendo em vista que “não se manifesta jamais uma antinomia jurídica entre princípios e regras jurídicas” (GRAU, 2003, p.185) e que “as regras são concreções dos princípios” (*Idem*), a possibilidade de colisão entre os dispositivos citados estaria igualmente afastada, e o posicionamento de que a regra

que consagra a função social de fato constitui uma limitação à propriedade e não um direito em oposição, estaria reforçado.

A última opção seria considerar tanto a propriedade privada quanto sua função social como regras, o que poderia ser resolvido primeiro analisando a validade de ambas as normas, passando-se, então, depois de constatado que são igualmente válidas, para a aplicação da regra de exceção, cuja previsão já se encontra na Constituição, por meio dos arts. 184 e seguintes. Além disso, o critério para solução de antinomias que estabelece a escolha da norma mais específica em detrimento da mais geral também resolveria, apesar da suposta antinomia encontrar-se no âmbito constitucional. Ou seja, a identificação da especialidade recairia em observar qual norma constitucional é mais específica, o que não deixa também de ser uma solução. Portanto, a colisão de princípios estaria mais uma vez afastada.

Diante de tais considerações, e somado o fato de que o art. 5º da Constituição em seu enunciado do inciso XXIII mostra-se precisa e determinante, ao afirmar que a propriedade atenderá a sua função social, afastando, dessa forma, a necessidade de uma possível ponderação acerca da aplicação ou não da função social da propriedade, a conclusão quanto à espécie normativa que melhor representa a função social da propriedade parece ser a regra e não o princípio. Ou seja, uma regra que visa delimitar o âmbito de proteção de um princípio normativo.

A análise acima referida pode representar para muitos um argumento exegeta, limitado a literalidade do dispositivo e, portanto, insuficiente. Entretanto, a interpretação constitucional exige a compreensão do texto, no sentido de identificação da norma e sua inserção em um contexto metaliteral, como propõe Muller (2000). Eis o que se pretende. A partir do entendimento da função social como regra constitucional,

cuja aplicação provoca o exercício do direito à propriedade em consonância com esta última e, conseqüentemente, com os objetivos do Estado Democrático de Direito previstos no art. 3º da Constituição Federal, supera-se a impressão exegética causada e passa-se a efetivar o direito a propriedade em harmonia com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Convém ressaltar ainda que, apesar da Constituição incluir o direito à propriedade dentre os direitos individuais, inclui também, dentre os mesmos direitos, a consagração do dever social daquele direito, sob a denominação de função social da propriedade. Isto posto, é possível perceber que o discurso da Constituição brasileira de 1988 não comporta ou não favorece o exercício de direitos sob a ótica estritamente individual, tendo em vista que ressaltou a quebra do paradigma individual-subjetivo presente em um dos mais fortes direitos liberais: a propriedade.

A razão que impede vislumbrar a imagem da propriedade privada e da função social desta como aptas a sofrerem um procedimento de ponderação, é o simples fato de que propriedade privada e função social da propriedade (LUÑO, 1999, p.434)⁶ representam a união de duas normas constitucionais - ou representam um princípio constitucional que seria a propriedade voltada para a sua função social - em busca da consecução de uma finalidade. Esta seria o exercício do direito de propriedade de acordo com o que Vieira de Andrade denomina de dever de responsabilidade comunitária, o que pode ser entendido por meio da defesa da solidariedade (ALBUQUERQUE, 1999, p.78)⁷ como elemento

⁶ Segundo Perez Luño (1999, p.434), a função social da propriedade é um critério delimitador do conteúdo do direito à propriedade privada.

⁷ “Garante-se o direito de propriedade privada, vinculado a uma função social, cuja conseqüência importa na consecução de formas mais solidárias de participação dos cida-

constitutivo dos direitos fundamentais (ANDRADE, 1998, p.146) e não apenas da denominada terceira dimensão.

Sendo assim, a ideia de propriedade como direito fundamental de primeira dimensão, oposto, portanto, às interferências do Estado e consagrador de liberdades individuais⁸, cede lugar a um direito também de propriedade, porém, envolvido pela perspectiva do dever e da solidariedade. Nesse sentido, a ideia de um direito de propriedade absoluto e ilimitado, fruto das concepções político-econômicas do liberalismo, tem vindo a descaracterizar-se pela acentuação do fim social daquele direito, em paralelo a evolução dos sistemas

político-econômicos para formas mais solidárias de participação dos cidadãos e das instituições (CANOTILHO, 1995, p.10).

Não deixa de ser surpreendente a postura de colisão diante da propriedade privada e função social da propriedade, tendo em vista que a Constituição, em seu art. 184, *caput*, prevê a possibilidade de desapropriação⁹ de imóvel rural cuja função social não esteja sendo cumprida, por motivo de interesse social para fins de reforma agrária, reforçando, ainda no art. 185, que a propriedade produtiva é insuscetível de desapropriação para fins da referida reforma.

dãos”. (ALBUQUERQUE, 1999, p. 78).

⁸ “Os direitos individuais não devem mais ser entendidos como pertencentes ao indivíduo em seu exclusivo interesse, mas como instrumentos para a construção de algo coletivo. Hoje não é mais possível a individualização de um interesse particular completamente autônomo, isolado ou independente do interesse público” (BERCOVICI, 2001, p. 73).

⁹ É válido salientar que “a prerrogativa concedida ao Poder Público de desapropriar bens particulares, por exigência do bem público, não se confunde com o princípio da função social da propriedade. (...) Isto porque, a desapropriação não possui a natureza jurídica de sanção, pena imposta ao proprietário, mas configura apenas o exercício de um poder estatal justificável pela necessidade pública eventualmente existente” (GONDINHO, 2000, p. 407).

Cabe neste momento também, uma análise da propriedade a partir do art. 170 da Constituição, pois mais uma vez o legislador previu o direito de propriedade privada e em seguida o respeito à função social desta. Assim, o princípio da função social ampliou o sentido de conceito econômico da propriedade, compreendida como direito de iniciativa privada econômica. Daí ser imprescindível o Estado intervir na atividade econômica na qualidade de agente normativo e regulador, papel este cristalizado a partir dos incisos previstos no art. 170 da Constituição de 1988 e assim satisfazer às necessidades sociais e atender aos princípios da justiça social (ALBUQUERQUE, 1999, p.79-80).

Ou seja, por meio da interpretação do texto constitucional, a função social da propriedade não constitui uma possibilidade de princípio colidente à propriedade privada, e sim elemento constitutivo da mesma¹⁰, a

ponto do legislador constituinte prever a hipótese de desapropriação, quando a propriedade não atender o requisito da função social.

Entretanto, se entendida como direito liberal, de cunho exclusivamente individual, a propriedade afasta a possibilidade de uma limitação, estabelecendo-se, assim, um conflito de interesses. Porém, a Constituição ao apresentar no art. 3º, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil *a construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, parece propor o comprometimento com o Estado Social e Democrático de Direito, permitindo, assim, uma visão também solidária¹¹ da propriedade. Ou seja, mais uma vez se afirma que o dever de solidariedade refere-se a

to privado e de direito público ao exercício do direito à propriedade integram o conteúdo do direito.

¹¹ Para Peces-Barba (1999, p. 278.), apesar da solidariedade ter feito parte dos ideais modernos propostos pela revolução francesa, ela parece não ter se desenvolvido de forma expressiva, pois foi congelada pela concepção individualista e egoísta.

¹⁰ Nesse sentido, Canotilho (1995, p. 10) afirma que as restrições de direi-

todos os direitos fundamentais, independentemente de sua origem histórica ou dimensão, como preferem alguns. Nesse sentido,

(...) [h]á uma ‘ideologia constitucional’ que aponta para o cumprimento do desiderato constitucional: a construção das condições de possibilidade do cumprimento do estabelecido nos arts. 1º, 3º e 170 da Constituição. Tais dispositivos representam a espinha dorsal da estrutura do Estado Social-Constitucional brasileiro (STRECK, 2004, p.85).

Diante do exposto, parece inadequada para o diálogo entre propriedade e função social, a teoria da colisão entre princípios, mostrando-se, assim, mais indicada a teoria dos limites imanentes em sua forma expressa. Isto porque a análise dos incisos XXII e XXIII do art. 5º da Constituição, juntamente aos arts. 170, 184 e 185 também da Constituição, demonstram claramente que a estrutura da propriedade

privada no ordenamento jurídico brasileiro sofreu uma mutação¹² e encontra-se limitada, de forma imanente, em razão dos valores solidários previstos no texto constitucional.

Convém lembrar que a denominação *limites* não deve ser interpretada de forma negativa¹³. Primeiro porque além do direito de propriedade permanecer garantido aos indivíduos¹⁴, passa a exercer, também, uma função social. Portanto, o saldo mostra-se

12 “A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício do direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais que uma limitação, trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade” (BERCOVICI, 2001, p. 76).

13 “Quando se fala em função social, não se está fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância” (BERCOVICI, 2001, p. 76).

14 Eros Roberto Grau (2003, p. 207) alerta que o princípio da função social só tem sentido quando referente à propriedade privada.

positivo¹⁵. Segundo porque, ao assumir que o direito de propriedade encontra-se limitado, de forma imanente, em razão da exigência de uma função social, estabelece-se o diálogo entre tais normas, proporcionando uma harmonia e reforçando a coerência estabelecida pela própria Constituição.

É preciso perceber que o direito à propriedade privada sofreu uma mudança de estrutura, tendo em vista que, ao nascer com uma carga jusnaturalista, assumiu a postura de direito subjetivo. Isso provocou no sujeito uma situação de (um) poder exigir o respeito por suas liberdades e direitos individuais. Porém, o argumento do direito natural, transformado em direito subjetivo, passa a

requerer a sustentação em normas objetivas, provocando sua consagração em declarações formais. Estas, por sua vez, passam a prever a definição e alcance do direito à propriedade. Entretanto, até então, a preocupação está voltada para as aspirações burguesas da modernidade. Assim,

[...] las declaraciones de derechos habían sido producto de la mentalidad que regía el siglo XIX, eran el fruto de un modo de pensar homogéneo y de una sociedad uniforme en donde prevalecían los intereses de la clase dominante, es decir, los intereses de la burguesía. Esta es la razón, para que todas y cada una de las libertades individuales que se reconocían giraran en torno a dos derechos específicos considerados inviolables y absolutos: la propiedad y la libertad de empresa (CÓRDOBA, 2002, p.42).

Neste sentido, a análise diante da relação já reconhecida pela doutrina, entre propriedade privada e

¹⁵ “Um novo atributo insere-se na propriedade, que além de privada, ou seja, ligada a um sujeito particular de direito, atenderá a uma destinação social, isto é, seus frutos deverão reverter de algum modo à sociedade, o que não exclui naturalmente o poder de fruição particular inerente ao domínio, sem o qual o conteúdo privado da propriedade estaria esvaziado” (DERANI, 1997, p. 249).

sua função social, aproxima-se, por exemplo, da relação existente entre liberdade de iniciativa e meio ambiente, tendo em vista o manto da intangibilidade sob o qual durante muito tempo estiveram envolvidos. Isto porque, tanto o direito à propriedade como o direito à livre iniciativa surgiram impregnados de uma carga subjetivista e, consequentemente, individual, produto das aspirações burguesas próprias da modernidade. Portanto, no que diz respeito ao direito de propriedade e à liberdade de iniciativa, é preciso enxergar o velho com os novos olhos do Estado Social e Democrático de Direito e permitir a densificação de tais direitos por meio de regras constitucionais, como a função social, em nome da construção de uma sociedade livre justa e solidária como objetiva a Constituição.

CONCLUSÕES

O cenário jurídico-constitucional vive o que se pode chamar de *paradigma dos*

princípios, em razão da banalização por estes sofrida, na medida em que a maior parte dos direitos fundamentais, para não dizer a totalidade, vem sendo identificada como princípios jurídicos, abandonando-se, assim, a possibilidade, muitas vezes já consagrada pela Constituição, dos direitos fundamentais serem reconhecidos como regras jurídicas.

A função social da propriedade é um exemplo de regra constitucional usualmente interpretada como princípio em colisão com o direito de propriedade privada. Entretanto, a estrutura do direito à propriedade sofreu modificações, em razão das exigências do Estado Social e Democrático de Direito, impondo-se, assim, a função social como pressuposto, também chamado pela doutrina de *limite imanente*.

A interpretação do direito a propriedade privada à luz da função social, afastando-se assim a hipótese de colisão entre tais normas, representa a possibilidade de densificação daquele primeiro direito por meio desta função, tendo em vista ser este último uma regra

constitucional apta a densificar e a contribuir para a construção de uma sociedade livre justa e solidária: objetivo do Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Fabíola. *Direito de propriedade e meio ambiente*, Curitiba, Juruá, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1997.

ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, ano XXII, nº 66, set./dez. 2002.

ANDRADE, Fernando Gomes. “Considerações acerca da hermenêutica constitucional nos casos concretos de colisão de direitos fundamentais”, *Revista idéia nova*, ano II, nº 2, jan./jul. 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1998.

ÁVILA, Humberto. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, *Revista de*

direito administrativo, nº 215, jan./mar. 1999.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição de 1988 e a função social da propriedade”, *Revista de direito privado*, vol. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra, Coimbra, 1995.

CÓRDOBA, Jorge Ivan Rincón. *Las generaciones de derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, Bogotá, Externado de Colombia, 2002.

DERANI, Cristiani. *Direito ambiental econômico*, São Paulo, Max Limonad, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucio-*

- nalmente adequada*, São Paulo, Revista dos tribunais, 1998.
- ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camedino, Scientifiche, 1983.
- GALIZA, Andréa. “A proteção ao patrimônio cultural e o direito de propriedade na Constituição de 1988 – uma análise da possibilidade de colisão”, *Revista da secretaria de assuntos jurídicos*, ano VII, nº 7, Recife, Prefeitura do Recife, 2001.
- GONDINHO, André Osório. “Função social da propriedade”, *Problemas de direito civil-constitucional* (TEPEDINO, Gustavo org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa. O controle da omissão estatal no direito ambiental*, Rio de Janeiro, Forense universitária, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, Madri, Tecnos, 1999.
- MORESO, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales”, *Neoconstitucionalismo(s)* (CARBONELL, Miguel org.), Madri, Trotta, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. “A interpretação dos fatos no direito”, *Anuário dos cursos de pós-graduação em direito*, nº 12, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 2002.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades*, Rio de Janeiro, Lumen juris, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- TEPEDINO, Gustavo. “O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constitui-

ção: premissas para uma reforma legislativa”, *Problemas de direito civil-constitucional* (TEPEDINO, Gustavo org.), Rio de Janeiro, Renovar, 2000.