



## RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE E CONSTRUIR: UMA ANÁLISE DOS CUSTOS À LUZ DAS TEORIAS INTERNA E EXTERNA

### RESTRICTIONS ON PROPERTY RIGHTS AND BUILD: AN ANALYSIS OF COST BASED ON THE INTERNAL AND EXTERNAL THEORIES

<i>Recebido em:</i>	20/01/2019
<i>Aprovado em:</i>	26/03/2019

**Francisco Dias de Oliveira Júnior<sup>1</sup>**

**Marcelo Sampaio Siqueira<sup>2</sup>**

#### RESUMO

Sabe-se que o direito fundamental de propriedade não é, assim como todos os demais direitos fundamentais, um direito absoluto, podendo ser relativizado, como, por exemplo, pela função social e pela função econômica da propriedade. O objetivo deste artigo é analisar o conteúdo e as restrições ao direito de propriedade no tocante à edificação, levando em consideração os custos com enfoque dado pela teoria interna e pela teoria

<sup>1</sup> Mestre em Direito Privado (UNI7); Professor convidado da pós-graduação da UNICHRISTUS e da UNI7; E-mail: fdoj2009@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Ciências econômicas pela UNIFOR; . Procurador do Município de Fortaleza; Procurador-chefe da Procuradoria de Desenvolvimento e Pesquisa da Procuradoria-Geral do Município de Fortaleza; Professor Titular da UNI7. E-mail: msiqueira@siqueiraibiapina.com.br



externa, haja vista que, a depender da teoria a ser adotada pelo ordenamento jurídico, o suporte fático do direito de propriedade será diferente, com diferentes implicações práticas e jurídicas. Entendimento dos tribunais superiores que o uso da propriedade imobiliária para edificação, constitucionalmente garantido, deve ser restringido, a depender do caso, quando colocado em confronto com normas protetoras do meio ambiente urbano e consequentemente da função social da propriedade. Para o atingimento de tal finalidade utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo. Evidenciou-se essencialmente que as decisões dos tribunais superiores estão a aplicar a teoria externa.

**Palavras-chave:** direito de propriedade; direitos fundamentais; restrições ao direito de propriedade; teoria interna; teoria externa.

#### ABSTRACT

It's known that the fundamental right to property is not, as well as all other fundamental rights, an absolute right and can be relativized in this particular case, by the economic and social function of property. The aim of this paper is to analyze the content and the restrictions of property rights taking into account the internal and external theories. After all, depending on which of these theories are adopted by the law, the factual support of property rights will be different, with different practical and legal implications. Understanding of the higher courts that the use of real estate property for building, constitutionally guaranteed, should be restricted, depending on the case, when confronted with standards protecting the urban environment and consequently the social function of property. For the achievement of this purpose was used as methodology the literature of doctrinal and jurisprudence and the hypothetical-deductive method. It's concluded that in the decisions of the higher courts are applying the external theory.

**Keywords:** property right. fundamental rights; restrictions on property rights; internal



theory; external theory.

## INTRODUÇÃO

É pacífico o entendimento de que o direito de propriedade, assim como todos os demais direitos fundamentais, não é absoluto, no sentido de absolutamente blindado contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e/ou objetiva. Além do mais, referido direito está inserido num ordenamento jurídico complexo e plural, no qual se faz necessária sua coordenação com outros direitos e garantias que, quando em colisão, levam à necessidade de restrições recíprocas.

As normas de direitos fundamentais, em sua maioria normas-princípio, têm um caráter bastante genérico e abstrato, vale dizer, possuem baixa densidade normativa, o que as torna dependentes do legislador ordinário, que deverá intervir, por meio da concretização e limitação/restrrição de tais direitos. Por outro lado, ao mesmo tempo em que interfere no estabelecimento desses limites, o legislador, assim como o aplicador do direito, deverá atuar também de modo a preservar ao máximo o direito fundamental afetado, em sua essência.

O direito de construir, como consequência do uso da propriedade imobiliária, está sujeito às restrições ora tratadas, devendo ser observado na aplicação dos limites o sopesamento de princípios, tendo em vista os custos envolvidos. Portanto, quando o assunto é restrição aos direitos fundamentais – especificamente nesta pesquisa sobre o direito de propriedade –, faz-se necessário o estudo das teorias interna e externa, haja vista que, a depender da teoria a ser adotada pelo ordenamento jurídico, é possível diferenciar situações práticas distintas. Daí a importância de conhecê-las e analisá-las.

Ao contrário do que ocorre em países como Portugal<sup>3</sup>, Espanha<sup>4</sup> e Alemanha<sup>5</sup>, no

---

<sup>3</sup> Cf. art. 18 da Constituição Portuguesa: “[...] 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para



Brasil a contraposição entre as teorias interna e externa ainda não foi objeto de debates aprofundados, sendo possível encontrar apenas breves menções a tais teorias, como, por exemplo, nos trabalhos de Gilmar Mendes<sup>6</sup> e, mais recentemente, nos trabalhos de Cláudia Perotto Biagi<sup>7</sup>, entre outros mencionados neste trabalho.

Embora não haja, no Brasil, norma específica sobre a temática das restrições – conforme se observa nos países citados –, aqui, como lá, parte-se do pressuposto de que os direitos fundamentais não podem ser absolutos e são restringíveis. Na verdade, a problemática subjaz por trás da seguinte indagação: como e de que forma os direitos fundamentais podem ser restringidos? Essa questão não será diretamente abordada neste trabalho, mas apenas tangencialmente, ao se tratar do direito fundamental de propriedade.

Observa-se, por oportuno, que a questão é controversa, por abranger restrições aos direitos fundamentais, suscitando o surgimento de indagações do tipo: quando e de que

---

salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (PORTUGAL. [Constituição – VII Revisão Constitucional (2005)]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, PT: Parlamento, [2005]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 2 jul. 2016).

<sup>4</sup> Ver art. 53.1 da Constituição Espanhola: “1. [...]. *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a*” (ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución Española*. Madrid, ES: Cortes Generales, [1978]. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 2 jul. 2016).

<sup>5</sup> Cf. art. 19 da Constituição da Alemanha: “(1) Na medida em que, segundo esta Lei Fundamental, um direito fundamental possa ser restringido por lei ou em virtude de lei, essa lei tem de ser genérica e não limitada a um caso particular. Além disso, a lei terá de citar o direito fundamental em questão, indicando o artigo correspondente. (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência” (ALEMANHA. [Lei Fundamental (2011)]. *Lei Fundamental da República Federal Alemã*. Berlin, AL: Deutscher Bundestag, [2011]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2016).

<sup>6</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 210-240, p. 224-225.

<sup>7</sup> BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005, p. 59-60.



forma serão admissíveis restrições ao direito de propriedade? Há que se falar em direito constitucional de propriedade sem considerar sua função social? A função social faz parte do conteúdo essencial do direito de propriedade ou é uma restrição externa ao referido direito?

Na lição de Gilmar Mendes<sup>8</sup>, a ideia de restrições ou limitações aos direitos fundamentais traz consigo o problema da (im)possibilidade lógica dessas restrições<sup>9</sup>. Nessa senda, dependendo da teoria adotada, não é nem possível se falar em restrições, como no âmbito da teoria interna.

Por fim, pergunta-se: qual a teoria adotada (interna ou externa) em relação ao direito fundamental de propriedade? E por quais razões? Nesta pesquisa serão abordadas as pressuposições básicas dos posicionamentos distintos feitos por cada uma dessas teorias, destacando-se a consequência prática da adoção de uma ou de outra.

Logo, constitui objetivo deste trabalho investigar as limitações ao direito de propriedade no tocante às edificações no direito pátrio, levando em consideração não só as questões dos custos de transação, por exemplo, mas a aplicação das teorias interna e externa. A justificativa para a preferência por esse tema como alvo da pesquisa se consubstancia no fato de que a contraposição entre tais teorias ainda é pouco explorada na doutrina brasileira, necessitando de maiores estudos a respeito.

Para o atingimento desse objetivo realizou-se pesquisa bibliográfica, com fulcro na doutrina e na jurisprudência, mediante a análise do REsp nº 1.767.482<sup>10</sup>, que trata de

---

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 210-240, p. 224-225.

<sup>9</sup> As questões que indagam se os direitos fundamentais podem ser limitados e do modo como deve ser entendida essa limitação estão relacionadas com a discussão que se desenvolveu, sobretudo no direito civil alemão, sobre a possibilidade de se limitarem os direitos. Essa discussão deu origem a dois posicionamentos diametralmente distintos: o da teoria externa e o da teoria interna.

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial 1767482/RJ*. Processual civil e administrativo. Recurso especial. Direito de Construir. Agravo em recurso especial. Construção irregular.



afronta ao direito de construir e da determinação demolitória, com prevalência do respeito à função social da cidade em detrimento do direito de propriedade, utilizando-se o método hipotético-dedutivo.

Dividiu-se o trabalho em três tópicos. Inicialmente desenvolveu-se uma análise dos Direitos fundamentais, para depois se discorrer sobre os aspectos contemporâneos da propriedade. Por fim abordaram-se as restrições ao direito de propriedade, analisando-as à luz das teorias interna e externa.

## 1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS GERAIS

Conceituar sempre foi uma tarefa árdua, e se inicia este artigo defendendo que os direitos fundamentais são normas - positivadas ou não nas constituições - que tratam dos direitos considerados absolutos, irrenunciáveis e inerentes às pessoas, sejam naturais ou jurídicas, fundamentalidade classificada em formal ou material. Direitos fundamentais formais dizem respeito àqueles positivados expressamente na Constituição, dotados naturalmente de primazia na ordem jurídica. Os direitos fundamentais materiais também são aceitos como tais e apresentam essa característica, independentemente de estarem diretamente previstos na Constituição.<sup>11</sup> Na locução do constitucionalista Jorge Miranda<sup>12</sup>, “por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das

---

Laudo Pericial indicativo de que a área construída é superior à área para a qual se obteve autorização. Irregularidade praticada em data posterior à autorização. Hipótese que não caracteriza a alegada prescrição. O reexame pretendido impescinde do revolvimento fático-probatório dos autos. Providência vedada em princípio nesta seara recursal especial. A violação do art. 187 do CC não foi objeto de apreciação pela corte de origem. Aplicação da súmula 211/STJ, prequestionamento não caracterizado. Recurso especial do particular. Não conhecido. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1767482&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em:

dia mês abrev. ano.

<sup>11</sup> Vide AUTOR, 2018, p.

<sup>12</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. t. 4, p. 7.



peças enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”. Daí falar-se em direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.

Modernamente, os direitos fundamentais, antes pensados como instrumento de defesa do cidadão perante o Estado, ganham conotação de princípios constituidores da ordem social como um todo, cuja aplicabilidade em vários casos se estende às relações privadas. Konrad Hesse, ao conceituar os direitos fundamentais, coloca-os sob duas facetas, a dos direitos subjetivos e a dos elementos fundamentais de ordem objetiva.<sup>13</sup> Quanto aos direitos subjetivos, na exegese do jurista alemão, representam aqueles direitos pessoais preparados como garantias aos elementos indispensáveis à vida. Já na ótica dos direitos de ordem objetiva, têm sua proclamação em favor da coletividade.<sup>14</sup>

Portanto, enquanto o direito subjetivo tem como destinatário o indivíduo titular desse direito, o direito objetivo destina-se à proteção de toda a coletividade assim considerada. Aqui, já se pode chegar à conclusão de que os conflitos surgem, em grande parte, da colisão entre o direito individual e o direito da coletividade.

Conforme entendimento de Robert Alexy<sup>15</sup>, considerando-se a propriedade imobiliária privada, tema deste trabalho, como princípio constitucional, esclarece-se que sua concretização deve ocorrer na maior medida possível, como qualquer outra norma fundamental. Portanto, à luz da teoria dos princípios, é possível falar-se em restrição ao direito fundamental de propriedade e não em limitação, apesar de essas palavras apresentarem sentidos semelhantes no uso coloquial da língua portuguesa.

Tal distinção é tratada por Robert Alexy quando afirma que:

---

<sup>13</sup> Para maiores informações sobre essa dupla dimensão dos direitos fundamentais pode-se relacionar a lição de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2000, p. 132.

<sup>14</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 228.

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 337.



O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas - o direito e sua restrição -, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação entre direito e restrição for definida desta forma, então, há, 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.<sup>16</sup>

Afinal, para Robert Alexy, dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo.<sup>17</sup> Portanto, sempre que se referir a limites haverá correlação com o conteúdo do direito protegido. Logo, para melhor compreensão das teorias internas e externas, faz-se necessário distingui-las.

Para a adequada discussão sobre a restringibilidade dos direitos e seus respectivos limites, é imprescindível a análise, ainda que sumária, da contraposição entre as assim designadas teorias interna e teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, estudadas por Alexy, haja vista que a opção por uma delas acaba por repercutir no próprio modo de compreender a maior ou menor amplitude do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, com reflexos diretos na esfera das suas limitações.<sup>18</sup>

Para Carlos Bernal Pulido, a teoria interna foi inicialmente proposta por Ignacio de Otto, inspirada na teoria linguística de Friedrich Müller, e posteriormente aceita por

---

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 337.

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 337.

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.112.



vários autores, em diversos países.<sup>19</sup> Segundo o autor, essa teoria “*propone un modelo subsuntivo puro para la aplicación de los derechos fundamentales, es decir, un modelo de subsunción sin ponderación*”.

Sob o enfoque da teoria interna, o direito já nasce com seu conteúdo devidamente delimitado, razão pela qual, para os que aderem a essa corrente de pensamento, não há que se falar em restrição, substituindo-se essa expressão pelo conceito de limite. Isso significa que o processo de definição dos limites dos direitos fundamentais é um processo interno a ele e que ocorre concomitantemente ao surgimento do próprio direito. Por conta disso, fala-se em limites imanentes, e não em restrições, não havendo qualquer tipo de influência externa na delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais. Todo o conteúdo do direito já fora objeto de uma predefinição.<sup>20</sup>

Leciona Virgílio Afonso da Silva<sup>21</sup> que, de acordo com a teoria interna, existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes. Portanto, a fixação desses limites, por se tratar de um processo interno, não é definida nem influenciada por processos externos, sobretudo por colisão entre direitos ou pelo uso da técnica do sopesamento.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> PULIDO, Carlos Bernal. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, p. 273-291, 2007, p. 278, grifos nossos.

<sup>20</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128-129.

<sup>21</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128-129.

<sup>22</sup> Defende Habermas que a técnica de balanceamento (sopesamento) pode levar ao risco de decisões irracionais (*irrational rulings*). Isso porque, segundo Habermas, não há critérios racionais (*rational standars*) para o balanceamento, e, precisamente porque aqui não há padrões racionais, o sopesamento de valores ocorre ou arbitrária ou irrefletidamente, segundo os padrões e hierarquias costumeiros (*according to customary standars and hierarchies*) (HABERMAS, Jürgen *apud* ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003, p. ?). Nesse mesmo sentido leciona Carlos Bernal Pulido; “*la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad y la solución de colisiones entre derechos fundamentales mediante la ponderación es irracional*” (PULIDO, Carlos Bernal. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 30, p. 273-291, 2007, p. 278, grifos nossos).



Nesse sentido, não há como se admitir a ideia de restrição aos direitos fundamentais, uma vez que sua delimitação já é precisamente modulada àquilo que efetivamente representa o âmbito de proteção daquele direito. Não há o que se restringir ou se ponderar, haja vista que esse trabalho de delimitação do que efetivamente integra o conteúdo daquele determinado direito é feito sempre *a priori*. Logo, qualquer restrição que se imponha aos direitos fundamentais manifestará violação ao conteúdo protegido por esse direito.

Por isso, o autor alemão Friedrich Klein defende a impossibilidade de estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais. Conforme menciona, somente seria legítima a delimitação do conteúdo e dos contornos dos direitos fundamentais.<sup>23</sup> Por conseguinte, o direito fundamental tem, desde sua concepção, um conteúdo jurídico determinado, de modo que toda posição jurídica que exceda seus limites não pode ser considerada como abrangida por esse direito.

Pela teoria interna, não existem os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas a composição de um direito fundamental com seu conteúdo previamente preenchido e devidamente delimitado. Aqui a ideia de restrição (*Schranke*) é substituída pela ideia de limite (*Grenze*). A ideia de limites imanentes caracteriza-se pela existência de um limite de não perturbação, no qual é proibido o abuso desses direitos.<sup>24</sup> Essa teoria é aplicada simultaneamente com a teoria interna, justamente para “não [se] ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos”. Dessa forma, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, pelo fato de apresentarem limites definidos implícita ou explicitamente no próprio texto

---

<sup>23</sup> KLEIN, Friedrich *apud* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 268-269.

<sup>24</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 287.



constitucional.<sup>25</sup>

Ao criticar a teoria interna, Virgílio Afonso da Silva chega a uma interessante conclusão. Se a definição do conteúdo da extensão de cada direito está adstrita a fatores internos, resta inviável qualquer posterior colisão, eis que “os direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras”. Dito de outro modo, essa norma segue a lógica do “tudo-ou-nada”, não admitindo sopesamentos.<sup>26</sup> Prossegue o autor, afirmando que “não é possível fundamentar limites imanentes aos direitos fundamentais a partir de sua conceituação como princípios, ou seja, como mandamentos de otimização. Ambos os conceitos são inconciliáveis”<sup>27</sup>.

Ao garantir direitos *prima facie*, que poderão ser restringidos em determinadas circunstâncias, os princípios, como mandamentos de otimização, revelam uma de suas características principais, a capacidade de ser sopesados. O sopesamento é exatamente aquilo que liga – e fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos. Ora, é justamente como alternativa ao sopesamento, e à própria ideia de restrição a direitos fundamentais, que os limites imanentes são concebidos.<sup>28</sup>

Para os adeptos da teoria interna, não há duas coisas - o direito e sua restrição -,

---

<sup>25</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 130-131.

<sup>26</sup> Continua o autor mencionando que “se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre ‘direito *prima facie*’ e ‘direito definitivo’, no âmbito da teoria interna, é algo que decorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128-129).

<sup>27</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128-129.

<sup>28</sup> Na precisa lição de Virgílio Afonso da Silva, “Nos casos das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos (ou são impostos deveres) *prima facie*.” (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 45).



mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite imanente no próprio texto. Dúvidas acerca dos limites imanentes do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas são dúvidas sobre seu próprio conteúdo.<sup>29</sup>

Ao contrário do que ocorre na teoria interna, em que os limites são definidos de antemão, no enfoque da teoria externa somente em cada caso concreto é que se verificará qual é o grau de restrição que um determinado direito fundamental sofrerá, a fim de que se preserve outro direito fundamental de maior importância para o caso em tela.

Para a teoria externa, existe inicialmente um direito em si, ilimitado, que, mediante a imposição de eventuais restrições externas, converte-se em um direito limitado.<sup>30</sup> Essa diferença, que parece inócua, tem, no entanto, consequências práticas e teóricas. É principalmente a partir dessa distinção que se pode chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais.<sup>31</sup>

Certamente, se a teoria interna parte do pressuposto de que a definição do conteúdo e da extensão dos direitos fundamentais não depende de fatores externos e não sofre colisões, conclui-se que direitos definidos a partir dessa perspectiva têm sempre a estrutura normativa de regras, que não permite, a priori, sopesamento. Por consequência, não é errado afirmar que os direitos fundamentais, entendidos nesse contexto, não podem participar do processo de *balancing*. Isso significa dizer que toda vez que alguém exercitar algo garantido por um direito fundamental, essa garantia há de ser definitiva e não apenas *prima facie*.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 337.

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 398.

<sup>31</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.

<sup>32</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 129.



Por outro lado, a teoria externa pressupõe a existência do direito em si e, destacadas dele, as suas restrições. A partir dessa distinção pode-se chegar ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais. Isso porque, é somente por meio do paradigma da teoria externa – segundo o qual as restrições não têm qualquer influência no conteúdo do direito, incidindo apenas, no caso concreto, sobre o seu exercício – que se pode sustentar que, diante de uma colisão de princípios, um tem que ceder em favor do outro, sem afetação de validade e de extensão *prima facie*.<sup>33</sup>

Nesse embate entre os enfoques da teoria interna e externa, leciona Robert Alexy<sup>34</sup> que, para se saber se correta é a teoria externa ou a teoria interna “[...] depende[-se] essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou como princípios, ou seja, da concepção das posições de direitos fundamentais como posições definitivas ou *prima facie*”. Logo, se se parte de posições definitivas, então a teoria externa pode ser refutada; se se parte de posições *prima facie*, então é a teoria interna que o pode ser.

Considera-se que a teoria externa aparentemente é a mais correta, por permitir uma melhor adaptação do ordenamento ao caso concreto, o que possibilitaria a realização de um certo diálogo entre as fontes. Dessa feita, passa-se a privilegiar o diálogo entre as normas, sob a investigação ou intermediação racional do intérprete do Direito. O diálogo das fontes surgiu para fazer com que as fontes convivessem entre si de tal maneira que não precisassem se excluir. Pelo contrário, essas se complementariam, e o juiz decidiria então qual delas deveria aplicar ao caso concreto.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 138.

<sup>34</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 278, grifo de quem?

<sup>35</sup> Como afirma Erik Jayme, no que tange à teoria, “o sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes... com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*). Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis



## 2 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Conforme leciona Eros Grau<sup>36</sup>, “o comprometimento do direito com a proteção da propriedade imobiliária urbana é histórico”, daí a necessidade, sempre presente, de se compreender como se verificou a evolução histórica da propriedade e do direito de propriedade. Além do mais, a propriedade privada dos bens de produção compõe a essência do capitalismo.

O caráter mais marcante do direito de propriedade imobiliário e consequentemente do direito de construir como uma das faculdades da propriedade (USO)<sup>37</sup> é a sua historicidade, que leva à sua concepção de acordo com os aspectos sociais e econômicos do tempo e lugar em que é exercido.

### 2.1 A evolução do direito de propriedade e sua marcante historicidade pós-revolução industrial

Partindo-se da lição de Fustel de Coulanges<sup>38</sup> de que na história das sociedades antigas, “as épocas são mais facilmente marcadas pela sucessão das idéias e das instituições

---

especiais (como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais (como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional (como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre de Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais” (MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-20).

<sup>36</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

<sup>37</sup> Sob essa questão vide AUTOR, 2018, p. 103: “O direito de construir é uma das faculdades compreendidas no direito de usar a coisa, pois compreende a liberdade limitada e condicionada de acrescer fisicamente ao solo, por intermédio de intervenção humana, sendo todas as normas atinentes à edificação objeto do estudo da disciplina ‘Direito de Construir’” (grifos de quem?).

<sup>38</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961, p. 48.



que pela dos anos”, procura-se fazer uma análise histórica do direito de propriedade focando as ideias relacionadas ao instituto e a evolução dos conceitos relacionados ao direito de propriedade.

Entre a maior parte das sociedades primitivas, a religião foi o meio pelo qual se estabeleceu o direito de propriedade. É nesse sentido que a lei primitiva da propriedade e das sucessões teve em grande parte sua origem na família e nos procedimentos que a circunscreveram, como as crenças, os sacrifícios e o culto aos mortos.<sup>39</sup> Essa velha tradição demonstra como a propriedade era sagrada, porque o vocábulo imóvel não significa nada mais que propriedade inviolável. Afinal, não foram as leis que a princípio garantiram o direito de propriedade: foi a religião. Essa é a primeira conclusão histórica que merece menção.

O Código Civil brasileiro de 1916 inspirou-se no *Code Napoléon*, que tinha como base o ideário francês de liberdade (*liberté*), que conceituava a propriedade como o direito de usar e dispor da coisa de maneira absoluta. Tratou a propriedade, em especial sob o seu aspecto estrutural, como um feixe de poderes atribuídos ao proprietário. Para Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber, “Era natural, por isso e por razões históricas, que se visse na propriedade um direito cuja única função era atender aos interesses particulares do seu titular.”<sup>40</sup> O conceito de propriedade era estritamente individualista, não havendo espaço para os direitos da coletividade.

Se a primeira garantia da propriedade, entre elas a imobiliária, funda-se na religião, na quadra histórica pós-Revolução Francesa de 1789, a nova garantia da propriedade tem como âncora o ideário francês de liberdade, elevada ao patamar de norma fundamental de primeira geração. Entretanto, na sua expressão contemporânea,

---

<sup>39</sup> WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 16.

<sup>40</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 101-119, jun. 2005, p. 101.



principalmente após o advento da Constituição mexicana de 1917, o direito de propriedade está também relacionado à proteção da coletividade. Vale dizer, se antes era a liberdade a maior garantidora da propriedade, agora o é a solidariedade, representada principalmente pelos princípios da função social, função econômica e função ambiental, aplicados a qualquer tipo de propriedade.

## 2.2 A propriedade na modernidade e sua inevitável funcionalização: a função social e econômica da propriedade

A função social, econômica ou ambiental constitui verdadeira restrição ao uso da propriedade, entre elas a imobiliária, e a falta dessa no exercício das faculdades do indivíduo constitui perda do próprio direito fundamental, conforme lição de Eros Grau<sup>41</sup>: “[...] se o que justifica a propriedade, modernamente, é a sua função social, a propriedade que não a esteja a cumprir deixa de ser objeto de proteção jurídica; assim, no caso, verifica-se o perecimento do direito de propriedade”.

Para Otávio Luiz Rodrigues Júnior<sup>42</sup>, o problema da funcionalização do direito de propriedade tem sido objeto de vários estudos após a promulgação da Constituição de 1988, existindo, portanto, uma miríade de posições sobre essa questão, mas que podem ser resumidas a duas teses principais, quais sejam: a) a propriedade é uma função social, ou seja, a propriedade como função social, na qual o conteúdo essencial do direito de propriedade é integrado por essa função social (teoria interna), e b) a propriedade é um direito restringido pela função social, que lhe é externa e limitadora, ou seja, a propriedade com função social (teoria externa). O mesmo autor, no artigo *Propriedade e função social: Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil*, conclui que a segunda

<sup>41</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 355-356.

<sup>42</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz no prefácio da obra de SIQUEIRA, 2018.



alternativa é a correta.

Se a propriedade é restringida pela função social, conclui-se que fatores externos condicionam as faculdades do proprietário, não podendo, por exemplo, o detentor de um imóvel edificar sem observância às normas civis, urbanísticas e ambientais. A liberdade encontra-se restringida, mesmo que fins econômicos não sejam considerados.

A Constituição brasileira de 1988 positiva a propriedade como direito fundamental e também como princípio da Ordem Econômica e Financeira (art. 5º, XXII, e art. 170, II, ambos da CF). Essa tese reescreve a propriedade privada imóvel, no âmbito das relações econômicas constitucionais, assegurando uma maneira consciente e comprometida de se promover a análise econômica do direito de propriedade que contemple o crescimento econômico e o desenvolvimento humano.

Assim, é na Constituição que se busca o próprio conteúdo do direito regulado, e, no caso do direito de propriedade, podem ser relacionados os seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, caput e incisos XXII, XXIII, XXVI, XXIX, art. 170, incisos I e II, art. 182, § 2º, art. 185, incisos I e II, e art. 186.

A atual realidade do ordenamento jurídico brasileiro se encontra em consonância com outras constituições de países que seguem a mesma tradição, a exemplo da italiana<sup>43</sup>, da alemã<sup>44</sup> e da espanhola<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> No artigo 42.º da Constituição italiana, “A propriedade privada é reconhecida e garantida pela lei, que determina o seu modo de aquisição, gozo e limites com o fim de assegurar a [sua] função social.” (ITÁLIA. [Costituzione Italiana (2018)]. *Constituição da República Italiana*. Roma, IT: Senato della Repubblica, [2018]. Disponível em:

[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf). Acesso em: dia mês abrev. ano).

<sup>44</sup> No artigo 14.º da Lei Fundamental da Alemanha, “A propriedade e o direito à herança são garantidos. O seu conteúdo e limites são estabelecidos pela lei (...). O seu uso deve servir ao mesmo tempo os bens coletivos.” (ALEMANHA. [Lei Fundamental (2011)]. *Lei Fundamental da República Federal Alemã*. Berlin, AL: Deutscher Bundestag, [2011]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2016).

<sup>45</sup> No artigo 33.º da Constituição espanhola, “É reconhecido o direito à propriedade privada (...). A função social desse direito limita o seu conteúdo, em conformidade com as leis.” (ESPANHA. [Constitución (1978)].



A análise da atual Constituição brasileira mostra que o direito fundamental da propriedade, entre elas a imobiliária, só é garantido quando suas faculdades obedecem às restrições positivadas e citadas neste item de forma exemplificativa, sempre observando-se um diálogo com outras fontes, sendo possível a prevalência de outros princípios em determinados casos.

### 3 RESTRIÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE E DE CONSTRUIR: UMA ANÁLISE À LUZ DAS TEORIAS INTERNA E EXTERNA

A análise jurídica do direito de propriedade e do de construir, como uma das facetas do uso da propriedade imobiliária, consiste em verificar se o seu conteúdo aparente também é o seu conteúdo real, pois se o direito tem seu alcance definido de antemão, sua limitação torna-se de difícil aceitação. A partir daí chega-se à conclusão de que o legislador adotou o enfoque da teoria interna ou da teoria externa.

A positivação da função social da propriedade pela Constituição Federal de 1934 (interesse social) e a sua posterior consagração pela Carta Constitucional de 1988 no rol dos direitos e garantias fundamentais manifestou-se de suma importância para o Direito Civil brasileiro<sup>46</sup>, caracterizando-se como desafio para o Estado Democrático de Direito. Em

---

*Constitución Española*. Madrid, ES: Cortes Generales, [1978]. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 2 jul. 2016).

<sup>46</sup> Observa-se que a positivação desse princípio no Código Civil ocorreu somente em 2002: “**Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. **§ 1º** O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. **§ 2º** São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. **§ 3º** O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. **§ 4º** O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem



análise plural da aplicação dos princípios constitucionais, encontra-se tanto o pensamento tradicionalista de apego à ideia individual da propriedade como o pensamento da necessidade de solidariedade.

Na dicotomia entre função social e propriedade economicamente adequada, a função social se manifesta como limite para o exercício pleno do direito à propriedade privada. Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber opõem-se àquelas teorias que veem na função social um princípio a ser balanceado com o princípio da propriedade privada, vale dizer, são contrários aos defensores da teoria externa. Para eles:

A função social é, antes, capaz de moldar o estatuto proprietário em toda a sua essência, constituindo, como sustenta a melhor doutrina, o título justificativo, a causa, o fundamento de atribuição dos poderes ao titular. A propriedade que não se conforma, portanto, aos interesses sociais relevantes, não é digna de tutela como tal, e não há neste condicionamento uma priorização da função social sobre a garantia da propriedade, uma pretendida hierarquização de normas constitucionais, mas uma mera interpretação sistemática do texto maior, que põe em evidência os valores existenciais e solidários, a cuja concreta realização não apenas a propriedade, mas todas as situações jurídicas subjetivas devem se direcionar.<sup>47</sup>

---

realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. § 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975).

<sup>47</sup> TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 101-119, jun. 2005, p. 107-108.



Em síntese, para eles o princípio da função social está contido no próprio conteúdo atual da propriedade. Nessa linha de entendimento dos autores citados podem-se relacionar as seguintes decisões: Recurso Especial nº 27.039-3/SP<sup>48</sup>, Agravo de Instrumento nº 598.360.402<sup>49</sup>, Apelação Cível nº 79.573-5<sup>50</sup>.

No entanto a opinião descrita pode e deve ser refutada, pois é plenamente possível defender que a função social da propriedade para o direito de construir se apresenta como uma restrição ao direito de propriedade, como um dever dirigido ao proprietário, portanto, deve ser considerada a teoria externa, na qual o conflito entre a função social e o direito de propriedade deve ser ponderado no caso concreto.

No que concerne ao novo paradigma do direito de propriedade, em face de sua função contemporânea relativizada pela função social, econômica e ambiental, João Luís Nogueira Matias fala em humanização do direito de propriedade, concebido não mais na sua vertente individual e absoluta, mas principalmente no enfoque contemporâneo do interesse social da coletividade. Nas palavras do citado autor:

Humanizar o direito de propriedade é concebê-lo em perspectiva não individual, não absoluta, mas sim como instrumento para o alcance

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 27039/SP*. Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. Cód. de Ética médica aprovado pela resolução CFM n. 1.246/88, art. 25. Direito de propriedade. Cód. Civil, art. 524. Decisão que reconheceu o direito do médico, consubstanciado na resolução, de "internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitados as normas técnicas da instituição", não ofendeu o Direito de propriedade, estabelecido o art. 524 do Cód. Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações. Constituição, art. 5. - XXIII. 2. É livre o exercício de qual trabalho. A saúde é direito de todos. Constituição Arts. 5. - XIII e 196. 3. Recurso especial não conhecido. Relator: Min. Nilson Naves, 8 de novembro de 1993 [trecho extraído do voto do Min. Nilson Naves]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=27039&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11.mar.2019.

<sup>49</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento 598.360.402* – São Luiz Gonzaga, julgado em 6 de outubro de 1998, Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, trecho extraído da ementa oficial.

<sup>50</sup> PARANÁ. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível 79.573-5 - Londrina*, julgada em 28 de setembro de 1999, trecho do voto do Rel. Des. Fleury Fernandes.



do interesse social, exatamente como descreve a Constituição Federal de 1988, ao estipular a sua vinculação à função social. Funcionalizar o direito de propriedade é vinculá-lo à realização dos valores previstos na Constituição, especialmente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.<sup>51</sup>

Complementa esse autor que, nesse novo paradigma, o direito de propriedade “implica na imposição de deveres ao proprietário, deveres que restringem o seu exercício, que não pode ser ofensivo ao interesse social, ao interesse dos demais indivíduos e ao do meio ambiente”. Essa é a linha de raciocínio adotada por George Marmelstein. Sem fazer qualquer referência à teoria interna ou externa, sustenta esse autor que os direitos fundamentais podem ser restringidos por leis infraconstitucionais, desde que seja respeitado o núcleo essencial do direito protegido, afinal, nenhuma lei pode, abstratamente, restringir um direito fundamental “a tal ponto que seu conteúdo fique completamente esvaziado”. Por fim, defende que “o princípio da proteção ao núcleo essencial deve ser sempre associado ao princípio da proporcionalidade”.<sup>52</sup>

Nesse mesmo sentido, como já exposto anteriormente, é a lição de Otávio Luiz Rodrigues Júnior: “A adoção da teoria externa é mais adequada ao modelo constitucional brasileiro, porque não elimina o conteúdo do direito de propriedade nem o alija de elementos essenciais por métodos retóricos de pré-exclusão de seu suporte fático.”<sup>53</sup>

Por fim, a título de exemplo do exposto neste artigo, analisando-se o REsp nº

<sup>51</sup> MATIAS, João Luís Nogueira. Historicidade do direito de propriedade: rumo à humanização. *RIDB*, ano 2, n. 3, p. 2082-2102, 2013, p. 2097. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 2 jul. 2016.

<sup>52</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 396-397.

<sup>53</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Propriedade e função social: exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil. *Estudos de homenagem ao prof. doutor Jorge Miranda*. [2014], p. ?. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Propriedade-e-Fun%C3%A7%C3%A3o-Social-Exame-Cr%C3%ADtico-de-um-Caso-de-Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o-do-Direito-Civil.pdf>. Acesso em: 1º jul. 2016.



1.767.482, cujo último acórdão do STJ é datado de dezembro de 2018, que trata de afronta ao direito de construir e da determinação demolitória, observa-se que o Tribunal manteve o entendimento, mesmo sem nova valorização do conteúdo fático, de que o uso da propriedade imobiliária para edificação, constitucionalmente garantido, deve ser restringido, a depender do caso, quando colocado em confronto com normas protetoras do meio ambiente urbano e conseqüentemente da função social da propriedade.

No caso citado, a edificação realizada deve ser demolida em face da construção do pavimento com área acima do licenciado, o que caracterizou, para o Judiciário, prevalência do princípio da função social da cidade<sup>54</sup> em detrimento do direito de propriedade do edificador. A aplicação da teoria interna ao presente caso se mostraria imprestável, pois o exercício hermenêutico utilizado pelo julgador denota a necessidade de um diálogo das fontes e que fatores externos condicionam as faculdades do proprietário, não sendo preexistentes ao próprio conceito de propriedade. Em síntese, a propriedade não é uma função social, mas esse fator externo a restringe.

A ideia, ao se mencionar o fato jurídico descrito no processo referido, é que a propriedade imobiliária está limitada ao princípio da função social e uma edificação irregular significa que não é garantida constitucionalmente, gerando o dever para a Administração Municipal de requerer medidas de adequação ou até de demolição. Ao se manter a edificação sob o argumento de respeito ao direito de Propriedade ou de moradia, está-se claramente privilegiando esse direito social e se desconsiderando não só o princípio da função social, mas principalmente o princípio da função social da cidade, dirigida ao Estado.

Logo, reiterando a doutrina de Otávio Luiz Rodrigues Júnior, João Luís Nogueira Matias e George Marmelstein, observa-se que não só a teoria externa se mostra mais eficaz,

---

<sup>54</sup> Princípio constitucional dirigido ao administrador para realização de políticas públicas de ordenamento do solo, visando à preservação do meio ambiente artificial, caracterizado neste caso como meio ambiente urbano.



mas o próprio ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria externa de proteção dos direitos fundamentais, entre outros, pelos seguintes motivos: a) no § 2º do art. 182 da CF/88, o texto deixa claro que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, ou seja, em leis infraconstitucionais, que, quando em conflito na análise do caso concreto, devem passar pelo processo de sopesamento; b) o STF, na análise de inconstitucionalidade em face da Lei Distrital nº 1.713/1997, entendeu que o Poder Executivo, no que se refere ao tombamento, tem competência para estabelecer restrições ao direito de propriedade (ADI nº 1.706, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-4-2008, Plenário, DJE de 12-9-2008).<sup>55</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, parece haver um consenso na jurisprudência e doutrina nacional, ao qual estes autores se filiam, no sentido de que os princípios fundantes dos direitos fundamentais são considerados como mandamentos de otimização. Nessa linha de entendimento, aos direitos serão cabíveis determinadas restrições, desvantagens normativas externas, que poderão ser instituídas – sempre sob a concepção de que há uma distinção, conforme lições de Robert Alexy –, entre posições *prima facie* e direitos definitivos. Vale dizer, o direito de propriedade reflete uma posição *prima facie*, pois, quando em conflito, na análise do caso concreto, deve ser sopesado com outros princípios

---

<sup>55</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.716/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital n. 1.713, de 3 de setembro de 1.997. Quadras residenciais do plano piloto da asa norte e da asa sul. Administração por prefeituras ou associações de moradores. Taxa de manutenção e conservação. Subdivisão do Distrito Federal. Fixação de obstáculos que dificultem o trânsito de veículos e pessoas. Bem de uso comum. Tombamento. Competência do Poder Executivo para estabelecer as restrições do direito de propriedade. Violação do disposto nos artigos 2º, 32 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil. Relator Min. Eros Grau, 12 de setembro de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1689222>. Acesso em: 11.03.2019.



como o da função social, ambiental, urbanística e econômica da propriedade.

Nesse sentido, conclui-se que a Constituição da República, por dispor de cláusulas gerais de liberdade e de igualdade e enfatizar a obrigação de respeito à sua máxima efetividade, conduz à adoção da teoria externa, ao menos para os direitos fundamentais de primeira geração, como é o caso do direito de propriedade.

A propriedade privada imobiliária e o direito de construir encontram-se atrelados à necessidade de cumprimento da sua função social, econômica, ambiental e urbanística, que se consubstanciam como restrições ao direito de propriedade. Portanto, não há que se falar em direito definitivo de propriedade sem essas limitações. Observou-se que o direito de construir, em certas situações, não deve prevalecer em face, por exemplo, do princípio da função social da cidade.

Em síntese, analisou-se neste trabalho a ideia de que a propriedade imobiliária está limitada ao princípio da função social e de que uma edificação irregular significa que não é garantida constitucionalmente, gerando para a Administração Municipal o dever de requerer medidas de adequação ou até de demolição. Ao se manter a edificação sob o argumento de respeito ao direito de moradia, está-se claramente privilegiando esse direito social e desconsiderando não só o princípio da função social, mas, principalmente, o princípio da função social da cidade, dirigida ao Estado.

Nas peculiaridades brasileiras, a propriedade privada perpassou o caráter absoluto do individualismo e assumiu novas manifestações, como se depreende do texto da Constituição Federal de 1988, voltadas para o atendimento dos anseios da coletividade, daí a necessidade de restrições ao seu conteúdo, ao seu suporte fático amplo, estabelecido na Constituição.

Cabe destacar que a propriedade nos primórdios da civilização começou por ser coletiva, transformando-se paulatinamente em propriedade individual, cujo ápice se deu com a Revolução Francesa, avançando contemporaneamente no sentido de se tornar um



misto de individual e coletivo, posto que, além de garantir o direito sagrado do proprietário, deve também proteger as garantias constitucionais da coletividade.

Por fim, o exame do direito de propriedade, sob a óptica da teoria externa, apresenta-se com melhores condições de resolver os graves problemas decorrentes de seu conflito com a função social, econômica e ambiental. Entre essas e o direito de propriedade não se pode preestabelecer relação de primazia, mas sim de restrição. Ao legislador e ao aplicador do direito deve-se preservar a margem de conformação, sem juízos *a priori*.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. [Lei Fundamental (2011)]. *Lei Fundamental da República Federal Alemã*. Berlin, AL: Deutscher Bundestag, [2011]. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2016.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Lisboa: Almedina, 2000.

AUTOR, 2018.

BIAGI, Cláudia Perotto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2005.



BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 27039/SP*. Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. Cód. de Ética médica aprovado pela resolução CFM n. 1.246/88, art. 25. Direito de propriedade. Cód. Civil, art. 524. Decisão que reconheceu o direito do médico, consubstanciado na resolução, de "internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitados as normas técnicas da instituição", não ofendeu o Direito de propriedade, estabelecido o art. 524 do Cód. Civil. Função social da propriedade, ou direito do proprietário sujeito a limitações. Constituição, art. 5. - XXIII. 2. É livre o exercício de qual trabalho. A saúde é direito de todos. Constituição Arts. 5. - XIII e 196. 3. Recurso especial não conhecido. Relator: Min. Nilson Naves, 8 de novembro de 1993 [trecho extraído do voto do Min. Nilson Naves]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=27039&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: dia mês abrev. ano.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.716/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei distrital n. 1.713, de 3 de setembro de 1.997. Quadras residenciais do plano piloto da asa norte e da asa sul. Administração por prefeituras ou associações de moradores. Taxa de manutenção e conservação. Subdivisão do Distrito Federal. Fixação de obstáculos que dificultem o trânsito de veículos e pessoas. Bem de uso comum. Tombamento. Competência do Poder Executivo para estabelecer as restrições do direito de propriedade. Violação do disposto nos artigos 2º, 32 e 37, inciso XXI, da Constituição do Brasil. Relator Min. Eros Grau, 12 de setembro de 2008. Disponível



em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1689222>. Acesso em: dia mês abrev. ano.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). *Recurso Especial 1767482/RJ*. Processual civil e administrativo. Recurso especial. Direito de Construir. Agravo em recurso especial. Construção irregular. Laudo Pericial indicativo de que a área construída é superior à área para a qual se obteve autorização. Irregularidade praticada em data posterior à autorização. Hipótese que não caracteriza a alegada prescrição. O reexame pretendido imprescinde do revolvimento fático-probatório dos autos. Providência vedada em princípio nesta seara recursal especial. A violação do art. 187 do CC não foi objeto de apreciação pela corte de origem. Aplicação da súmula 211/STJ, prequestionamento não caracterizado. Recurso especial do particular. Não conhecido. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 10 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1767482&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: dia mês abrev. ano.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas, 1961.

ESPAÑA. [Constitución (1978)]. *Constitución Española*. Madrid, ES: Cortes Generales, [1978]. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Acesso em: 2 jul. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Local: Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.



HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MATIAS, João Luís Nogueira. *A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

\_\_\_\_\_. Em busca de uma sociedade livre, justa e solidária: a função ambiental como forma de conciliação entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente sadio. In: MATIAS, João Luis Nogueira; SALES, Tainah Simões; AGUIAR, Ana Cecília Bezerra de (Orgs.). **Ordem econômica na perspectiva dos direitos fundamentais**. Curitiba, PR: CRV, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Âmbito de proteção de direitos fundamentais e as possíveis limitações. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 210-240.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. t. 4.

PORTUGAL. [Constituição – VII Revisão Constitucional (2005)]. *Constituição da República Portuguesa*. Lisboa, PT: Parlamento, [2005]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 2 jul. 2016.

PULIDO, Carlos Bernal. Los derechos fundamentales y la teoría de los principios ¿Es la teoría de los principios la base de una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la constitución española? *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 30, p. 273-291, 2007.

RODRIGUES Junior, Otávio Luiz. Propriedade e função social: Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. III. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 2012 (páginas 61-90).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro.



*Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VI, n. 6, p. 101-119, jun. 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. 2. tir. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.